



LA CHARTE QUÉBÉCOISE : ORIGINES, ENJEUX ET PERSPECTIVES

NUMÉRO THÉMATIQUE
DE LA REVUE DU BARREAU
EN MARGE DU TRENTIÈME
ANNIVERSAIRE DE L'ENTRÉE
EN VIGUEUR DE LA CHARTE
DES DROITS ET LIBERTÉS
DE LA PERSONNE

SOUS LA DIRECTION DE
M^e ALAIN-ROBERT NADEAU
COMITÉ DE LA REVUE DU BARREAU

Cette publication a été rendue possible grâce à la participation de la Fondation du Barreau du Québec, du ministère de la Justice du Québec, du ministère de la Justice du Canada et de l'Université McGill

Publication du Barreau du Québec sous la direction
du Comité de la Revue du Barreau

M^e Alain-Robert Nadeau, coordonnateur du numéro spécial
M^e Michel Deschamps, président
M^e Élise Charpentier
M^e Pierre Giroux
M^e Jean-Claude Hébert
M^e Micheline Huard Plante
M^e Louise Poudrier-LeBel
M^e Pierre Séguin
M^e Marc Sauvé, secrétaire

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Le prix d'abonnement annuel pour les membres du Barreau du Québec est de 12 \$. Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 50 \$ (plus taxes). Les abonnés membres du Barreau du Québec payent leur abonnement de 12 \$ par année au Barreau, qui prélève ce montant à même le Fonds d'études juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicommissés des avocats.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

Pour nous joindre :
Revue du Barreau,
445, boulevard Saint-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec
Service des communications
Édition: Les Éditions Yvon Blais Inc.

Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales
du Québec, 2006
Bibliothèque et Archives Canada, 2006
ISSN-383669-X



La Fondation du
Barreau du Québec
est heureuse
d'apporter son
soutien financier

à la production de cette édition
spéciale de la Revue du Barreau.

Par cet appui – rendu possible grâce
à ses généreux donateurs – la
Fondation contribue à l'avancement
des connaissances et participe à
construire un avenir meilleur.



TABLE DES MATIÈRES

Présentation

<i>J. Michel Deschamps</i>	IX
Président du comité de la Revue du Barreau	

L'apport du Pr André Morel aux droits et libertés

<i>François Chevette</i>	XI
Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal	

Propos liminaires

<i>Jacques-Yvan Morin</i>	XIX
Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal et membre correspondant de l'Institut de France.	

Prolégomènes

NADEAU, Alain-Robert, <i>La Charte des droits et libertés de la personne</i> : origines, enjeux et perspectives	1

ALLARD, France, « La <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> et le <i>Code civil du Québec</i> : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë »	33
BOSSET, Pierre, « Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> »	81
BUREAU, Marie-France et Jacques PAPY, « L'orientation sexuelle et la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : récit d'une trajectoire »	109
BRUNELLE, Christian, « La dignité dans la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale »	143
DEBRUCHE, Anne-Françoise, « La protection de la propriété par la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ? »	175
GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François et Charles-Maxime PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaoulli Era »	217
GIROUX, Michelle, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation »	255
GRAMMOND, Sébastien, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> »	295
LALONDE, Louise, « L'application de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux – Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu »	321
LAMARCHE, Lucie et Véronique LEBUIS « Ré/apprendre à décliner la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> au féminin : de nouveaux enjeux ... et des besoins mal compris »	351

NADEAU, Denis, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation » 399

PINARD, Danielle, « Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli* » 421

ROBITAILLE, David, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? » 455

VENNE, Michel, « Les rendez-vous manqués entre la *Charte des droits et libertés de la personne* et les droits linguistiques au Québec » 495

Épilogue

Stéphane Rivard. 525
Le bâtonnier du Québec

ANNEXE I – *Charte des droits et libertés de la personne* 529

ANNEXE II – Projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971) . . . 571

ANNEXE III – Décisions de la Cour suprême du Canada dans lesquelles la *Charte des droits et libertés de la personne* a été considérée ou appliquée 603

MEMBRES DU COMITÉ* ET DU SOUS-COMITÉ DE LA R.B.Q.**

- Me J. Michel DESCHAMPS, avocat, McCarthy Tétrault (Montréal),
président, du comité*
- Pr Élise CHARPENTIER, Faculté droit, Université de Montréal*
- Me Pierre GIROUX, avocat, Tremblay Bois et al. (Québec)**
[membre jusqu'au 19 octobre 2006]
- Me Jean-Claude HÉBERT, avocat, Hébert Downs (Montréal)*
- Me Micheline HUARD-PLANTE, avocate, Aide juridique (Sherbrooke)*
[membre jusqu'au 19 octobre 2006]
- Me Jean-Guy MARCHESSEAU, avocat, Monty Coulombe
(Sherbrooke)* [membre depuis le 19 octobre 2006]
- Me Alain-Robert Nadeau, avocat (Gatineau)***, président du sous-comité
et co-éditeur du numéro thématique
- Me Louise POUDRIER-LEBEL, avocate (Ottawa)*
- Me Hubert REID, avocat (Montréal)* [membre depuis le 19 octobre 2006]
- Me Pierre SÉGUIN, avocat, ministère de la Justice du Québec
(Montréal)**
- Me Marc SAUVÉ, avocat, Barreau du Québec (Montréal)*, secrétaire
du comité ; représenté au sous-comité par Me Sylvie CHAMPAGNE,
avocate, Barreau du Québec (Montréal)**

MEMBRES DU COMITÉ D'ORIENTATION

- L'honorable Gérald-A. BEAUDOIN, professeur émérite, Faculté de droit
civil, Université d'Ottawa
- L'honorable Paul-Marcel BELLAVANCE, juge à la Cour supérieure
(Granby)
- Me Pierre BIENVENU, avocat, Ogilvy Renault (Montréal)
- Pr Alain-François BISSON, professeur émérite, Faculté de droit civil,
Université d'Ottawa
- Pr Pierre BLACHE, professeur associé, Faculté de droit, Université de
Sherbrooke
- Pr Henri BRUN, Faculté de droit, Université Laval (Québec)
- Pr Christian BRUNELLE, Faculté de droit, Université Laval (Québec)
- L'honorable Martin CAUCHON, avocat, Gowlings (Montréal)
- L'honorable Jacques CHAMBERLAND, juge à la Cour d'appel du Québec
(Montréal)
- Pr Paul-André CRÉPEAU, professeur émérite, Faculté de droit, Université
McGill (Montréal)

MEMBRES DU COMITÉ D'ORIENTATION *(suite)*

L'honorable Danielle CÔTÉ, juge à la Cour du Québec (Sherbrooke)

L'honorable Pierre DALPHOND, juge à la Cour d'appel du Québec (Montréal)

Me Michel DÉCARY, avocat, Stikeman Elliott (Montréal)

Pr Diane DEMERS, Département des sciences juridiques et politiques, Université du Québec à Montréal

L'honorable Yves DE MONTIGNY, juge à la Cour fédérale (Ottawa)

Pr Nathalie DESROSIERS, doyenne, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa

Me Marc-André DOWD, président int., Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (Montréal)

Me Réal A. FOREST, avocat, Fasken Martineau (Montréal)

Pr Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, Faculté de droit, Université de Montréal

Me Julius H. GREY, avocat, Grey Casgrain (Montréal)

L'honorable Denis JACQUES, juge à la Cour supérieure (Québec)

Me Dominique JOBIN, avocate, ministère de la Justice du Québec (Québec)

Pr Nicholas KASIRER, doyen, Faculté de droit, Université McGill (Montréal)

Pr Lucie LAMARCHE, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa

Me Johanne LEVASSEUR, ministère de la Justice du Canada (Ottawa)

L'honorable Louis LEBEL, juge à la Cour suprême du Canada (Ottawa)

Pr Jacques-Yvan MORIN, professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal et membre correspondant de l'Institut de France (Montréal, Paris)

Me Chantal MASSE, avocate, McCarthy Tétrault (Montréal)

Me Jean-Guy OUELLET, avocat, Ouellet Nadon et al. (Montréal)

Pr Danielle PINARD, Faculté de droit, Université de Montréal

L'honorable Michèle RIVET, présidente du Tribunal des droits de la personne (Montréal)

L'honorable Suzanne VADBONCŒUR, juge à la Cour du Québec (Montréal)

L'honorable Juanita WESTMORELAND-TRAORÉ, juge à la Cour du Québec (Montréal)

Pr José WOEHLING, Faculté de droit, Université de Montréal

À la mémoire du regretté Pr André Morel (1931-2005)

PRÉSENTATION

Le 28 juin 2006 marquait le trentième anniversaire de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ce numéro thématique hors série de la Revue du Barreau vise non seulement à marquer cet anniversaire mais aussi, et surtout peut-être, à rendre hommage aux artisans qui ont permis la cristallisation de nos aspirations collectives.

D'abord et avant tout, ce numéro rend hommage au regretté professeur André Morel qui aura été l'un des plus fervents propagandistes de la *Charte québécoise*. Je laisse cependant le soin à son collègue et ami, le professeur François Chevrete, de décrire sa contribution exceptionnelle au domaine des droits et libertés. Nous soulignons aussi l'apport, par la publication intégrale du Rapport Crépeau-Scott, du professeur Paul-André Crépeau qui agissait à titre de président de l'Office de révision du Code civil et dont le rapport a engendré la *Charte québécoise*. Je suis aussi très heureux que le professeur Jacques-Yvan Morin ait accepté de contribuer à ce numéro en rédigeant les propos liminaires. Comme plusieurs, dont au premier chef le professeur Morel, je crois que l'article qu'il a publié dans le *McGill Law Journal* en 1963 a vraisemblablement été l'amorce à la réflexion qui a rendu possible, dix ans plus tard, l'adoption de la *Charte québécoise*. Enfin, il me faut aussi souligner le rôle du ministre de la Justice d'alors, Jérôme Choquette, qui a été le parrain et le porteur de ballon du projet.

Parmi toutes les lois fondamentales fédérales et provinciales, la *Charte québécoise* occupe incontestablement un espace privilégié dans l'ordre juridique québécois et canadien. Et cela pour plusieurs raisons. D'abord, en édictant l'article 52, le législateur québécois a placé la *Charte québécoise* à un niveau hiérarchique supérieur à celui des autres lois de même nature. Ainsi contrairement à certaines autres lois visant la protection des droits et libertés fondamentaux, la *Charte québécoise* contient une disposition expresse de préséance. Ensuite, comme la *Charte québécoise* a un objet considérablement plus ample et plus vaste – elle vise à assurer « le respect de la dignité de l'être humain » par la reconnaissance et la protection des droits et libertés – que celui des lois visant la suppression de la discrimination, il ressort, comme le

soulignait si justement le regretté professeur André Morel dans un article intitulé *La coexistence des chartes canadienne et québécoise – Problème d'interaction* (1986), qu'elle devrait être l'objet d'un traitement encore plus particulier que les autres lois ou codes provinciaux portant sur les droits de la personne.

Enfin, il est incontestable que la *Charte québécoise*, adoptée au milieu des années soixante-dix, est étroitement liée à l'affirmation politique du Québec moderne. S'inspirant manifestement de la *Charte internationale des droits de l'homme* et du droit international conventionnel, la *Charte québécoise* consacre non seulement – reprenant la distinction opérée par le philosophe Isaiah Berlin de l'Université Oxford dans son essai intitulé *Two Concepts of Liberty* (1958) – des *droits négatifs* (« *negative freedoms* ») mais aussi, et surtout peut-être, des droits positifs (« *positive freedoms* ») qui rappellent ceux inscrits dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies et ratifié par le Canada en 1976. Là réside, hormis le fait qu'elle s'applique également aux rapports privés, l'originalité de la *Charte québécoise*.

J. Michel DESCHAMPS
Président
Comité de la Revue du Barreau

L'APPORT DU Pr ANDRÉ MOREL AUX DROITS ET LIBERTÉS

Avant toute chose, je voudrais dire à quel point fut bien inspirée et immensément justifiée cette idée de dédier le présent numéro de la *Revue du Barreau* du Québec à la mémoire du professeur André Morel. Sans doute personne n'a autant que lui mérité un pareil hommage, celui de voir son nom coiffer une publication célébrant les trente ans de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Car c'est à plusieurs titres qu'il fut associé à cette Charte. Sur elle il a publié de remarquables études, il a donné de nombreux cours, dirigé thèses et mémoires d'étudiants, donné des conférences ; et combien d'éloges ai-je entendus du rôle qu'il a joué dans l'application de la Charte à titre de commissaire à la Commission des droits de la personne du Québec de 1981 à 1991.

Décédé le 16 mai 2005 à l'âge de 74 ans, André Morel fut avant tout professeur de droit et le regretté Jean Beetz m'avait dit un jour qu'il était, de tous ses collègues de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, celui qui se faisait l'idée la plus élevée et la plus exigeante de cette fonction. Quel fut, en cette qualité, son apport aux droits et libertés de la personne ? C'est à cette question que je tenterai ici de répondre, en centrant primordialement mon attention sur ses nombreux écrits en ce domaine¹. J'évoquerai en terminant l'apport de ses enseignements à ce dernier.

Vu l'anniversaire qu'on célèbre ici, me vient d'abord à l'esprit sa remarquable étude « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne »² dont il n'est pas exagéré de dire qu'elle fut probablement la première à avoir si

-
1. On comprendra que je fasse abstraction ici des quelques articles qu'André Morel et moi-même avons rédigés conjointement. J'en donne néanmoins ci-après le titre et la référence. « La nouvelle loi fédérale sur les droits de la personne », (1977) 37 *R. du B.* 692-694 ; « Censure provinciale du film et contrôle municipal des manifestations », (1978) 38 *R. du B.* 222-227 ; « La protection constitutionnelle contre les abus de la police », dans *Droits de l'individu et police*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, 201-227. Je ne dirai rien non plus de l'ouvrage, resté inachevé, que nous avons rédigé ensemble et qui a pour titre *Le régime de protection des droits et libertés*, environ 600 pages dactylographiées.
 2. (1987) 21 *R.J.T.* 1-23, aussi publié dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1985, p. 1-23.

bien fait comprendre cette Charte dans la triple dimension de sa genèse, de l'ampleur des droits et libertés qu'elle consacre et du régime de protection de ces derniers qu'elle institue. La *Charte québécoise*, c'est connu, mit du temps à s'imposer. Cette étude a certainement contribué à la sortir de l'ombre.

André Morel s'est beaucoup intéressé aux rapports entre la Charte québécoise et la Charte canadienne. Le fait que la Cour suprême, dans les premières années d'application de cette dernière, ait à maintes reprises insisté sur sa constitutionnalisation, aux fins en particulier d'écarter un certain nombre de précédents fâcheux découlant de la *Déclaration canadienne des droits*, lui fit un moment craindre, fort logiquement d'ailleurs, que pareille justification ait un effet réducteur sur la *Charte québécoise*, dont le statut n'est après tout pas différent de celui de la *Déclaration*. Il s'en est expliqué dans un article paru en 1986³. Dans une autre étude publiée la même année, après avoir brossé un parallèle soigneux entre les deux Chartes, il reprit cette idée, la présentant cette fois comme une question ouverte : la *Charte canadienne* allait peut-être replonger la *Charte québécoise* dans l'ombre ou au contraire, par un effet d'entraînement, lui donner une vigueur inconnue jusque-là⁴. C'était camper fort bien le problème. Je suis certain qu'André Morel conviendrait avec moi que c'est le deuxième volet de cette alternative qui s'est réalisé ou que ce n'est en tout cas pas le premier !

« Document unique dans l'histoire législative canadienne », a-t-il écrit, comme on l'a vu, de la *Charte québécoise*. Il était donc fort en garde contre les influences dénaturantes pouvant s'exercer sur elle, celles de la *Charte canadienne* et des *Human Rights Acts*, fédéral et des autres provinces. De ce péril, il a fourni une brillante démonstration dans son étude « L'originalité de la *Charte québécoise* en péril »⁵. Il vaut la peine de s'y attarder. Point n'est besoin d'insister sur les nombreuses différences structurelles existant entre l'article 10 de la *Charte québécoise* et l'article 15 de la *Charte canadienne*, l'un et l'autre relatifs au droit à l'égalité. Ce serait

3. « La valorisation de la *Charte canadienne* par le moyen de la *Déclaration* : une rhétorique judiciaire trompeuse », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Actes de la Conférence d'octobre 1985, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 245-264.

4. « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49-84.

5. Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65-89.

donc à tort, selon André Morel, que la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec, s'inspirant, sans toujours le dire, de l'article 15, lui-même assujéti à la disposition limitative de l'article premier, auraient inclus dans l'article 10, auquel la disposition limitative de l'article 9.1 n'est pas applicable, une exigence de classification arbitraire pour qu'il y ait discrimination⁶. C'est là affaiblir la *Charte québécoise* et en ignorer l'économie puisque c'est par le détour de son article 20, concernant entre autres « les aptitudes ou qualités requises par un emploi », qu'une discrimination peut être sauvegardée. Cette critique paraît amplement justifiée et celle qui suit, peut-être encore plus.

Un peu comme le magicien sort un lapin d'un chapeau, la Cour suprême a établi, dans un arrêt de 1990, qu'en matière de discrimination dans l'embauche, le régime de sanction variait selon qu'on était en présence d'une discrimination directe ou d'une discrimination indirecte (ou par effets préjudiciables)⁷. La discrimination directe sera ou valide ou invalide selon qu'elle se trouvera rachetée ou pas par le critère de l'exigence professionnelle justifiée. Toujours selon la Cour, en cas de discrimination indirecte, ce critère est inapplicable et l'invalidation est exclue, son auteur n'ayant qu'une obligation d'accommoder la victime⁸. Or dans l'étude précitée « L'originalité de la *Charte québécoise* en péril », le professeur Morel montre que cette distinction ne tient pas, que l'article 20, sur l'exigence professionnelle justifiée, ne lui fournit aucune assise⁹ et qu'il faudrait à tout prix éviter de l'importer dans l'article 49, consacré aux recours et qui ne lui en fournit pas davantage¹⁰. La Cour suprême paraît avoir tenu pour acquis que la discrimination indirecte, parce qu'elle découle d'une règle ou d'une pratique neutre, affecte par définition peu de

6. *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90 ; *Parent c. The Gazette*, (1991) 38 Q.A.C. 46, permission d'appeler refusée : [1991] 3 R.C.S. x.

7. Par exemple, une règle ou une pratique qui distingue entre hommes et femmes en matière d'embauche établit une discrimination directe. Mais une règle ou une pratique en elle-même neutre, par exemple une exigence de taille et de poids, peut, dans ses effets, favoriser un sexe plus que l'autre. On parle alors de discrimination indirecte.

8. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

9. Cet article prévoit simplement qu'« [u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire ».

10. Rédigé en termes généraux, le premier alinéa de cet article se lit ainsi : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

monde, d'où la triple conclusion qu'on n'a jamais à l'invalider, non plus qu'à la valider comme exigence professionnelle justifiée et que sa seule conséquence est une obligation de l'employeur d'accommoder les personnes victimes de ses effets préjudiciables, à moins qu'il n'établisse que cela lui cause une contrainte excessive. À quoi André Morel répond fort justement qu'une règle neutre peut préjudicier à beaucoup de personnes¹¹, d'où la nécessité de déterminer si elle est justifiée par l'emploi et de l'invalider, comme on le fait pour une discrimination directe, si elle ne l'est pas. Si elle l'est, l'article 49, par sa formulation très large, peut fort bien justifier l'obligation d'accommodement, qu'il paraît réserver aux victimes de la règle neutre et ne pas l'étendre aux victimes de la discrimination directe sans trop s'expliquer sur ce point. Or ce régime unifié, c'est celui auquel en fin de compte s'est ralliée la Cour suprême, écartant neuf ans plus tard son arrêt de 1990¹².

Civiliste avant de devenir aussi publiciste, André Morel portait une grande attention au libellé des textes légaux, ce qui se ressent beaucoup dans les deux études qu'il a consacrées à la disposition limitative de l'article premier de la *Charte canadienne*¹³. Dans le premier, il s'étonne qu'à la différence des instruments internationaux de protection des droits et libertés, la *Charte canadienne* contienne une disposition limitative unique, ce qui, doublé du fait qu'elle fait appel, pour sauvegarder une limitation aux droits et libertés, à la raisonnable de celle-ci plutôt qu'à sa nécessité, devrait avoir pour conséquence que les exigences de l'article premier ne devraient pas être très difficiles à satisfaire. Le deuxième article s'efforce de hausser ces exigences, en suggérant de restreindre le domaine d'application de l'article premier et de resserrer les conditions qu'il impose, celle de la règle de droit en particulier¹⁴. Or les réflexions de l'auteur l'ont conduit ici sur des

11. Comme le fait voir mon exemple de la note 7, *supra*.

12. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3. Cet arrêt fut rendu sous le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, de sorte que les arguments de texte du professeur Morel ne lui furent évidemment pas applicables. Mais c'est la logique du régime unifié qui est commune à ce dernier et à la Cour dans cet important arrêt.

13. « La clause limitative de l'article 1 de la *Charte canadienne* : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *R. du B. can.* 81-100 ; « La recherche d'un équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire, Essai de psychologie judiciaire », dans A. de MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 115-135.

14. Selon l'article premier de la *Charte canadienne*, les droits et libertés qu'elle garantit « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

pistes où la Cour suprême ne l'a d'aucune façon suivi, préférant faire fi du libellé de l'article premier et y voir une exigence d'atteinte minimale¹⁵ ou, ce qui revient au même, de nécessité¹⁶, quitte à soumettre par la suite cette exigence à toutes sortes d'assouplissements pour ne pas dire de contorsions qu'il n'est pas de mon propos de rappeler ici. Tel est peut-être le prix à payer pour ne pas savoir lire un texte juridique !

Éminent historien du droit, André Morel avait une très fine connaissance du droit criminel, acquise en grande partie par l'étude historique de ce dernier. L'on ne s'étonnera donc pas qu'il ait si brillamment analysé cinq garanties juridiques de la *Charte canadienne*, dont les trois premières sont propres au procès pénal¹⁷. Non moins remarquable est l'étude qu'il a consacrée à l'article 24 de cette dernière, relatif aux recours, article dont le premier alinéa paraît assez énigmatique en ce qu'on y parle de « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances »¹⁸. Faisant usage de la distinction très classique entre un droit qui appelle une sanction restitutoire et un droit qui appelle une sanction compensatoire, ce n'est pas trop dire qu'il a illuminé ce membre de phrase et rédigé ce qui est très probablement la meilleure étude publiée à ce jour du premier alinéa de l'article 24¹⁹.

15. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139.

16. Le critère dit d'atteinte minimale requiert qu'une atteinte moindre que celle à laquelle on est confronté ne puisse poursuivre l'objectif, par ailleurs agréé, de cette dernière. Ce qui revient à dire que celle-ci doit être *nécessaire* à la poursuite de cet objectif.

17. « Les garanties en matière de procédure et de peines » formant le chapitre 13 de l'ouvrage de G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 719-785. Y sont analysés le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (alinéa 11*b*)), le droit à un procès avec jury (alinéa 11*f*)), le droit de n'être pas jugé plus d'une fois pour la même infraction (alinéa 11*h*)), la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités (art. 12) et le droit à l'interprète (art. 14).

18. Le premier alinéa de l'article 24 se lit ainsi : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

19. « Le droit d'obtenir réparation en cas de violation de droits constitutionnels », (1984) 18 *R.J.T.* 253-270, aussi publié dans *La Charte canadienne des droits et libertés : concepts et impacts*, Montréal, Thémis, 1985, p. 253-270. La violation de certains droits, en raison de leur nature même, est susceptible d'une annulation, d'un retour en arrière (*restitution*). Par exemple, un procès où l'on porte atteinte au droit de ne pas s'incriminer (art. 13) ou au droit à l'interprète (art. 14) sera annulé et un nouveau procès sera ordonné. Mais une détention arbitraire (art. 9), un traitement cruel et inusité (art. 12) de même que toute atteinte à une garantie que quelque chose se fasse « sans délai » (alinéa 10*b*), alinéa 11*a*)) ou « dans un

Sans jamais sacrifier la qualité de la pensée ni celle de son expression, André Morel a joint les droits et libertés aux questions d'actualité²⁰ et n'a jamais hésité à consacrer aux droits de la personne des études simples et générales, destinées à un large public²¹. Esprit d'une grande rigueur et d'une extraordinaire minutie, il a, dans son petit *Code des droits et libertés*²², rassemblé et rendu accessibles les textes canadiens et internationaux en la matière, une initiative que je qualifierais d'excellente et dont la réalisation est beaucoup plus délicate et complexe qu'il n'y paraît. Si l'on ajoute à ce qui précède nombre de préfaces et de comptes rendus²³, la contribution du professeur Morel aux droits et libertés par le moyen de l'écrit est remarquable et toujours d'une élégance, d'une rigueur et d'une clarté exceptionnelles.

J'ai évoqué, au début de cette présentation, le rôle qu'André Morel a joué pendant dix ans comme commissaire à la Commission des droits et libertés de la personne du Québec. J'ajoute qu'il a en outre participé à une mission d'enquête d'Amnesty International au Burundi et qu'entre 1984 et 1993 il a prononcé, devant les auditoires les plus divers, une trentaine de conférences portant sur divers thèmes relatifs aux droits et libertés. Cela dit, c'est sur son apport à ce domaine par son enseignement que je voudrais clore cette présentation.

délai raisonnable » (alinéa 11b)), pour ne prendre que ces exemples, sont des violations qui ne s'annulent évidemment pas et qui ont en quelque sorte un caractère définitif. Elles ne prêtent qu'à *compensation*, sanction qui ne se limite pas aux dommages-intérêts mais dont l'éventail est beaucoup plus large (réduction de peine, sursis de sentence, arrêt des procédures), d'où la discrétion que l'alinéa 24.1 donne au juge. Je crois qu'André Morel serait d'accord pour dire que cette analyse vaut aussi pour l'article 49 de la *Charte québécoise*.

20. Par exemple, « La reconnaissance du Québec comme société distincte dans le respect de la Charte », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Thémis, 1988, p. 55-63.
21. Par exemple : « Les libertés publiques », Partie IV du Cahier 2 du *Guide d'information en droit*, Montréal, SOQUIJ, 1978, p. 171-212 ; « Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques », dans l'ouvrage *Effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, AUELF-UREF (éd.), 1994, p. 317-393.
22. *Code des droits et libertés*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 1998.
23. Par exemple Compte rendu de l'ouvrage « Vie privée et droits de l'homme », *Études internationales*, t. 6 (1975) 424-425 ; Préface de l'ouvrage *Les personnes âgées et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987 ; Préface de l'ouvrage de G. LAPORTE, *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des Chartes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989 ; Préface de l'ouvrage de M. DRAPEAU, *Le harcèlement sexuel au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; Compte rendu de l'ouvrage de J. RHÉAUME, « Droits et libertés de la personne et de la famille », (1991) 25 *R.J.T.* 221-224.

Ayant assumé l'enseignement de premier cycle en Libertés publiques à l'Université de Montréal de 1972 à 1994, le professeur Morel a aussi donné ce cours à l'Université McGill (1976-1977) de même qu'à la Fondation canadienne des droits de l'homme (Charlottetown, été 1983). Entre 1974 et 1984, il a élaboré et dispensé trois cours de maîtrise en matière de droits et libertés, notamment sur la protection de la vie privée. Et sur une période de moins de dix ans, soit entre 1985 et 1994, il a dirigé cinq mémoires de maîtrise dans le domaine²⁴ et deux thèses de doctorat²⁵.

Voilà qui donne, je pense, une bonne idée de l'apport d'André Morel aux droits et libertés, bilan qui fait, bien entendu, abstraction de son apport à d'autres domaines du droit, à l'histoire en particulier, et qui justifie pleinement ce très bel hommage que la *Revue du Barreau* lui rend aujourd'hui.

François CHEVRETTE
Professeur titulaire (droit public)
Faculté de droit
Université de Montréal

24. Portant sur l'indépendance judiciaire et la *Charte canadienne*, les intrusions administratives de l'État dans la vie privée, l'arrêt des procédures comme sanction aux violations des droits et libertés, le harcèlement sexuel au travail et les lois électorales face à la liberté d'expression.

25. Portant sur la vie privée et les échanges internationaux d'informations et sur l'égalité et la discrimination dans le contrat de travail.

PROPOS LIMINAIRES

Après la Seconde Guerre mondiale se fait jour dans le monde occidental un vaste mouvement, né des affres du conflit, pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes. L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* marque le début d'une ère nouvelle dans l'évolution du droit international, fruit également de la réflexion politique depuis les Révolutions anglaise, américaine et française et de la pensée philosophique et juridique européenne des XVIII^e et XIX^e siècles.

De 1948 date encore la *Déclaration des droits et devoirs de l'homme*, proclamée par l'Organisation des États américains, suivie en 1969 de la Convention ou Pacte de San José relatif à ces droits. En 1950, le Conseil de l'Europe présente à ses membres la Convention de sauvegarde des droits et libertés, soumettant les actes des États à l'examen de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme. Depuis lors, les droits fondamentaux sont devenus l'une des préoccupations majeures du monde contemporain. Le Québec de l'après-guerre, s'ouvrant au monde extérieur et exposé aux influences européenne et américaine, ne pouvait demeurer indifférent à ce vaste élan de civilisation, ni rester à l'écart de son évolution.

Dans les années soixante, à l'époque où prennent forme ici une société et un État modernes, au moment même où s'affirme son existence en tant que nation et s'annonce le pluralisme croissant de sa population, des voix s'élèvent au Québec pour réclamer qu'il prenne sa part de responsabilité dans la définition des buts sociaux de la collectivité et de la place que doit y occuper la personne humaine. En 1963 paraît sous ma signature dans la *Revue de droit McGill* un article dans lequel était proposée l'adoption par l'Assemblée législative du Québec d'une charte des droits constitutionnalisés, c'est-à-dire dotée de la supériorité ou primauté par rapport aux lois ordinaires et s'imposant au législateur lui-même. La Déclaration fédérale des droits avait été adoptée en 1960 mais pouvait être modifiée, voire abrogée, comme toute autre loi du Parlement, par un simple vote majoritaire. Le législateur québécois ne pouvait-il, compte tenu de l'étendue de ses compétences et

du cadre constitutionnel, se « lier les mains » pour l'avenir en conférant la primauté à une loi codifiant les droits humains et les libertés fondamentales ?

La réponse à cette question dut attendre 1975, alors que le ministre de la Justice, M^e Jérôme Choquette, présenta à l'Assemblée nationale le projet de Charte des droits et libertés de la personne, que je débattis avec lui à titre de chef de l'Opposition. Je souhaitais notamment que la Charte fût pleinement constitutionnalisée, c'est-à-dire non seulement qu'elle l'emportât sur les lois ordinaires de l'Assemblée mais ne pût être modifiée que selon une procédure législative spéciale, par exemple une majorité renforcée des députés. Le gouvernement préféra s'en tenir à une prééminence atténuée de la Charte, explicitée à l'article 52, lequel, dans sa rédaction actuelle, prévoit qu'aucune disposition législative, même postérieure à la Charte, « ne peut déroger aux articles 1 à 38 [...] à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ». Cette prépondérance ne s'étendait alors qu'aux articles 9 à 38, ne comprenant que l'égalité des citoyens, les droits politiques et les droits judiciaires, excluant donc les libertés fondamentales (art. 1 à 8) et les droits économiques et sociaux (art. 39 à 48). Les libertés et droits fondamentaux continuaient donc de relever de la « loi ordinaire » et le législateur québécois décidait également de ne pas appliquer la Charte aux lois antérieures à son adoption. En 1982, cependant, après la tenue d'une commission parlementaire au cours de laquelle de nombreux corps intermédiaires vinrent revendiquer le renforcement de la Charte sur plusieurs points, l'Assemblée nationale étendit la prépondérance aux libertés et droits fondamentaux ainsi qu'aux lois antérieures, ces modifications entrant en vigueur respectivement en 1983 et 1986, selon une démarche que nous pourrions qualifier de constitutionnalisation progressive.

Le choix, en 1975, de la faculté de déroger aux garanties de la Charte ne répondait que partiellement aux attentes de ceux qui souhaitaient, après les événements d'octobre 1970, une protection renforcée des libertés individuelles. Il fut néanmoins retenu par le gouvernement et l'Assemblée adopta le projet à l'unanimité, notant qu'il constituait un progrès par rapport à la situation antérieure et comportait notamment la création de la Commission des droits de la personne, chargée « de veiller au respect des principes énoncés dans la [...] Charte » et de recevoir la plainte de « toute personne qui se croit victime d'une violation des droits » relevant

de la compétence d'enquête de la Commission. Cependant, la Charte elle-même, que mon regretté collègue, le Pr André Morel, considérerait avec raison comme « un document unique dans l'histoire législative canadienne », peut être modifiée par un simple vote majoritaire de l'Assemblée nationale. L'intégrité de ce document fondamental n'appelle-t-elle pas, après trente années d'existence, une protection plus étendue ?

Entre-temps, l'internationalisation des droits et libertés s'est poursuivie : de nouveaux instruments conventionnels ont vu le jour, notamment en Afrique, entraînant l'obligation d'assurer une meilleure protection au sein de chaque État ; c'est ainsi que le phénomène concomitant de la constitutionnalisation s'est étendu à l'Europe centrale et orientale, dans l'Hémisphère occidental, en Afrique, et que la question est maintenant à l'ordre du jour en Asie. Cette mondialisation des droits fondamentaux paraît de plus en plus nécessaire au développement à l'heure où l'accélération des communications et des échanges rapproche les peuples et menace çà et là de les jeter les uns sur les autres. Le Québec peut-il apporter sa contribution à cette évolution en donnant aux droits et libertés la place qui leur revient dans son ordonnancement juridique ? Cette démarche peut, à mon avis, être accomplie tant dans le cadre du régime fédéral que dans celui d'un État devenu souverain.

En effet, le statut d'autonomie actuel du Québec autorise déjà l'Assemblée nationale, pour peu qu'elle respecte les limites de sa sphère de compétence, qui est fort étendue en matière de libertés, à se départir du pouvoir de dérogation que lui confère l'article 52 de la Charte, reflet d'une conception étriquée du principe britannique de la souveraineté parlementaire, de sorte que la supériorité de cette loi fondamentale ne souffre plus d'ambiguïté et ne soit pas à la merci d'une majorité de députés agissant de façon intempestive. Ce dispositif pourrait faire partie d'une Constitution formelle du Québec, laquelle ne serait modifiable que par une majorité renforcée de l'Assemblée nationale, voire une majorité de citoyens obtenue à l'occasion d'un référendum de type consultatif. Les tribunaux paraissent disposés à accueillir de telles exigences lorsqu'elles portent sur « la matière et la forme » de l'adoption d'une loi « de nature constitutionnelle ».

À plus forte raison en serait-il ainsi dans la perspective de l'indépendance du Québec. Sa Charte des droits et libertés serait alors placée au sommet de la hiérarchie des normes, la Constitu-

tion et la Charte canadiennes fédérales ne s'appliquant plus, à moins que les deux États ne conviennent de dispositions communes. La Constitution d'un Québec souverain pourrait fort bien débiter par la Charte des droits fondamentaux actuelle, révisée éventuellement par une assemblée constituante, sans pouvoir de dérogation de l'Assemblée. Il va de soi qu'elle ne pourrait être modifiée qu'à la suite d'une procédure spéciale à l'Assemblée nationale ou sans que les citoyens aient consenti à la chose par voie de référendum. Les droits et libertés des Québécois feraient alors l'objet d'une protection juridiquement complète, tant par la suprématie de la Charte que par le mode d'amendement qui lui serait applicable. Une Constitution digne de ce nom viendrait alors parachever l'État de droit au Québec, s'inscrivant de la sorte dans l'évolution d'une société mondiale à laquelle il entend être présent de plus en plus.

Jacques-Yvan MORIN
Professeur émérite
Faculté de droit
Université de Montréal
Membre correspondant
de l'Institut de France

La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives

PROLÉGOMÈNES

Alain-Robert NADEAU, LL.D.*

Introduction	3
I. Les origines : des droits de l'homme aux droits de la personne	6
II. Les enjeux : une interprétation judiciaire réductionniste	13
III. Les perspectives : des réflexions audacieuses	27
Conclusion	28

* Alain-Robert Nadeau est avocat et docteur en droit constitutionnel. Publiciste, il s'intéresse particulièrement aux questions relatives aux droits et libertés. Il est chargé d'enseignement à l'Université d'Ottawa et agit à titre de correspondant à la Cour suprême du Canada.

[...] [S]on objectif [de la *Charte des droits et libertés de la personne*] était double : d'un côté, exprimer en un texte à portée éducative une synthèse des valeurs démocratiques et sociales acquises au Québec dans la lignée des traditions politiques et juridiques de la France, de l'Angleterre et des États-Unis, sans arrêter pour autant son développement ultérieur et, d'un autre côté, accorder une protection véritable à ceux dont les droits et libertés sont violés, en prévoyant des voies de recours efficaces et innovatrices.

— Pr André Morel, 1987

Introduction

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹, dont ce numéro souligne le trentième anniversaire de son entrée en vigueur, occupe incontestablement un espace privilégié dans l'ordre juridique québécois et canadien. On a maintes fois évoqué le caractère unique² de la *Charte québécoise* en raison de l'ampleur des droits et libertés garantis, du fait qu'elle s'applique non seulement dans la sphère du droit public (c.-à-d. les rapports entre l'État et les citoyens), mais aussi dans celle du droit privé (c.-à-d. les rapports des citoyens entre eux) et, enfin, le fait qu'elle soit législativement prééminente et qu'elle rende facilement accessible l'exercice de voies de droit. Ce sont là les éléments principaux que l'on retrouve dans le discours qui valorise la *Charte* en la comparant aux autres instruments de même nature.

Ce caractère unique, on le constatera aisément, s'est toutefois heurté sur le dur récif de l'interprétation judiciaire, notam-

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après désignée comme étant la *Charte québécoise* ou simplement la *Charte*). La *Charte québécoise* a été adoptée le 27 juin 1975 ; son entrée en vigueur, fixée par proclamation, date du 28 juin 1976.
2. L'expression originelle, reprise constamment depuis, appartient vraisemblablement au Pr Morel qui affirmait, en 1987, que la *Charte québécoise* était un document « unique dans l'histoire législative canadienne ». Dans un texte publié l'année précédente, il affirmait que la *Charte québécoise* est un « instrument qui n'avait aucun équivalent véritable dans l'histoire législative canadienne ». Voir A. MOREL, « La *Charte québécoise* : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1 ; A. MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problème d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49.

ment celui érigé par les principes établis par la Cour suprême du Canada. Comme le soulignent si justement plusieurs collaborateurs de ce numéro thématique, les attentes créées par cet instrument juridique ont été déçues, notamment en raison de l'interprétation que j'oserais qualifier de réductionniste des droits et libertés qu'elle protège par la Cour suprême du Canada. De fait, m'inspirant de la caractérisation qu'a faite le juge LeBel dans l'arrêt *Québec (CDPDJ) c. C.U.M.* (2004)³ – au sujet de la hiérarchisation des normes juridiques que l'on retrouve dans les instruments de nature constitutionnelle et *quasi constitutionnelle* –, je serais enclin à conclure que, contrairement à certaines idées préconçues (et elles sont nombreuses), la *Charte québécoise* apparaît comme un *apoastre* plutôt que comme un *périastre* de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, laquelle se situe au firmament de la structure juridique canadienne. Cela ne signifie pas cependant que la *Charte québécoise* est totalement dénuée d'intérêt. Bien au contraire.

À l'instar du regretté Pr Morel, à qui ce numéro rend hommage, j'hésiterais à conclure que l'adoption et l'enchâssement de la *Charte canadienne* doivent nécessairement reléguer la *Charte québécoise* au second rang. L'objectif, comme le rappelle son affirmation citée en exergue, était double : d'abord, exprimer la synthèse des valeurs démocratiques acquises historiquement et, ensuite, permettre la sanction des atteintes aux droits et libertés qui y sont garantis. J'estime que là se trouve la véritable essence de la *Charte québécoise* et que nous aurions tort d'y voir l'étalon des autres lois provinciales relatives à la protection des droits et libertés ou, encore, un simple succédané de la *Charte canadienne*.

S'inspirant manifestement des grands textes appartenant à la tradition libérale classique que sont la *Magna Carta* (1215), le *Bill of Rights* (1689) du Royaume-Uni ainsi que la *Déclaration d'indépendance* (1776) et le *Bill of Rights* (1789) des États-Unis d'Amérique, la *Charte québécoise* rappelle encore davantage la

3. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (ci-après *Québec (CDPDJ) c. C.U.M.*). Dans cet arrêt le juge LeBel, qui écrit les motifs de la Cour, établit les rapports de fonctionnalité de la *Charte québécoise* dans la hiérarchisation des normes juridiques. « L'application de la *Charte québécoise*, affirme-t-il, instrument de nature quasi constitutionnelle dans les matières relevant de la compétence législative du Québec, se situe dans ce cadre juridique et repose toujours sur les principes fondamentaux d'organisation des pouvoirs publics qui s'en inspirent. »
4. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après la *Charte canadienne*).

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) en ce qu'elle résume les *aspirations d'un peuple et donne un sens à son combat contre l'arbitraire*⁵. Plus récemment cependant, c'est le désir profond de créer un monde meilleur, plus libre et plus juste qui a poussé les pays européens à définir, à la suite des atrocités et des exactions commises lors de la Seconde Guerre mondiale, de nouvelles relations internationales fondées sur des principes d'ordre et de coopération et qui a précisé la nécessité de protéger et de garantir les libertés fondamentales. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶ (1948) – adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 – et la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (1955)⁷ – adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 – traduit cette volonté des pays européens à garantir les droits et libertés fondamentaux en les consacrant dans un instrument conventionnel du droit international. De fait, les pays européens ont fait figure de pionniers en ce qui a trait à la reconnaissance et à la protection des droits et libertés fondamentaux. Ces instruments juridiques inspireront, à leur tour, les rédacteurs du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸ ainsi que du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁹. C'est donc à ces sources que se sont abreuvés les auteurs du projet Crépeau-Scott¹⁰, lequel, on le verra, donnera naissance à la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Ce projet Crépeau-Scott, un document exceptionnel qui appartient à l'historiographie juridique québécoise, nous permettra de comprendre et de retracer les origines de la *Charte des droits et libertés de la personne* (I.) ; avant de considérer les princi-

5. Voir E. DUVERGER, *Les droits de l'homme*, Les Essentiels Milan, Paris, Éditions Milan, 2003, p. 7.
6. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).
7. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 T.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5.
8. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47.
9. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46.
10. Le projet Crépeau-Scott est tiré du *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*, réalisé par les Prs Paul-André Crépeau et Frank Scott. Ce rapport a été remis au ministre de la Justice du Québec d'alors, Jérôme Choquette, le 25 juillet 1971. La copie à partir de laquelle cette compilation a été faite nous a été fournie par le Pr Crépeau personnellement. Circulant habituellement sous le manteau, il s'agit, à notre connaissance, de la première publication à grand tirage de ce document exceptionnel qui est à l'origine de l'actuelle *Charte des droits et libertés de la personne*.

paux enjeux soulevés par la Cour suprême du Canada par l'énonciation de principes judiciaires (II.) et d'énoncer, en considérant les contributions des auteurs, les perspectives auxquelles elle fait face (III.).

I. Les origines : des droits de l'homme aux droits de la personne

L'appellation *droits de la personne* pour désigner les libertés publiques ou les droits de l'homme, *une vieille terminologie qui est encore utilisée ailleurs*¹¹, nous est désormais acquise. Au point que l'on aurait mal à s'imaginer qu'il puisse en être autrement. Pourtant, il n'y a pas si longtemps encore, à l'image de la désignation faite par les instruments internationaux visant la protection des droits et libertés de la personne, l'expression *droits de l'homme* était l'usage. Cette singularité, il me faut le mettre en exergue, est étroitement liée à la *Charte des droits et libertés de la personne*. En effet, l'expression *droits de la personne* est apparue pour la toute première fois dans un rapport de 1968 de l'Office de révision du Code civil (ci après l'ORCC)¹². C'est le comité des droits civils de l'ORCC – composé de Paul-André Crépeau, Frank Scott, Jacques-Yvan Morin, Gérald LeDain et Jean Beetz – qui sera l'instigateur, avec ce rapport déposé au mois de février 1968, du tout premier projet visant à protéger les droits fondamentaux. L'idée originelle consistait à introduire au début du nouveau Code civil du Québec un titre spécial *destiné à proclamer des droits fondamentaux qui relèvent du droit civil, c'est-à-dire des rapports entre particuliers*. Pour le Pr Morel, il est indubitable que la préoccupation première de l'ORCC et de son président, le Pr Crépeau, était de faire en sorte que la *reconnaissance du rôle de la personne humaine, l'affirmation et la protection de sa dignité* soient au premier plan de la réforme.

C'est à ce moment, dans une *invitation discrète*, pour reprendre l'expression du Pr Morel, que les membres du comité ont suggéré que le Québec se dote d'un instrument complet visant

11. Voir W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 1.

12. « Enfin, affirme le Pr Morel, il importe de le relever, c'est dans l'introduction de ce même rapport qu'apparaît pour la première fois l'expression « droits de la personne » qui, quoique encore à ce moment en concurrence avec celle des « droits de l'homme », était bientôt destinée à la supplanter dans le langage aussi bien courant que juridique du Québec. » Voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 5-6.

la protection des droits de la personne. Cet instrument, que l'on devrait appeler *charte* pour reprendre l'appellation suggérée quelques années plus tôt par le Pr Jacques-Yvan Morin, couvrirait notamment le champ des droits d'origine politique, sociale et économique. Dans un article publié en 1963 dans le *McGill Law Journal*¹³, le Pr Morin avait proposé ce que pourrait être le contenu d'une charte des droits et libertés en s'inspirant principalement de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948)¹⁴.

L'influence de cet article a été considérable, à un point tel que plusieurs y voient l'amorce de la réflexion et de l'action politique qui culminera éventuellement à l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵. À mon avis, deux raisons expliquent

13. J.-Y. MORIN, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273.
14. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).
15. C'est là du moins l'opinion que le Pr Paul-André Crépeau m'a exprimée. C'est aussi celle du Pr Morel et du Pr Schabas. Ainsi s'exprimait le Pr Morel : « Parmi les contributions marquantes à ce sujet, il faut souligner celle du Pr Jacques-Yvan Morin qui fit paraître en 1963 un long plaidoyer en faveur « d'une charte des droits de l'homme pour le Québec ». Il s'y employait entre autres à démontrer l'ampleur non négligeable du champ d'intervention qui ressortit à la province, qu'il s'agisse non seulement d'égalité, mais aussi de droits politiques et judiciaires et de droits économiques et sociaux, voire, sous certains aspects, des libertés fondamentales telles que les libertés d'expression et de religion ». Voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 6 ; W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 251. On ne saurait toutefois passer sous silence la proposition que faisait, lors d'une conférence prononcée devant le comité de droit constitutionnel du Congrès du Barreau le 1^{er} mars 1958, l'avocat Émile Colas. Un article, intitulé « Les droits de l'Homme et la constitution canadienne » en sera tiré et publié dans la *Revue du Barreau*. Ainsi s'exprimait-il : « C'est pourquoi, au terme de cet exposé, je formule le vœu que le gouvernement de notre province se penche sur ce problème et adopte une déclaration des droits de l'Homme. Nous aurons ainsi mieux protégé notre autonomie, mieux garanti les droits des Québécois et aussi nous aurons légiféré dans un domaine que le gouvernement fédéral semble vouloir envahir rapidement. Dans le *no man's land* le premier arrivé a souvent raison. Ainsi, au lieu d'attendre, il est préférable d'agir. Si jamais ce vœu se réalise, une fois de plus le Barreau de la province aura posé un geste qui bénéficiera à tous. » Voir É. COLAS, « Les droits de l'Homme et la constitution canadienne », (1958) 18 *R. du B.* 317. Il faut dire qu'à cette époque, et dans les deux décennies qui ont précédé, les interventions des politiciens concernaient essentiellement la mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits de la personne et, plus tard, le processus ayant mené à l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le *Bill of Rights* de Diefenbaker. Des membres de la profession juridique – le juge O'Halloran, alors juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et l'avocat Glen How, lequel a défendu les témoins de Jéhovah à plusieurs reprises – ont évoqué la possibilité d'adopter une charte constitutionnelle des droits et libertés qui s'inspirait de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Voir W.O. O'HALLORAN, « Inherent Rights », (1947-48) *Obiter Dicta*, cité par W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 250 ; W.G. HOW, « Case for a

l'influence considérable qu'a eue cet article : la nature et l'ampleur des droits et libertés garantis et, plus important encore, l'affirmation de la compétence constitutionnelle de l'Assemblée nationale du Québec de légiférer en matière de droits et libertés.

D'abord, en ce qui a trait à l'ampleur des droits et libertés garantis, le projet du P^r Morin visait non seulement à généraliser, à l'instar de plusieurs autres provinces canadiennes, l'interdiction des pratiques discriminatoires afin de permettre au Québec de rattraper le retard qu'il avait pris¹⁶, mais aussi à occuper le champ des droits d'origine politique, sociale et économique. La plupart des autres provinces canadiennes avaient adopté des lois anti-discriminatoires générales¹⁷ et quelques-unes d'entre elles – la Colombie-Britannique, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick – avaient même créé des organes administratifs chargés d'examiner les plaintes et de faire enquête dans les cas de discrimination.

Canadian Bill of Rights », (1948) 26 *R. du B. can.* 497. Voir aussi C. MacLENNAN, *Toward the Charter : Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1920-1960*, McGill-Queen's University Press, Montréal & Kingston, 2003.

16. Il faut dire que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et la découverte des charniers humains, la sensibilité des tribunaux canadiens à l'égard des juifs s'était considérablement accrue. Dans le renvoi *Drummond Wren* (1945), le juge Mackay de la Haute Cour de Justice de l'Ontario, a déclaré invalides les stipulations contractuelles racistes empêchant la vente d'un immeuble à certains groupes d'individus, dont les juifs. Dans cette décision, qualifiée d'innovatrice, le juge Mackay s'est appuyé, il est vrai, sur la *Racial Discrimination Act* pour en arriver à ce résultat. On remarquera cependant, à la lecture de cette décision exceptionnelle – qui cite notamment Winston Churchill, le général de Gaulle et les ouvrages des juges Benjamin Cordozo (« The Growth of Law ») et Oliver Wendell Holmes (« The Common Law ») de la Cour suprême des États-Unis – un certain inconfort au fait de déclarer une loi d'une assemblée législative invalide. Ainsi s'exprimait le juge Mackay : « Ontario, and Canada too, may well be termed a province, and a country, of minorities in regard to the religious and ethnic group which live therein. It appears to me to be a moral duty, at least, to lend aid to all forces of cohesion, and similarly to repel all fissiparous tendencies which would imperil national unity. The common law courts have, by their actions over the years, obviated the need for rigid constitutional guarantees in our policy by their use of the doctrine of public policy as an active agent in the promotion of the public weal. While courts and eminent judges have, in view of the powers of the legislatures, warned against inventing new heads of public policy, I do not conceive that I would be breaking new ground were I to hold the restrictive covenant impugned in this proceeding to be void as against public policy. » Voir *Re Drummond Wren*, [1945] O.R. 778, 782. Voir aussi *Noble c. Alley*, [1951] R.C.S. 64.
17. La première province canadienne à avoir légiféré en ce sens est l'Ontario en 1962. Seules les provinces de Québec et de la Saskatchewan n'avaient pas adopté une loi anti-discriminatoire générale au début des années 1970. Entre 1962 et 1970, huit provinces ont légiféré en ce sens, ce sont : l'Ontario (1962), la Nouvelle-Écosse (1963), l'Alberta (1966), le Nouveau-Brunswick (1967), l'Île-du-Prince-Édouard (1968), Terre-Neuve-et-Labrador (1969), la Colombie-Britannique (1969) et le Manitoba (1970).

Ensuite, en ce qui concerne l'affirmation de la compétence constitutionnelle de l'Assemblée nationale du Québec (et de toutes les autres assemblées législatives provinciales), il faut rappeler que tant la doctrine que la jurisprudence estimaient que seul le Parlement était habilité à légiférer dans le domaine des droits de la personne. Ce *dogme*¹⁸ relativement à la compétence exclusive du Parlement en matière de protection des droits et libertés s'était cristallisé avec l'inconstitutionnalisation du *Bill of Rights* de l'Alberta par le comité judiciaire du Conseil privé en 1947¹⁹. Jusque-là, seules les provinces de l'Alberta²⁰ et de la Saskatchewan²¹ avaient adopté des déclarations des droits.

Outre la *Déclaration canadienne des droits*²², dont la portée était relativement modeste puisqu'elle ne s'appliquait qu'aux matières relevant des compétences du gouvernement fédéral, et de quelques dispositions anti-discriminatoires dans les lois québécoises, il faut bien admettre que, jusque-là du moins, la protection des droits et libertés au Québec a été le fait des tribunaux, et de la Cour suprême du Canada en particulier. Qu'il suffise de rappeler la séquence d'arrêts *Boucher* (1951) – *Roncarelli* (1959)²³

18. Il ne me semble pas exagéré de parler de dogme dans la mesure où cette croyance voulant que seul le Parlement puisse légiférer en matière de droits de la personne était, d'après ma compréhension, considérée comme une vérité fondamentale, laquelle apparaissait alors incontestable. C'est aussi l'opinion que se faisait le P^r Morel lorsqu'il affirmait ce qui suit : « Par la suite, et pour longtemps, aucune autre province n'entreprit d'adopter une véritable déclaration des droits, chacune se concentrant plutôt de légiférer dans un seul domaine : celui de la discrimination. Pour le reste, toute action semblait paralysée jusqu'à ce que soit vidé le débat qui avait alors cours sur le partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales (*sic*) en matière de droits et libertés ». Voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 4. Voir aussi, pour une discussion sur ce débat, W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd., Toronto, McLelland & Stewart, 1975, p. 7-9.
19. *Alberta (Attorney General) c. Canada (Attorney General)*, [1947] A.C. 503, reproduit intégralement dans R.A. OLMSTEAD, *Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council relating to the British North America Act, 1867 and the Canadian Constitution, 1867-1954*, vol. III, Ottawa, Queen's Printer and Controller of Stationery, 1954, p. 539.
20. *Alberta Bill of Rights*, S.A. 1946, c. 11.
21. *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), App. III.
22. *Saskatchewan Bill of Rights Act*, S.S. 1947, c. 35.
23. Voir *Boucher c. R.*, [1951] R.C.S. 265 (annulation de la condamnation d'un témoin de Jéhovah en libelle diffamatoire du fait qu'il avait distribué des tracts dans les rues d'une municipalité) ; *Saumur c. Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 (invalidation d'un règlement municipal interdisant la distribution de tracts dans les rues) ; *Henry Birks Ltd. c. Montréal (Cité de)*, [1955] R.C.S. 799 (invalidation de la *Loi de la fermeture de bonne heure* qui permettait aux municipalités d'adopter des règlements au sujet de la fermeture des commerces lors de certaines fêtes religieuses) ; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 (confirmation de la condamnation en

pour s'en convaincre. Sur une période de dix ans, la Cour suprême du Canada invalidera plusieurs lois et règlements adoptés par le gouvernement de l'Union nationale dirigé par Maurice Duplessis, ou encore, par certaines municipalités québécoises inféodées par la toute-puissance du premier ministre et du clergé catholique. C'est ce qui lui avait fait dire que *la Cour suprême du Canada est comme la tour de Pise, elle penche toujours du même côté* !

C'est donc dans ce contexte qu'au printemps de 1971, le ministre de la Justice de l'époque, Jérôme Choquette, confiait aux P^{rs} Paul-André Crépeau et Frank Scott la tâche de rédiger un avant-projet de loi qui, en plus de consacrer une norme anti-discriminatoire générale, comporterait aussi des dispositions concernant les droits politiques, les droits judiciaires et les droits économiques et sociaux. Le *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*²⁴ – un document exceptionnel de l'historiographie juridique québécoise qui est reproduit à l'annexe II de ce présent numéro thématique – a été remis au ministre de la Justice le 25 juillet 1971.

Les P^{rs} Crépeau et Scott ont proposé l'adoption, reprenant ainsi la suggestion du P^r Morin, d'une *Charte des droits et libertés de la personne* ainsi que la constitution d'une commission des droits de la personne dont les fonctions comprenaient notamment celle de faire enquête dans les cas de discrimination. Ce projet de charte reprenait le texte de la déclaration des droits civils élaborée par l'ORCC, mais s'inspirait aussi, et surtout peut-être, des conventions du droit international et des lois canadiennes les plus

dommages-intérêts de policiers qui s'étaient introduits illégalement dans une résidence afin de disperser des témoins de Jéhovah) ; *Switzman c. Québec (Procureur général)*, [1957] R.C.S. 285 (invalidation de la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, mieux connue par son appellation populaire de *Loi du cadenas*) ; *Lamb c. Benoît*, [1959] R.C.S. 321 (confirmation de la condamnation en dommages-intérêts de policiers qui avaient procédé à l'arrestation puis à l'emprisonnement de témoins de Jéhovah qui distribuaient des tracts dans les rues d'une municipalité) ; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (confirmation de la condamnation en dommages-intérêts de l'ancien premier ministre du Québec, Maurice Duplessis, qui avait fait révoquer le permis d'alcool d'un restaurateur en raison de la sympathie que celui-ci manifestait aux témoins de Jéhovah). Voir aussi, pour une description sommaire de ces décisions, A.-R. NADEAU, « Pro-légomènes – Juges et pouvoirs : le pouvoirs des juges depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (2003) NS R. du B. XIX.

24. P.A. CRÉPEAU et F.R. SCOTT, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*, 25 juillet 1971.

avant-gardistes. Le projet Crépeau-Scott est incontestablement le précurseur de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵.

Il faudra cependant attendre près de quatre ans, du mois de juillet 1971 au mois de juin 1975, avant que l'Assemblée nationale du Québec n'adopte le projet de charte. Pourquoi avoir attendu aussi longtemps ? Le Pr Morel estime que la raison de ce retard s'explique par la présence de l'article 38 du projet concernant le libre choix de la langue d'enseignement²⁶. En effet, le premier ministre Robert Bourassa craignait que le dépôt du projet de charte qui comportait des dispositions concernant les droits linguistiques – une question *éminemment controversée*²⁷ pour reprendre les termes du Pr Morel – ne puisse compromettre le projet lui-même²⁸. La dissociation des droits linguistiques du projet de charte et l'adoption, en mai 1974, du projet de loi n° 22, intitulé

25. C'est aussi l'avis du Pr Morel qui s'exprimait ainsi : « À bien des égards, ce court rapport de l'O.R.C.C. [celui de 1968 qui est le fondement du Rapport Crépeau-Scott] était un présage de ce qu'allait être la future charte et devait, de fait, exercer une influence considérable. Tout d'abord et c'est ce qui est le plus apparent – la quasi-totalité des dispositions seraient reprises dans la *Charte* et, presque toujours, dans les mêmes termes. De plus, le niveau de langage et la qualité d'expression que les auteurs du rapport avaient choisi d'adopter avaient été retenus, conférant ainsi à la loi québécoise tout à la fois la solennité et la simplicité qui faisaient lamentablement défaut à la Déclaration canadienne des droits ». Voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 5-6.

26. Voir annexe II, article 38.

27. Il faut rappeler que le gouvernement de l'Union nationale, dirigé par Jean-Jacques Bertrand, avait fait adopter, en 1969, le projet de loi n° 63 intitulé *Loi pour promouvoir la langue française*, laquelle faisait suite aux tensions linguistiques ressenties à la Commission scolaire de Saint-Léonard qui avait décidé, en 1967, de contraindre les allophones à recevoir leur éducation en langue française. Les violentes manifestations qui s'ensuivirent et l'échec du projet de loi n° 85 (première tentative infructueuse de régler les droits scolaires) ont suscité la création d'une commission d'enquête (il s'agit de la Commission Gendron) ainsi que l'adoption précipitée du projet de loi n° 63, lequel prescrivait que les élèves qui recevaient une éducation en langue anglaise devaient démontrer des connaissances minimales de la langue française. Du coup, le mécontentement s'est déplacé des communautés anglophone et allophone vers la communauté francophone. C'est donc dans ce contexte que le gouvernement libéral, dirigé par Robert Bourassa, fera adopter, au début de son second mandat, le projet de loi n° 22 intitulé *Loi sur la langue officielle*. Voir A.-R. NADEAU, « L'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques québécois », (2006) 32 *S.C.L.R.* 109, 114.

28. Le Pr Morel s'exprimait en ces termes : « Il paraissait en effet normal à plusieurs qu'une charte québécoise ne reste pas silencieuse sur cette question éminemment controversée. Mais le gouvernement Bourassa n'était pas prêt à arrêter sa politique linguistique. Il ne le fit qu'en rendant public, le 20 mai 1974, son projet de loi n° 22 intitulé *Loi sur la langue officielle* (L.Q. 1974, c. 6), dissociant ainsi fort habilement les questions des droits linguistiques, qui divisaient l'opinion publique, et la charte des droits, sur laquelle il était beaucoup plus facile de trouver un consensus ». Voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 8.

Loi sur la langue officielle accréditent très certainement cette thèse et expliquent l'étonnante absence de dispositions concernant les droits linguistiques dans la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁹.

Le ministre de la Justice d'alors, Jérôme Choquette, déposa le projet de loi n° 50, intitulé *Loi sur les droits et libertés de la personne* le 29 octobre 1974. Comme le souligne le Pr Morel « [S]ans être absolument calqué sur le rapport Crépeau-Scott, le projet de loi en épousait de façon très fidèle non seulement le plan et l'économie générale, mais le contenu et les formulations »³⁰. Un second projet, cette fois intitulé *Charte des droits et libertés de la personne*, sera réintroduit le 26 mars 1975, pour être finalement adopté le 27 juin de la même année. À l'exception des dispositions concernant la constitution de la nouvelle Commission des droits de la personne, qui prenaient effet au moment de son adoption, l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne* a été fixée par proclamation au 28 juin 1976³¹.

29. Cette absence est d'autant plus étonnante que sur le plan international, la reconnaissance de la nécessité de protéger les droits linguistiques était apparue à la suite de la fin de la Seconde Guerre mondiale lorsque, à la suite des accords de Yalta, de nombreuses communautés linguistiques se sont trouvées, du jour au lendemain, assujetties à un gouvernement qui représentait une majorité dont la langue était différente de la leur. Au Canada, le premier ministre Trudeau avait les mêmes préoccupations puisque le tout premier projet de charte constitutionnelle proposé lors de la Conférence constitutionnelle de Victoria, qui s'est déroulée du 14 au 16 juin 1971, comportait un titre complet visant les droits linguistiques. De fait, la lecture de ce projet de charte donne à penser que la constitutionnalisation des droits linguistiques – la partie II concernant les droits linguistiques comportait exactement le même nombre de dispositions que la partie I concernant les droits politiques ! – était fondamentale. Voir aussi M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, trad. par H. JUSTE, Montréal, Boréal, 1996, p. 191-264, où l'auteur consacre un chapitre entier à la judiciarisation des politiques linguistiques canadiennes.

30. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 9.

31. Pour la suite de la séquence historique et le rôle du Tribunal des droits de la personne dans l'interprétation des droits et libertés, on lira notamment M. RIVET, « Discours d'ouverture – Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 1 ; M. ROBERT, « Conférence inaugurale – Instances juridictionnelles », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 47 ; J. FRÉMONT, « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour d'un malaise », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 63.

II. Les enjeux : une interprétation judiciaire réductionniste

La *Charte des droits et libertés de la personne*, et par le fait même les droits et libertés qu'elle consacre, est entrée en vigueur le 28 juin 1976. Il faudra cependant attendre près de dix ans avant que la Cour suprême du Canada n'y fasse référence. Elle l'a fait, pour la toute première fois, dans l'arrêt *Morier* rendu le 19 décembre 1985³². Dans l'arrêt *Bell Canada* (1988)³³ se posera la question du partage des compétences relativement aux droits et libertés. Dans cet arrêt, le juge Beetz a rappelé le principe que le Parlement ou les assemblées législatives provinciales ou territoriales ne peuvent légiférer en matière de droits fondamentaux que dans le domaine de leurs compétences législatives respectives³⁴.

Il faudra toutefois attendre jusqu'au 1^{er} septembre 1988, c'est-à-dire plus de 12 ans après son entrée en vigueur, pour que la Cour suprême du Canada ne considère et n'applique une disposition de la *Charte québécoise*. Il s'agit de l'arrêt *Forget* (1988)³⁵ qui soulevait à la fois une question appartenant au domaine d'action traditionnel de ce type de loi, soit la discrimination, et à la fois la question occultée par celle-ci, soit les droits linguistiques. Dans l'arrêt *Ford* (1988)³⁶, le juge Lamer a conclu, pour la Cour, que les

32. *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716. Il s'agissait de déterminer si les appelants pouvaient avoir droit aux dommages-intérêts prévus à l'article 49. La même question s'est représentée trois ans plus tard dans l'arrêt *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494 dans lequel, bien que dissident, le juge Lamer rappellera que, sauf exception, comme avec l'article 49 de la *Charte québécoise*, le droit civil québécois n'admet pas l'attribution de dommages punitifs.

33. *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

34. Le juge Beetz citait avec approbation ce passage de l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 3 R.C.S. 226, 233 : « L'expression « droits de la personne » sans plus ne constituera pas en soi un programme isolé en ce sens que ce ne sont pas tous les droits et par tous les moyens pour lesquels ces droits peuvent être protégés qui, de par leur caractère véritable, relèvent de l'un des chefs de compétence énumérés à l'article 92. Plutôt, la loi provinciale qui protège des aspects des droits de la personne ne peut être valide constitutionnellement que dans la mesure où elle est, en outre de son rapport avec la dignité ou la liberté de l'être humain, valide de manière indépendante en vertu de l'article 92. » Voir *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 806.

35. *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90. La question consistait à déterminer si un règlement adopté en vertu de la *Charte de la langue française* concernant la connaissance appropriée de la langue française dans l'exercice d'une profession était discriminatoire en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise*.

36. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cet arrêt, le juge Lamer affirme que la notion de liberté d'expression que l'on retrouve dans la *Charte québécoise* se rapproche conceptuellement de celle que l'on retrouve dans la *Charte canadienne*, du moins en ce qui a trait à la question examinée. Ainsi s'exprimait-il : « Pour les fins de cette question, il convient de prêter le même sens aux

dispositions de la *Charte de la langue française* concernant la langue d'affichage portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne*, mais aussi à l'article 3 de la *Charte québécoise*. Se posait aussi la question de savoir si ces mêmes dispositions pouvaient constituer un motif de discrimination interdit au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*³⁷. De plus, tranche la Cour, malgré les distinctions sémantiques entre l'article premier de la *Charte canadienne* et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, celui-ci est une disposition justificative analogue au premier et son application est soumise à un critère de proportionnalité et de lien rationnel semblable.

L'année suivante, dans les arrêts *Veilleux* (1989)³⁸ et *Gauthier* (1989)³⁹, s'est posée la question de savoir si les dispositions de la *Loi sur la protection du territoire agricole* portaient atteinte à l'article 6 de la *Charte québécoise* concernant la jouissance paisible de ses biens. La Cour a répondu par la négative dans les deux cas. L'arrêt *Irwin Toy Ltd* (1989)⁴⁰, dans lequel étaient contestées les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* qui interdisaient la publicité faite aux enfants, est une suite logique au principe judiciaire établi dans l'arrêt *Ford* (1988) ; la Cour assimile la liberté d'expression commerciale à la notion de liberté d'expression protégée tant par la *Charte canadienne* que par la *Charte québécoise*. Puis, dans le très médiatisé arrêt *Tremblay c. Daigle* (1989)⁴¹, concernant la volonté d'un père d'empêcher une femme de mettre un terme à sa grossesse, la Cour suprême a statué qu'un fœtus n'était pas un être humain au sens de l'article premier de la *Charte québécoise*.

Dans l'arrêt *Lippé* (1991)⁴², la Cour suprême a examiné la portée de l'article 23 concernant l'impartialité et l'indépendance

mots « liberté d'expression » employés à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise* ». Voir aussi au même effet l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

37. L'application de l'article 10 a fait l'objet d'un examen attentif dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Plus précisément, il s'agissait de déterminer si la politique d'embauchage de la municipalité, laquelle interdisait l'emploi de membres de la même famille, constituait de la discrimination fondée sur l'état civil au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*. La Cour a conclu par l'affirmative et précisé que cette politique était trop stricte et, au surplus, elle n'était pas raisonnablement nécessaire pour assurer l'intégrité ou la transparence de l'administration municipale.
38. *Veilleux c. Québec (Commission du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839.
39. *Gauthier c. Québec (Commission du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 859.
40. *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
41. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.
42. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. La Cour suprême réaffirmera ce principe judiciaire dans l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc.* (1996), dans lequel elle statuera que la

d'un tribunal. Ici encore, est tracé un parallèle entre la garantie constitutionnelle – l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne* – et la disposition protectrice que l'on retrouve dans la *Charte québécoise*. La question du droit de propriété est revenue dans l'arrêt *Leiriao* (1991)⁴³, dans lequel la juge L'Heureux-Dubé, en dissidence, évoque l'article 6 de la *Charte québécoise* pour étayer le principe voulant que le droit d'une municipalité d'exproprier n'est pas sans limite. Il faut dire toutefois que la majorité n'a fait aucune mention de la *Charte québécoise*.

Dans l'arrêt *Frenette* (1992)⁴⁴, une affaire concernant la divulgation de dossiers médicaux d'un individu à une compagnie d'assurance, la Cour suprême a examiné la portée des dispositions concernant le respect de la vie privée (article 5) et le secret professionnel (article 9) ainsi que la possibilité de renoncer à un droit garanti par la *Charte québécoise*. Bien qu'elle ait reconnu que le droit à la confidentialité bénéficiait désormais d'une protection *quasi constitutionnelle* au Québec, la Cour a jugé que celui-ci n'était pas absolu et le second alinéa de l'article 9 reconnaît le *caractère indubitablement relatif* de ce droit. Dans l'arrêt *Vidéotron* (1992)⁴⁵, la Cour suprême a indiqué qu'il serait contraire au principe fondamental du droit pénal, expressément reconnu à l'article 33.1, relativement à la protection contre l'auto-incrimination, de la *Charte québécoise*, qu'une personne citée pour outrage au tribunal soit contrainte à témoigner.

Dans les arrêts *143471 Canada Inc.* (1994)⁴⁶ et *Comité paritaire de l'industrie de la chemise* (1994)⁴⁷, la Cour suprême a

Régie des permis d'alcool n'était pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 23 de la *Charte québécoise*. Ici encore, la Cour fait un parallèle entre cette disposition de la *Charte québécoise* et le principe constitutionnel. « Derrière les variations terminologiques se cache la reconnaissance des principes classiques relatifs à l'impartialité et l'indépendance de la justice. L'article 23 de la *Charte* consacre dans le contexte québécois le droit de tout citoyen à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé ». Voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 937 (j. Gonthier).

43. *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 1 R.C.S. 579.

44. *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 952.

45. *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

46. *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général) ; Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339.

47. *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash ; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, 459. Ainsi s'exprimait la juge L'Heureux-Dubé : « À mon avis [...], la méthode d'analyse et les critères élaborés par notre Cour relativement à l'art. 8 de la Charte canadienne s'appliquent tout aussi bien à l'art. 24.1 de la Charte québécoise. Je note que l'art.

indiqué que la méthode d'analyse et les critères élaborés par les tribunaux relativement à l'article 8 de la *Charte canadienne* concernant les fouilles, perquisitions et saisies s'appliquent à l'article 24.1 de la *Charte québécoise*, sous réserve cependant que, dans ce dernier cas, la disposition n'est pas soumise à la disposition justificative de l'article 9.1.

L'année 1996 marque un point tournant dans l'interprétation de la *Charte québécoise* par la Cour suprême. Dans les arrêts *Béliveau St-Jacques* (1996)⁴⁸, *Hôpital St-Ferdinand* (1996)⁴⁹ et *Augustus c. Gosset* (1996)⁵⁰, la Cour suprême a établi le principe judiciaire consacrant le fait que la *Charte québécoise* n'avait pas créé un régime autonome de responsabilité civile et que pour réussir dans une poursuite en dommages-intérêts, il fallait impérativement démontrer les éléments traditionnels du régime de la responsabilité civile que sont la faute, le dommage et le lien de causalité.

Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* (1996)⁵¹, probablement l'un des arrêts les plus importants relativement à l'interprétation de la *Charte québécoise*, la Cour devait examiner la portée des voies de droit qui y sont prévues. De façon plus particulière, il s'agissait de déterminer si l'article 49 de la *Charte québécoise*, dans la mesure où il permet d'obtenir des dommages-intérêts compensatoires et punitifs, est constitutif d'un recours autonome en responsabilité civile. En ce qui a trait aux dommages compensatoires, la Cour indique que le premier alinéa de l'article 49 ne possède pas une autonomie de principe qui puisse permettre de le distinguer du régime de responsabilité civile⁵². Quant aux dommages puni-

24.1 n'est cependant pas soumis aux tempéraments apportés par l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* ».

48. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.

49. *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

50. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

51. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.

52. Ainsi s'exprimait le juge Gonthier pour une majorité de cinq juges : « C'est donc dire que pour une même situation factuelle, la *Charte* ne saurait autoriser double compensation, ni fonder des dommages distincts de ceux qui auraient pu être obtenus en vertu du droit commun. La violation du droit garanti n'a pas pour effet de modifier les principes généraux de compensation ni de créer en soi un préjudice indépendant. La *Charte* ne crée pas un régime parallèle d'indemnisation. Enfin, rien dans la *Charte* ne dispense la victime d'une atteinte illicite à un droit garanti de la *Charte* de faire la preuve du lien de causalité entre cette atteinte et le préjudice moral ou matériel qu'elle aurait subi. La *Charte* n'innove pas en cela ni n'ajoute au droit commun. » Voir : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, 406.

tifs, ils ne seraient, selon les juges de la majorité, qu'un accessoire d'un recours principal visant à obtenir compensation du préjudice moral ou matériel⁵³. Là réside incidemment le désaccord principal entre les juges de la majorité et les deux juges dissidents (les juges L'Heureux-Dubé et La Forest). Pour ces derniers, et cela bien qu'ils soient en accord avec les juges de la majorité en ce qui a trait à la question des dommages compensatoires, le régime des dommages punitifs créé par la *Charte québécoise* se démarque du droit commun en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire ; il est exceptionnel au régime de droit commun⁵⁴.

L'arrêt *Hôpital St-Ferdinand* (1996)⁵⁵ est une autre décision incontournable de la Cour suprême relativement à l'interprétation de la *Charte québécoise*. En plus de préciser le sens des notions d'intégrité⁵⁶ et de dignité de la personne⁵⁷, la Cour étaye la notion d'atteinte illicite – en tranchant le débat entre les deux courants jurisprudentiels contradictoires qui sévissaient alors à la Cour d'appel du Québec⁵⁸ – que l'on retrouve au second alinéa de

53. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, 409.

54. *Ibid.*, p. 411.

55. *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

56. Pour la juge L'Heureux-Dubé, « [l]e sens courant du mot « intégrité » laisse sous-entendre que l'atteinte au droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime ». Voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 253.

57. Après avoir rappelé qu'en plus de constituer un droit protégé à l'article 4 de la *Charte québécoise*, la dignité constitue, compte tenu de son préambule, une valeur sous-jacente aux droits et libertés qui y sont protégés, la juge L'Heureux-Dubé se dit d'avis que la notion de dignité que l'on retrouve dans la *Charte québécoise* est analogue à la notion de « dignité humaine » explorée dans le cadre de la *Charte canadienne*, et notamment dans les arrêts *Morgentaler* (1988) et *Hill* (1995). « J'estime, affirme-t-elle, que l'art. 4 de la Charte vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même. Contrairement au concept d'intégrité, le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y ait eu violation. Ainsi, une atteinte même temporaire à une dimension fondamentale de l'être humain violerait l'art. 4 de la Charte. » Voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 256. Voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 22 R.C.S. 1130.

58. Selon la juge L'Heureux-Dubé, les différents courants peuvent être circonscrits par deux approches. La première approche assimile l'atteinte illicite et intentionnelle à la faute lourde, telle que traditionnellement définie en droit civil (*West Island Teachers*) alors que la seconde approche requiert la preuve que l'auteur de l'atteinte illicite avait clairement voulu les conséquences de son comportement

l'article 49 de la *Charte québécoise*. Contrairement aux dommages compensatoires, l'octroi des dommages punitifs ne dépend pas de la mesure du préjudice résultant de l'atteinte illicite, mais plutôt du caractère intentionnel de cette atteinte. Pour déterminer le caractère intentionnel de cette atteinte, il faut démontrer que l'auteur avait voulu les conséquences que son comportement fautif allait produire. Il faut, de plus, distinguer le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte⁵⁹.

L'année suivante, dans l'arrêt *Godbout* (1997)⁶⁰, un arrêt important concernant l'interprétation de la portée de la notion de vie privée que l'on retrouve consacrée tacitement par la *Charte canadienne* et expressément par la *Charte québécoise*, les juges⁶¹

fautif (*Alvetta-Comeau*). Voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 258. Voir aussi *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.) ; *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.).

59. Après avoir indiqué qu'il fallait abandonner et prendre garde d'assimiler la notion d'atteinte illicite et intentionnelle aux distinctions byzantines – telles la « faute lourde », la « faute dolosive » ou la « faute intentionnelle » –, la juge L'Heureux-Dubé établissait ainsi les paramètres de l'atteinte illicite intentionnelle : « J'estime qu'il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'article 49 de la Charte, lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences immédiates et naturelles du moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. » Voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 262. Ce principe judiciaire sera réaffirmé dans l'arrêt *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3.
60. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844. La question constitutionnelle consistait à déterminer si l'obligation de résidence dans les limites territoriales de la municipalité établie par une résolution de la Ville de Longueuil à l'endroit de ses fonctionnaires portait atteinte au principe de l'autonomie personnelle, une composante du droit à la vie privée, garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne* et par l'article 5 de la *Charte québécoise*. Le cas échéant, il fallait déterminer si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* ou de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*.
61. Le juge Major, qui écrivait pour lui-même et pour le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ainsi que le juge Cory, qui lui écrivait les motifs pour lui-même et les juges Gonthier et Iacobucci, n'auraient pas fait reposer la décision sur la *Charte canadienne*. En revanche, le juge La Forest, qui écrivait les motifs pour lui-même et pour les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, conclut que l'obligation de résidence enfreignait l'article 7 de la *Charte canadienne*. Il a néanmoins examiné l'argument fondé sur l'article 5 de la *Charte québécoise*, estimant qu'il était plus utile pour l'examen des questions touchant l'autonomie personnelle que l'article premier concernant l'intégrité de la personne humaine. Constatant une atteinte de celui-ci, le débat s'est alors transporté sur l'interprétation de la disposition limitative. Ici encore, rappelant l'arrêt *Ford* (1988), la Cour a indiqué que l'article 9.1. de la *Charte québécoise* était une disposition justificative qui correspond à l'article premier de la *Charte canadienne* et, par voie de conséquence, elle doit être interprétée et appliquée de la même manière.

de la Cour seront profondément déchirés sur la question de la hiérarchisation des normes juridiques et, plus précisément relativement à la question de savoir si l'on ne devait recourir qu'à la *Charte québécoise* ou, plutôt, tant à la *Charte québécoise* qu'à la *Charte canadienne* pour définir la portée de la notion de la vie privée. De la formation des neuf juges ayant participé à la décision, seuls trois de ceux-ci ont tranché le litige en fonction des deux chartes alors que la majorité a estimé que la *Charte québécoise* devrait être la seule considérée.

Dans le très médiatisé arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.* (1998)⁶², un autre arrêt portant sur la portée du droit à la vie privée ainsi que sur les principes concernant l'attribution des dommages en cas d'atteinte à celui-ci, la Cour a réitéré le principe judiciaire arrêté dans les arrêts *Béliveau St-Jacques* (1996)⁶³ et *Augustus c. Gosset* (1996)⁶⁴, et rappelé que les voies de droit que confère l'article 49 de la *Charte québécoise* ne se distinguent pas du régime général en responsabilité civile. Par conséquent, les éléments traditionnels de la responsabilité civile, soit la faute, le dommage et le lien de causalité, doivent être établis. Pis encore, l'on ne saurait « imputer des dommages du seul fait qu'il y ait atteinte à un droit garanti par la Charte québécoise » (accentuation ajoutée)⁶⁵. En d'autres termes, contrairement à ce que postulait une certaine doctrine⁶⁶, la consécration du droit à la vie privée par la *Charte québécoise* « n'ajoute rien au droit commun »⁶⁷. Qui plus est, la Cour estime que « l'allocation de dommages-intérêts

62. *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591. On se rappellera que dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la publication d'une photographie d'une adolescente, prise dans un lieu public, dans une revue à vocation artistique en l'absence de son consentement portait atteinte à son droit à la vie privée garanti par l'article 5 de la *Charte québécoise*.

63. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.

64. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

65. *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 68.

66. Voir à ce sujet : H. BRUN, « Liberté d'expression et de presse – Droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée », (1992) 23 *R.G.D.* 449, 453 ; P. PATE-NAUDE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales – Enquête, surveillance et conservation de données*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1990, p. 23 ; P. MOLINARI et P. TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée – Aspects généraux et application », dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 218 ; R. PÉPIN, « La vérité et la liberté d'expression », (1987) 18 *R.G.D.* 869, 877 ; L. PERRET, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, 124-125.

67. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, 406 (j. Cory).

symboliques n'est pas non plus justifiée quand les tribunaux veulent sanctionner la violation d'un droit subjectif qui produira le plus souvent un préjudice minime. Ceci irait à l'encontre des principes de responsabilité civile » (accentuation ajoutée)⁶⁸.

Dans l'arrêt *Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville)* (2000)⁶⁹, un arrêt portant sur la portée de la notion de discrimination consacrée à l'article 10 de la *Charte québécoise*, la Cour suprême reconnaît l'élément subjectif de la notion de handicap et l'étend aux affections qui n'occasionnent aucune limitation ou incapacité fonctionnelle⁷⁰. Paradoxalement, on comprendra que j'aie toujours en tête le principe judiciaire établi dans l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.* (1998), où la Cour insiste sur le caractère fondamental et *quasi constitutionnel* de la *Charte québécoise* pour justifier le fait que l'on doive l'interpréter à la *lumière de ses objectifs et de son contexte*⁷¹. Le *contexte* d'une loi comprend les autres dispositions de la loi, les lois connexes, l'objectif poursuivi par la loi et par la disposition particulière ainsi que les circonstances qui ont amené l'énonciation du texte⁷². Les *objectifs* de la *Charte québécoise*, soit le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination, ne sauraient se réaliser à moins que l'on ne reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles⁷³. L'interprétation d'un droit

68. *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 68.

69. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665.

70. La ville de Montréal a refusé la candidature d'un individu à un poste de jardinière horticultrice, et la CUM, celle d'un autre à un poste de policier, parce que l'examen médical pré-embauche avait, dans les deux cas, révélé l'existence d'une anomalie à la colonne vertébrale. La ville de Boisbriand a pour sa part congédié un individu de son poste de policier parce qu'il était atteint de la maladie de Crohn. Or, dans chaque cas, la preuve médicale a révélé une capacité de ces individus à remplir de façon normal les fonctions du poste et une absence de limitations fonctionnelles. Ils ont tous trois porté plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant que leurs employeurs avaient discriminé sur la base du handicap. D'où la nécessité de circonscrire la portée de la notion de handicap de l'article 10 de la *Charte québécoise*.

71. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27.

72. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 32.

73. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 39.

garanti par la *Charte québécoise* doit aussi se faire en tenant compte, en plus de la *Charte canadienne*, des autres législations provinciales et fédérales en matière des droits de la personne⁷⁴.

La portée de l'article 10 concernant la discrimination a aussi été examinée dans le renvoi *Therrien* (2001)⁷⁵, dans lequel la Cour a indiqué que les antécédents judiciaires, même pardonnés, ne font pas partie des motifs qui y sont énumérés ; ils ne sont pas non plus compris dans la notion de condition sociale qui y figure également. En ce qui a trait à l'application de l'article 18.2 (concernant la protection contre la discrimination faite en raison de l'existence de condamnations criminelles antérieures) de la *Charte québécoise*, la Cour conclut qu'il serait étonnant que cette interdiction puisse empêcher de tenir compte de l'existence de condamnations judiciaires dans le cadre du processus de recrutement d'un juge.

Cette question des antécédents judiciaires a été réexaminée dans l'arrêt *Québec (CDPDJ) c. Maksteel Québec Inc.* (2003)⁷⁶. Cette fois, la Cour devait déterminer la portée de l'application de l'article 18.2 de la *Charte québécoise* au regard d'un employé qui a été congédié en raison du fait qu'il a été incarcéré. Se posait donc la question de savoir si cette disposition protégeait l'emploi d'une personne incarcérée et, dans un second temps, si l'employeur avait un devoir d'accommodement raisonnable. Affirmant que la portée de l'article 18.2 est plus limitée que celle de l'article 10, la juge Deschamps, qui s'exprimait pour la Cour, affirme qu'il y a lieu de faire une distinction entre les conséquences civiles d'une peine d'emprisonnement et les stigmates injustifiés qui peuvent le marquer en raison d'une condamnation antérieure. Seul ce dernier cas bénéficie de la protection légale. L'employé incapable de

74. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 43. Plus loin, au par. 71, la juge L'Heureux-Dubé, qui écrivait pour la Cour, résume ainsi sa pensée : « Ensemble, la méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi et l'approche contextuelle, y compris une analyse des objectifs de la législation en matière des droits de la personne, de la façon dont le terme handicap et d'autres termes similaires ont été interprétés ailleurs au Canada, de l'historique législatif, de l'intention du législateur et des autres dispositions de la Charte, militent en faveur d'une définition large du mot handicap, qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l'élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif ».

75. *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3.

76. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228.

faire son travail en raison du fait qu'il est incarcéré n'est pas injustement stigmatisé au sens de la *Charte québécoise* s'il est congédié.

Dans l'arrêt *Tremblay* (2002)⁷⁷, où il s'agissait de déterminer la portée de l'article 19 de la *Charte québécoise*, qui prévoit qu'un employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement égal pour un travail équivalent, la Cour a statué qu'une clause d'une convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés travaillant pour la Ville lors de la signature de la convention collective n'a pas pour effet de créer une discrimination à l'égard des salariés ayant quitté leur poste avant la signature. Le traitement différencié ne découle pas d'une forme de discrimination prévue à l'article 10 et elle n'est pas non plus déraisonnable au sens de l'article 46, relativement à la protection que les conditions de travail soient justes et raisonnables, de la *Charte québécoise*.

Puis, dans l'arrêt *Gosselin* (2002)⁷⁸, le premier arrêt à interpréter le chapitre IV de la *Charte québécoise* concernant les droits économiques et sociaux, la Cour a clairement indiqué que les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'invalidiser les lois qui sont incompatibles avec les droits économiques et sociaux. En d'autres termes, pour reprendre l'expression de la juge en chef McLachlin, les droits économiques et sociaux ne sont que des droits *symboliques*, pour ne pas dire, comme l'aurait sans doute affirmé Pierre E. Trudeau, que ce sont là des droits eunuques⁷⁹.

77. *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, 2002 CSC 44, [2002] 2 R.C.S. 627.

78. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429. On se rappellera que, dans cette affaire, une prestataire d'aide sociale contestait le règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail. La question consistait à déterminer si ce règlement portait atteinte à l'article 45 de la *Charte québécoise* concernant le droit de chacun à des mesures d'assistance financière.

79. Ainsi s'exprimait la juge en chef McLachlin : « Bien que les tribunaux n'aient pas le pouvoir d'invalidiser des lois qui sont incompatibles avec les droits économiques et sociaux prévus au chapitre IV de la Charte, il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont de ce fait dispensés de connaître des demandes fondées sur ces droits. La personne qui prétend avoir été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la Charte québécoise a le droit de s'adresser aux tribunaux dans les cas opportuns. La Charte québécoise est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts. Cependant, il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques énoncés au ch. IV de la Charte québécoise. En cas de violation de ces

Dans l'arrêt *Québec (CDPDJ) c. CUM* (2004)⁸⁰, une autre affaire de discrimination soulevant l'application de l'article 10, la Cour a eu à se pencher sur la question des voies de droit offertes par la *Charte québécoise*, et plus particulièrement sur la question de savoir s'il était possible d'obtenir des dommages-intérêts lorsque la disposition législative sur laquelle se fonde la réclamation est déclarée constitutionnellement invalide. Le juge LeBel, qui s'exprimait pour la Cour, conclut que des principes généraux du droit public peuvent faire obstacle totalement à l'application du droit commun et, de ce fait, empêchent d'avoir recours au régime de la responsabilité civile pour faire sanctionner les violations de la *Charte québécoise*⁸¹.

Dans les arrêts *Québec (CDPDJ) c. Québec (Procureur général)* (2004)⁸² et *Québec (Procureur général) c. Québec (TDP)* (2004)⁸³ s'est posée la question de la compétence du Tribunal des droits de la personne (TDP) d'entendre une plainte de discrimination dont la compétence était potentiellement, dans le premier cas, concurrente avec celle d'un arbitre de grief et, dans le second cas, avec celle de la Commission des affaires sociales (CAS). Dans le premier cas, la majorité de la formation de sept juges (les juges Bastarache et Arbour étaient dissidents) conclut à la compétence du TDP en raison du fait que le litige – il s'agissait de déterminer si l'insertion d'une clause discriminatoire dans une convention collective à l'égard de jeunes enseignants – ne découlait pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature. Dans le second cas, où il s'agissait

droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation. » Voir *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 96.

80. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789.
81. Ainsi s'exprimait-il : « Notre Cour a adopté toutefois une position nuancée quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit public. Elle reconnaît que des principes généraux du droit public peuvent faire obstacle totalement à l'application du régime de droit commun en responsabilité civile ou en modifier partiellement les règles de fonctionnement (*Prud'homme*). Dans le présent cas, les règles gouvernant les immunités rattachées à l'action législative ou réglementaire font obstacle à la reconnaissance d'un principe voulant que l'incompatibilité d'une norme législative ou réglementaire avec la Charte québécoise permette de considérer les actes accomplis en application de cette norme comme fautifs et susceptibles d'entraîner la responsabilité d'une administration publique ou de ses fonctionnaires. » Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 22.
82. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185.
83. *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223.

de déterminer si le TDP avait une compétence concurrente avec la CAS au sujet d'une plainte d'une prestataire d'aide sociale alléguant la discrimination fondée sur la grossesse, la majorité d'une formation de sept juges (cette fois une combinaison de quatre juges formait la majorité alors que trois étaient dissidents) a estimé que le TDP n'avait pas compétence pour connaître du litige en raison du fait que la question relevait de la compétence exclusive de la CAS. Le désaccord entre les deux groupes de juges de la majorité et les juges dissidents semble être lié au fait que l'objet de la plainte touche potentiellement plusieurs femmes dans la même situation. En d'autres termes, la situation de la plaignante transcende la situation d'une plainte essentiellement individualisée⁸⁴.

Bien que l'arrêt *Amselem* (2004)⁸⁵ constitue incontestablement un arrêt important en ce qui a trait à la portée de la liberté de

84. Cette valse-hésitation sur la compétence exclusive ou non d'un tribunal spécialisé referra surface au mois d'avril 2006. Dans l'arrêt *Tranchemontagne* (2006), la Cour suprême devait examiner le pouvoir d'un tribunal administratif de contrôler la constitutionnalité des lois *lorsque la loi constitutive elle-même empêche expressément le tribunal d'exercer ce pouvoir*. Ainsi, la loi constitutive du Tribunal de l'aide sociale de l'Ontario (TAS) lui interdisait expressément de se prononcer sur la constitutionnalité des lois et des règlements qu'il était chargé d'examiner. Tant le TAS que la Cour divisionnaire ont jugé, prenant acte de l'intention du législateur, que le TAS n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la loi. La Cour d'appel de l'Ontario a toutefois infirmé cette décision et statué qu'il avait le pouvoir de déclarer inapplicable une disposition de la loi en raison de son caractère discriminatoire, mais qu'il aurait dû décliner compétence en faveur d'un forum plus approprié. La Cour suprême accueille le pourvoi, une décision cependant partagée entre une majorité de quatre juges contre trois juges dissidents. Pour le juge Bastarache, qui s'exprimait pour la majorité, s'il est vrai que la loi interdit expressément au TAS d'examiner la constitutionnalité des lois et des règlements, il a aussi clairement choisi de ne pas faire appel à la même interdiction en ce qui concerne le *Code des droits de la personne*. Or les questions constitutionnelles et les questions relatives à l'application d'une loi fondamentale relèvent de catégories de questions différentes. C'est une chose d'empêcher un tribunal administratif d'invalider une disposition législative, c'en est une autre de l'empêcher d'appliquer une loi que le législateur provincial a édictée pour résoudre des conflits apparents entre les lois. De plus, le fait que le législateur a retiré à la CDP la compétence exclusive en matière d'interprétation du *Code des droits de la personne* favorise l'interprétation de la compétence du TAS. Il ne convient pas de chercher à rétablir cette compétence exclusive. La juge Abella, qui s'exprimait en dissidence, soutient qu'en édictant une disposition expresse dans la loi empêchant le tribunal de se prononcer, le législateur a clairement exprimé son intention de ne pas permettre au TAS de trancher des questions juridiques pouvant entraîner l'inapplicabilité d'une disposition. Des considérations pratiques indiquent également l'intention du législateur de ne pas conférer ce pouvoir au tribunal. Elle ajoute que même si rien n'interdit au TAS d'appliquer les valeurs et les principes en matière de droits de la personne contenus dans le *Code des droits de la personne*, il n'a pas la compétence pour l'appliquer de manière à rendre une disposition inopérante.

85. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 551. On se rappellera que dans cette affaire, fichtrement médiatisée, les appelants revendiquaient

religion, pour les fins de notre propos son intérêt réside essentiellement dans le fait que la majorité – la Cour était divisée à cinq juges pour la majorité et quatre pour la dissidence – a statué que les principes applicables de la *Charte canadienne* (al. 2a)) et de la *Charte québécoise* (art. 3) en matière de liberté de religion sont analogues, voire parfaitement identiques⁸⁶. Outre la discussion sur l'application de la disposition justificative de l'article 9.1. de la *Charte québécoise*⁸⁷, ce sont les motifs dissidents du juge Bastarache, auxquels ont souscrit les juges LeBel et Deschamps, qui ont été le plus remarquables. Après avoir rappelé qu'en l'espèce les manifestations religieuses se sont déroulées dans un contexte de droit privé, le juge Bastarache tirait cette étonnante conclusion : « Il est aussi important de souligner que la *Charte québécoise* s'interprète en harmonie avec le Code civil, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire) ». Comme le souligne une commentatrice, ces propos surprennent dans la mesure où ils semblent faire une inversion de la hiérarchie normative⁸⁸. Sans doute serait-il superfétatoire de

le droit d'installer une « souccah » pendant neuf jours chaque année dans l'immeuble où ils sont copropriétaires afin de se conformer à leurs croyances religieuses. Or une clause de la déclaration de copropriété interdisait l'installation de tout objet sur les balcons de l'édifice. Voir aussi *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

86. Le même principe judiciaire a été appliqué dans l'arrêt *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc.* (2004) en matière de liberté d'expression. Ainsi, la portée de la liberté d'expression serait identique que l'on invoque la *Charte canadienne* ou la *québécoise*. Voir *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95.
87. On ne saurait cependant minimiser l'importance de cette question et de la distinction, tacite ou expresse, qui est faite par les juges tant dans l'arrêt *Amselem* (2004) que dans l'arrêt *Chaoulli* (2005) en raison de l'application de la *Charte québécoise* aux rapports privés. On lira avec intérêt l'analyse de Christian Brunelle sur cette question. Celui-ci distingue deux méthodes d'analyse : la méthode d'analyse unitaire et la méthode d'analyse bipartite. Voir *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791. Voir aussi C. BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343.
88. Dans un article publié l'année dernière dans les actes du colloque organisé conjointement par le Barreau du Québec et le Tribunal des droits de la personne, Sylvie Gagnon affirmait ce qui suit : « Avec égards, ces propos surprennent d'abord par l'inversion complète des termes de la disposition préliminaire du Code civil qui, rappelons-le, énonce plutôt que le Code régit en harmonie avec la Charte, et non le contraire. » Voir S. GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville,

l'ajouter, mais il semble y avoir un désaccord profond parmi les juges de la Cour suprême relativement à la hiérarchie des normes, que ce soit entre la *Charte* et le Code civil ou entre celui-ci, expression du droit commun québécois, et les autres lois⁸⁹.

L'année suivante, la Cour suprême a rendu un arrêt important et, pour le moins dire, fortement contesté : il s'agit de l'arrêt *Chaoulli* (2005)⁹⁰ dans lequel la juge en chef McLachlin et le juge Major, pour une majorité de trois juges, considèrent que les dispositions des lois québécoises qui empêchent les citoyens québécois de souscrire une assurance afin d'obtenir des soins de santé privés portent atteinte aux droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne* ainsi qu'aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne protégés par l'article premier de la *Charte québécoise*. Cette prohibition n'est ni justifiable en

Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261, 272. Quant à la disposition liminaire du *Code civil du Québec*, elle se lit ainsi : « Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

89. C'est là, du moins, le constat qu'il me faut faire lorsque je considère l'arrêt *Isidore Garon* (2006), dans lequel la Cour examine les rapports entre le droit commun d'application générale et le droit spécialisé qui y déroge expressément. Dans cette affaire, des employés syndiqués sont mis à pied à la suite de la fermeture de leur entreprise. L'avis de cessation d'emploi respectait les normes prévues par la *Loi sur les normes du travail*. Les employés ont cependant fait un grief pour réclamer des indemnités de départ additionnelles fondées sur les dispositions du *Code civil du Québec*. La question qui s'est posée est celle de savoir si le délai congé prévu au *Code civil du Québec*, qui était plus généreux que celui prévu à la *Loi sur les normes du travail*, s'appliquait aux employés syndiqués. Dans une décision partagée de cinq juges pour la majorité et de quatre pour la dissidence, la Cour suprême a adopté le principe judiciaire voulant qu'il y ait une dichotomie nette entre les rapports collectifs et les rapports individuels de travail. Pour la juge Deschamps, qui s'exprimait pour la majorité, tout ce qui ressort du droit commun n'est pas implicitement incorporé dans les conventions collectives ; seulement ce qui est compatible. En l'espèce, la règle du *Code civil du Québec* concernant le délai congé ne peut être incorporée en raison notamment du fait que le droit des employés de réclamer un délai congé raisonnable en vertu du droit commun est la contrepartie du droit de l'employeur de mettre fin à leur emploi, en payant ce préavis, sans devoir fournir de cause juste et suffisante. Pour le juge LeBel, qui s'exprimait pour lui-même ainsi que pour la juge en chef McLachlin et le juge Fish, il n'y a pas lieu de tracer une dichotomie étanche entre le contrat individuel et les rapports collectifs de travail. Le régime du *Code civil du Québec* complète et supplée aux silences et aux lacunes des conventions collectives. En d'autres termes, les droits découlant du contrat individuel et ceux protégés par le régime collectif peuvent et doivent s'harmoniser. Voir *Isidore Garon ltée c. Tremblay* ; *Fillion et Frères* (1976) inc. c. *Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27.

90. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791.

vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* ni en vertu de l'article 9.1. de la *Charte québécoise*. Bien qu'elle ait été la seule à faire valoir ce point de vue, les motifs de la juge Deschamps méritent d'être soulignés dans la mesure où elle semble vouloir subordonner les revendications constitutionnelles à l'épuisement des voies de droit infraconstitutionnelles. En d'autres termes, pour la juge Deschamps, la *valorisation des instruments juridiques québécois* fait en sorte qu'il serait *approprié d'avoir recours aux règles québécoises avant d'avoir recours à la Charte canadienne*⁹¹.

III. Les perspectives : des réflexions audacieuses

Ce numéro thématique hors série de la Revue du Barreau visant à marquer le trentième anniversaire de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne* est le fruit d'une collaboration entre le comité d'orientation du numéro thématique – lequel est composé d'avocats et de juges de tous les horizons –, le comité de la Revue du Barreau ainsi que le sous-comité thématique qui avait pour tâche de coordonner la conception et la réalisation de ce numéro. Près de vingt auteurs, proposant des réflexions innovatrices, voire audacieuses, ont collaboré à ce numéro. Ils proviennent, à une exception près, de toutes les facultés de droit du Québec ainsi que de la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa. Fait à souligner, et remarquable sans doute en raison du domaine du droit examiné, un nombre quasi équivalent d'hommes et de femmes ont collaboré à ce numéro.

Les sujets traités sont divers et nombreux et touchent pratiquement tous les chapitres de la *Charte québécoise* ainsi que sa place dans la hiérarchie des normes. C'est ce à quoi se sont particulièrement attardés France Allard (le rapport entre la *Charte* et le droit commun), Jean-François Gaudreault-Desbiens et Charles-Maxime Panaccio (l'impact de l'arrêt *Chaoulli*) et Danielle Pinard (l'impact de l'arrêt *Chaoulli*). Certains auteurs, comme Pierre Bosset (droits culturels), Anne-Françoise Debruche (le

91. Ainsi s'exprimait la juge Deschamps : « Décider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien ». La raison de ce choix semble résider dans le fait que le fardeau de preuve pour démontrer une atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne* a une portée plus large que celui qui découle de la *Charte québécoise* en raison de l'existence du principe de justice fondamentale. Ainsi, pour le demandeur, il apparaît nettement préférable d'appuyer sa revendication sur la *Charte québécoise*. Voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 30-31.

droit à la propriété) et David Robitaille (les droits économiques et sociaux), se sont intéressés à des dispositions ou des chapitres particuliers de la *Charte québécoise* alors que d'autres, comme Marie-France Bureau et Jacques Papy (l'orientation sexuelle), Christian Brunelle (la notion de dignité), Michelle Giroux (le droit de connaître ses origines), Lucie Lamarche et Véronique Lebuix (le droit des femmes) et Denis Nadeau (le droit du travail), ont fait porter leur réflexion sur des sujets qui transcendent l'ensemble des droits et libertés qui y sont protégés. Enfin Sébastien Grammond (les droits autochtones) et Michel Venne (les droits linguistiques) se sont interrogés sur l'absence de certains droits fondamentaux dans la *Charte québécoise*.

Conclusion

La question qui se pose au terme de cette réflexion est la suivante : peut-on véritablement conclure que la Cour suprême du Canada a fait preuve de retenue en interprétant la *Charte québécoise* ? A-t-elle façonné, à l'instar de l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*⁹², une interprétation réductionniste de ce document unique ? Personnellement, je répondrai par l'affirmative.

Il est vrai que la Cour suprême a confirmé, voire étendu la portée de certaines libertés protégées par la *Charte canadienne* – on peut penser à la discrimination⁹³, à la liberté d'expression⁹⁴, au principe de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux⁹⁵ ou encore, plus récemment, à la liberté de religion⁹⁶ – par le biais de l'application de la *Charte québécoise*, mais en ce qui concerne le fondement même de la *Charte québécoise* et de la place qu'elle

92. Voir la démonstration que je faisais à ce sujet dans A.-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Toronto, Carswell, 2000, p. 57-63.

93. *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665.

94. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

95. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 ; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

96. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2994 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

occupe dans la hiérarchie des normes, il nous faut bien admettre qu'elle a adopté une interprétation réductionniste.

On peut d'abord penser à la séquence d'arrêts de 1996 – en quelque sorte l'*annus horribilis* de la *Charte québécoise* à la Cour suprême du Canada –, dans lesquels la Cour suprême a établi, dans les arrêts *Béliveau St-Jacques* (1996)⁹⁷, *Hôpital St-Ferdinand* (1996)⁹⁸ et *Augustus c. Gosset* (1996)⁹⁹, le principe judiciaire consacrant le fait que la *Charte québécoise* n'avait pas créé un régime autonome de responsabilité civile et que pour réussir dans une poursuite en dommages-intérêts, il fallait impérativement démontrer les éléments traditionnels du régime de la responsabilité civile que sont la faute, le dommage et le lien de causalité.

À cela, il nous faut ajouter le fait, comme nous l'a rappelé le juge Gonthier dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* (1996)¹⁰⁰, qu'il est possible qu'une loi ordinaire adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la *Charte québécoise* puisse écarter l'un de ces principes, et cela même en l'absence d'une disposition de dérogation. Cette réalité découle du fait que la première grande originalité de la *Charte québécoise* que mentionne le Pr Morel – c'est-à-dire « accorder une protection véritable à ceux dont les droits et libertés sont violés, en prévoyant des voies de recours efficaces et innovatrices » – est écartée tant par le législateur que par la Cour suprême du Canada. Par le législateur en raison du fait que les voies de droit ne sont pas expressément incluses à l'article 52 de la *Charte québécoise*. Par la Cour suprême du Canada en raison du fait, malgré une certaine valse-hésitation à ce sujet, qu'elle a rétréci la compétence du Tribunal des droits de la personne, dont les principes judiciaires sont incontestablement innovateurs et les plus susceptibles de préserver les droits et libertés que la *Charte québécoise* protège.

Ensuite, la seconde originalité que décrit le Pr Morel – soit l'ampleur et la prééminence des droits et libertés que la *Charte québécoise* garantit – semble elle aussi avoir été écartée par la Cour suprême du Canada. Qu'il suffise de mentionner, à titre

97. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.

98. *Québec (Curateur public) c. Syndicat des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

99. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

100. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345.

d'exemple, l'arrêt *Gosselin* (1992)¹⁰¹ dans lequel la juge en chef McLachlin n'hésite pas à qualifier les droits sociaux et économiques – ce qui incidemment distingue fondamentalement, à l'instar du *Pacte international des droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Charte québécoise* de la *Charte canadienne* – de *droits symboliques*. À cette caractérisation expresse, il me faut mentionner le sort réservé au droit à la vie privée, un droit expressément garanti par la *Charte québécoise*.

La Cour suprême évoque fréquemment, et à juste titre d'ailleurs, l'importance de respecter la volonté du Parlement ou des assemblées législatives provinciales ou territoriales. Or, et c'est là un exemple que j'aime rappeler¹⁰², le droit à la vie privée, qui est expressément énoncé et garanti dans la *Charte québécoise* alors qu'il n'est aucunement mentionné dans la *Charte canadienne*, aurait une portée plus vaste dans ce dernier cas. Non seulement le droit à la vie privée ne fait pas l'objet d'une énonciation particulière dans la *Charte canadienne*, mais les constituants – les auteurs de la *Charte canadienne* – ont expressément rejeté la proposition de le garantir à l'article 2 de la *Charte canadienne*¹⁰³.

101. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.

102. Voir A.-R. NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux – Étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Toronto, Carswell, 2000, p. 1.

103. Lors de la session du 20 janvier 1981 du *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada relativement au projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, monsieur Jack Epp, député du Parti progressiste-conservateur du Canada, après avoir rappelé l'importance que son parti avait accordée aux droits fondamentaux, a proposé un amendement afin d'inclure un alinéa 2e) à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi s'exprimait-il : « La position du Parti progressiste-conservateur à ce sujet traduit donc la volonté populaire. La volonté de renforcer nos libertés est fondée sur une longue tradition de notre parti. C'est notre parti en effet qui, grâce à la vision et aux qualités de leader de John Diefenbaker, donna aux Canadiens leur première charte des droits de l'homme (*Bill of Rights*). Celle-ci traduisit dans toute sa plénitude la notion de citoyenneté, telle que les Canadiens l'entendaient. Ils devenaient ainsi des Canadiens à part entière. La souveraineté de Dieu sur la nation était également confirmée. La famille était reconnue en tant que pierre angulaire de notre société. Le droit à la propriété privée, souvent refusé dans d'autres pays, fut garanti. Ces principes restent toujours valables, et tous nos amendements à la charte sont basés là-dessus » (voir 41:93). Le texte de la proposition d'amendement était ainsi libellé : « 2e) protection contre toute intervention abusive dans les domaines de la vie privée, de la famille, du domicile, de la correspondance et de la jouissance du droit à la propriété. » Il expliqua par la suite l'objet de cette proposition : « Cet amendement veillera à ce que tous les Canadiens, et en particulier les nouveaux Canadiens qui sont venus ici en quête de liberté et de sécurité, soient protégés contre tout empiètement abusif de la part du gouvernement sur quelque aspect de leur vie privée » (voir 41:97). Répondant à cette proposi-

S'il est vrai, comme le souligne le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.* (1998)¹⁰⁴, que le droit à la vie privée garanti dans la *Charte québécoise* n'a pas une portée identique à celui que l'on retrouve dans la *Charte canadienne* en raison du fait que la *Charte québécoise* s'étend aux relations entre particuliers, on se demande à quoi ce droit peut servir s'il n'est pas susceptible de faire l'objet d'une compensation financière. Faut-il rappeler que les revendications portant sur une atteinte au droit à la vie privée paraissent quasiment antinomiques à l'exercice des voies de droit dans la mesure où les procédures judiciaires sont publiques alors que l'essence même d'une revendication fondée sur le respect de la vie privée commande la discrétion. Au surplus, ce n'est que dans des cas très exceptionnels que l'on pourra justifier des dommages compensatoires directement associés à une atteinte à la vie privée. Ainsi, le fait que les tribunaux ne puissent accorder des dommages-intérêts symboliques ou encore des dommages-intérêts punitifs – lesquels, rappelons-nous, ne peuvent constituer un régime autonome du régime de la responsabilité civile¹⁰⁵ – constitue indubitablement la négation d'un droit expressément protégé par la *Charte québécoise*.

Que faire devant cette interprétation réductionniste des tribunaux et de la Cour suprême du Canada en particulier ? La solution serait-elle, comme le suggère le Pr Morin dans ses propos liminaires¹⁰⁶, de constitutionnaliser la *Charte québécoise*. Ne serait-ce pas là un signal clair destiné aux tribunaux, lesquels devraient, par la suite, modifier leur attitude ? Je ne saurais répondre à cette question si ce n'est pour dire que l'ancien juge en chef du Canada, Antonio Lamer, m'a déjà dit que la constitution-

tion du Parti progressiste-conservateur, l'un des coprésidents du comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes, Jean Lapierre, a indiqué que l'inclusion d'un droit particulier à la vie privée ne lui semblait pas souhaitable pour deux raisons. D'abord, l'analogie avec la *Charte internationale des droits de l'homme* ne peut être concluante dans la mesure où ces instruments ne contiennent pas une disposition analogue à celle prévue à l'article 8 concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies ; ensuite, il est difficile de définir le droit à la vie privée et cette difficulté à elle seule justifie d'écarter cette proposition d'amendement. Voir CANADA, *Procès-verbaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada – Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, période du 19 novembre 1980 au 22 janvier 1981.

104. *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 9.

105. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, 409-411.

106. Cette idée du Pr Morin n'est cependant pas nouvelle. Voir : J.-Y. MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1987) 21 *R.J.T.* 26.

nalisation des droits et libertés avait fait une grande différence dans l'esprit des juges qui ont eu à interpréter les garanties énoncées dans la *Charte canadienne*¹⁰⁷. Le débat est donc lancé.

À vrai dire, que l'on soit en faveur ou non de la constitutionnalisation des droits et libertés protégés par la *Charte québécoise*, que l'on estime ou non que la Cour suprême du Canada a fait preuve de retenue en les interprétant, j'ajouterais que l'on ne peut faire qu'une seule et unique constatation et affirmer, en paraphrasant Rilke, que la *Charte québécoise* se trouve *quelque part dans l'inachevé*.

107. Dans une entrevue qu'il m'accordait au moment de son retrait de la vie publique l'ancien juge en chef du Canada, Antonio Lamer, rappelait que ce n'est pas la Cour suprême qui a demandé la responsabilité de contrôler la constitutionnalité des lois mais le constituant qui la lui a confiée. « *La Cour s'est fait dire par les élus du peuple de l'interpréter pour ce qu'elle était, un document constitutionnel. Elle n'a fait qu'obéir* ». Voir : A-R. NADEAU, « *Charte canadienne des droits et libertés : Trudeau aurait dû consulter la population, dit Lamer – La Cour suprême a fait preuve de « dynamisme judiciaire » en interprétant la Charte, reconnaît l'ex-juge en chef du Canada* », *Le Devoir*, mardi 11 janvier 2000, p. A4.

La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë »

France ALLARD*

Introduction	35
A. La primauté de la <i>Charte québécoise</i> comme loi fondamentale des droits et libertés de la personne	39
1. La <i>Charte québécoise</i> : expression première des droits et libertés de la personne	43
2. La <i>Charte québécoise</i> : une loi fondamentale unique.	46
B. La coexistence de la <i>Charte québécoise</i> et du Code civil dans l'expression du droit commun	56
1. L'apport de la <i>Charte québécoise</i> au droit commun . .	57
2. Le manque de cohérence de la jurisprudence sur la relation entre la <i>Charte québécoise</i> et le Code.	66
Conclusion	80

* Avocate générale, spécialiste du droit comparé et gestionnaire des Services de révision bijuridique (fiscalité et droit comparé), Direction des services législatifs, ministère de la Justice, gouvernement du Canada ; chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill. Je tiens à remercier M^{me} Nathalie Lacroix, parajuriste à la Direction des services législatifs, ministère de la Justice, gouvernement du Canada, qui, avec générosité, dévouement et son enthousiasme habituel, a collaboré à la recherche. Les opinions exprimées dans ce texte le sont à titre personnel et ne doivent pas être imputées au ministère de la Justice.

Introduction

Penser le rapport entre la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ et le *Code civil du Québec*, c'est d'abord réfléchir sur la coexistence des deux textes et sur la nature des liens qui les unissent ou les dissocient.

En matière privée, la *Charte québécoise* est, dans l'ordre juridique québécois, la source première des droits de la personne en toute matière². Dans l'esprit des instruments internationaux, son préambule souligne sa finalité première : la reconnaissance des droits et libertés nécessaires au respect de la dignité de l'être humain. Texte fondamental dans l'ordre juridique québécois, la *Charte québécoise* affirme, d'une manière solennelle, les droits et libertés de la personne dans une forme qui en fait un document unique au Canada. Contrairement aux lois de droits de la personne des provinces de common law – pour la plupart des lois anti-discriminatoires, la *Charte québécoise* occupe un champ très vaste. Les droits qui y sont prévus sont énoncés comme des principes directeurs en matière de protection de la personne et non comme des droits exceptionnels régis par le régime d'une simple loi particulière. Ce qui frappe à première vue, c'est le caractère général et complet de la *Charte québécoise*, ainsi que son application en matière tant publique que privée.

La *Charte québécoise* n'en est pas moins une loi dite « ordinaire », semblable aux autres lois de droits de la personne même si, comme elles, son caractère quasi constitutionnel a été maintes fois reconnu par les tribunaux. Aussi, comme plusieurs des lois de droits de la personne des provinces de common law, la *Charte québécoise* a préséance sur les autres lois, ce qui lui confère une place de choix dans la hiérarchie des normes législatives québécoises. S'ajoute à ce statut la relation particulière qui la lie au *Code civil du Québec*. Ce lien en fait un texte différent des lois de droits de la personne des autres provinces dans la mesure où elle n'est pas dérogaire au droit d'application générale.

1. L.R.Q., c. C-12 [ci-après : *Charte québécoise* ou *Charte*].

2. Outre la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, R.-U. 1982, c. 11) qui se situe au sommet de la hiérarchie des normes, avec les autres normes constitutionnelles [ci-après citée au long ou identifiée par l'expression « *Charte canadienne* »].

Pourtant, malgré ce statut particulier dans l'ordre juridique québécois et son rapport privilégié avec le *Code civil du Québec*, le rapport hiérarchique entre la *Charte québécoise* et le Code civil n'est pas si évident³.

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, c'est par le biais de la Disposition préliminaire du Code civil que l'on aborde ce rapport. C'est donc l'idée d'harmonie entre les deux textes, qui apparaît en premier lieu et sert à décrire le rapport entre les deux textes. Si la Disposition préliminaire affirme en quelque sorte l'importance de la *Charte québécoise* dans l'ordre juridique québécois, la réflexion sur le rapport entre les deux textes se fait surtout à partir de l'idée que le Code civil est, en toute matière, l'expression du droit commun au Québec, sans que soit vraiment reconnu l'apport particulier de la *Charte québécoise* au plan de l'interprétation et de la mise en œuvre des droits, même ceux prévus au Code civil.

C'est ce que semble confirmer la jurisprudence, plus particulièrement depuis l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.* (CSN)⁴ de la Cour suprême du Canada. Les tribunaux ont en effet limité une part importante de l'impact qu'aurait pu avoir la *Charte québécoise* sur la mise en œuvre des droits de la personne dans la sphère privée en assujettissant le droit à la réparation pour une atteinte illicite à un droit reconnu par la *Charte québécoise* au régime de la responsabilité du Code civil, subordonnant du coup le régime de protection de plusieurs droits de la Charte au régime général du Code civil, sans modulation particulière. Aussi, au-delà de la simple affirmation qu'il existe une harmonie entre les deux textes, la jurisprudence dit peu de l'articulation formelle de ce rapport, même lorsqu'elle y fait référence. Sur le rôle de chacun des textes et leur relation, la jurisprudence manque d'ailleurs de cohérence.

Si la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* énonce que « [l]e Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes,

3. Dans une perspective de common law, ce rapport est d'autant plus intéressant en raison de la nature même du Code civil, corpus organisé et systématique exprimant le droit commun applicable en toute matière. Aucun texte n'a de rôle équivalent en common law canadienne et la nature même du Code détermine de manière particulière le rapport entre celui-ci et la *Charte québécoise*.

4. [1996] 2 R.C.S. 345 [ci-après *Béliveau St-Jacques*].

ainsi que les biens », l'harmonie dans le rapport entre les deux textes n'en reste pas moins ambiguë⁵. En ne tenant pas compte du caractère particulier de la *Charte québécoise*, de son rôle ou de sa fonction dans l'ordre juridique québécois afin de moduler les règles du droit commun exprimées dans le Code civil, on se trouve devant une contradiction entre la mise en œuvre des droits et libertés de la personne et la raison d'être d'affirmer les droits de la personne dans une charte. La subordination des voies de mise en œuvre des droits protégés par la *Charte québécoise* au régime général prévu par le Code civil, en relation avec le caractère quasi constitutionnel de la Charte et sa fonction symbolique au plan de la reconnaissance collective des droits de la personne créent une incertitude dans l'interprétation et dans l'articulation du rapport formel qui devrait se construire entre les deux sources. C'est surtout là que siège l'ambiguïté du rapport.

En principe, l'harmonie suppose une relation qui existe entre les parties d'un tout, faisant en sorte que ces parties concourent à un même effet d'ensemble – à un équilibre des éléments⁶. On pourrait dire, dans le cas du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil, que l'harmonie participe de l'idée d'ordre juridique, qu'elle exprime le lien entre deux éléments importants du système juridique québécois, qui ont chacun leur fonction propre. Cependant, ce lien n'emporte pas l'égalité formelle des éléments, et encore moins leur parallélisme. L'harmonie suppose une idée de cohérence, voire, dans le contexte du rapport entre le Code civil et la *Charte québécoise*, de continuité.

Cependant, si dans cette continuité le rôle du régime général de la responsabilité extracontractuelle a été important dans le

5. Ce n'est pas la première fois que la question de l'harmonie entre la *Charte québécoise* et le Code civil avec celle de l'ambiguïté du rapport entre les deux textes sont soulevées. Adrian Popovici l'a déjà fait avec éloquence en nous disant qu'après huit ans – c'était en 1998 – il cherchait encore cette harmonie : « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics*, Conférence Meredith Lectures 1998-1999, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 49. Michel Coutu et Pierre Bosset ont également souligné l'ambiguïté de ce rapport dans une étude produite pour la Commission des droits de la personne pour marquer les 25 ans de la *Charte québécoise* : « La dynamique de la Charte », Étude n° 6, dans *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 261.

6. Voir *Le Grand Robert de la langue française*, A. REY (dir.), 2^e éd., t. 3, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2001, v° « harmonie », p. 1696 à 1699 ; *Le Trésor de la Langue française*, B. QUEMAD (dir.), t. 9, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1981, v° « harmonie », p. 686 à 688.

développement et l'affirmation des droits de la personne en droit privé, l'impact de l'affirmation de ces droits dans une charte ne peut être sans conséquence, ni la primauté qui est accordée à plusieurs des droits qui y sont prévus. Pourtant, en droit privé, la *Charte québécoise* est souvent interprétée comme une simple loi, même si son caractère de loi fondamentale a été maintes fois réaffirmé.

Or, outre la Charte canadienne, la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* sont tous deux des textes fondamentaux du droit québécois. Ils n'ont cependant pas la même nature, ni la même fonction. Au même titre que le *Code civil du Québec* qui exprime le droit commun du droit civil québécois, sert d'armature conceptuelle et a qualité de texte fondamental du droit québécois, la *Charte québécoise* fonde les droits et libertés de la personne en droit québécois et a qualité de loi « quasi-constitutionnelle ». Elle constitue l'expression première de la représentation de la personne humaine en droit québécois à travers les droits et libertés qui permettent à la personne d'assurer sa dignité et son autonomie. À ce titre, elle fonde également les autres lois, y compris le Code civil en cette matière.

Rien d'ailleurs dans la disposition préliminaire du Code civil n'exclut la préséance de la *Charte québécoise* en matière de droits de la personne. Rien non plus dans cette disposition n'impose un rôle prééminent au Code civil par rapport à la Charte. Cependant, l'article 52 de la *Charte québécoise* prévoit la préséance des articles 1 à 38 de la Charte sur les autres lois subséquentes, sauf dérogation expresse. À partir de cette disposition de même qu'en considérant la nature des principes énoncés dans la *Charte québécoise*, on aurait donc tendance à croire qu'elle devrait se situer au sommet de la hiérarchie des sources, après la *Charte canadienne des droits et libertés* et les principes constitutionnels.

Or le Code civil n'est pas une loi ordinaire. Il ne vient pas déroger ni ajouter à d'autres règles ou principes. Il est lui-même l'expression de la loi d'application générale à laquelle les autres lois viennent ajouter ou déroger⁷. D'autre part, la *Charte québécoise* ne vient pas non plus ajouter ou déroger au Code civil. Elle est elle-même l'expression du droit d'application générale en matière de droits et libertés de la personne.

7. Voir le deuxième alinéa de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*.

Ainsi, l'interaction entre la *Charte québécoise* et le Code civil est particulière. « Contrairement au rapport entre la Charte avec l'ensemble des autres lois québécoises, il existe entre le Code et la Charte un rapport de complémentarité qui sert de fondement aux règles établies dans les autres lois. Ainsi, leur interaction s'analyse non pas en fonction de l'identification des droits que chacun des textes établit, mais en fonction de leur rôle dans la protection de ces droits. La Charte, source directe des droits protecteurs de la personnalité, établit les principes généraux qui réglementent la protection de la personne et accorde, aux droits énumérés à ses articles 1 à 9, le caractère de droits fondamentaux. Le Code civil confirme l'existence de ces droits et consolide les principes établis par la Charte, tout en en aménageant la portée et l'exercice »⁸.

Ainsi, bien qu'il y ait dans la Disposition préliminaire du Code civil l'expression d'une hiérarchie des sources, dans le rapport entre le Code civil et la *Charte québécoise*, cette hiérarchie n'est pas statique. Le rapport d'harmonie entre les deux textes n'en est pas un de hiérarchie formelle mais de dépendance et de prévalence variables selon le contexte. En tenant compte du caractère particulier de chacun des textes comme sources fondamentales du droit dans l'ordre juridique québécois, une pondération des textes s'établit de façon naturelle, ce qui permet d'assurer la cohérence continue du système juridique au regard des droits et libertés de la personne par la prise en compte de chacun des textes comme expression d'une règle d'application générale. Dans cette perspective du rôle partagé des textes, on peut admettre la primauté de la *Charte québécoise* comme loi fondamentale en matière de protection des droits et libertés de la personne (A), de même que son rôle, avec le *Code civil du Québec*, dans l'expression du droit commun québécois (B).

A. La primauté de la *Charte québécoise* comme loi fondamentale des droits et libertés de la personne

Penser la primauté de la *Charte québécoise* comme loi fondamentale des droits et libertés de la personne nous amène à aborder le rapport entre la Charte et le Code civil en cette matière à partir de la Charte, de la nature de son texte et de sa fonction, plutôt qu'à partir du Code civil.

8. F. ALLARD, « Les personnes physiques », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2006-2007, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 27, à la p. 29.

Longtemps, la protection des droits et libertés de la personne en droit privé s'est manifestée à travers l'action en responsabilité civile de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada*. La généralité de la notion de faute et du principe qui y sont énoncés ont en effet favorisé l'identification et la reconnaissance par les tribunaux, comme des droits subjectifs, de plusieurs intérêts liés à la protection de la personne, offrant du coup un régime de protection des droits de la personne. Les règles du Code civil ont ainsi pu être considérées comme un véritable instrument de protection des droits et libertés de la personne⁹. Malgré tout, le législateur québécois a choisi de prévoir leur protection dans un texte législatif de nature spéciale qui, même au plan du titre, indique qu'il s'agit plus que d'une simple loi particulière : la *Charte des droits et libertés de la personne*.

La *Charte québécoise* est un texte assez récent dont l'élaboration initiale s'est inscrite dans le cadre des travaux de réforme du Code civil menés par l'Office de révision du Code civil¹⁰. C'est ainsi que dans la foulée des développements jurisprudentiels et dans l'esprit des mouvements de protection des droits de la personne au plan international, le Comité des droits civils de l'Office de révision du Code civil proposait déjà en 1968 de consacrer, dans le droit nouveau, « la place centrale de la personne en droit privé »¹¹. Si au départ cette place devait se manifester dans le corps même du Code civil, le législateur a quand même choisi de consacrer formellement ces droits et de favoriser leur mise en œuvre dans une loi particulière, avant même que le rapport final

-
9. Voir M. CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197. Contrairement à la common law qui ne connaît que des délits particuliers et dont le développement de délits nouveaux reste difficile – il suffit de penser à la difficulté pour la common law de reconnaître un délit de violation de la vie privée – la notion de faute offre en comparaison une grande marge de manœuvre aux tribunaux pour le développement de droits nouveaux issus du devoir général de respecter les droits d'autrui. Voir sur ce point F.R. SCOTT, « The Bill of Rights and Quebec Law », (1959) 39 *R. du B. can.* 135. Pour une description du rôle de la jurisprudence dans la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne à partir de l'exemple de la vie privée, voir F. ALLARD, « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », dans J.E.C. BRIERLEY, N. KASIRER et autres (dir.), *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 1, aux p. 6 et s.
 10. Sur les travaux de l'Office de révision du Code civil, voir P.-A. CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification – 1965-1977*, Montréal, C.R.D.P.C.Q. / Thémis, 2003.
 11. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les droits civils*, Montréal, 1968, p. 4.

de l'Office de révision du Code civil soit déposé en 1978¹². En effet, la *Charte des droits et libertés de la personne* était adoptée en 1975 pour entrer en vigueur l'année suivante¹³. Dépasant le seul domaine des rapports entre particuliers, la *Charte québécoise* tient lieu de charte complète des droits de la personne, couvrant tant les rapports entre particuliers que ceux entre le citoyen et les organes de l'État¹⁴. La *Charte québécoise* est, dans sa facture actuelle, une illustration de l'idée que la protection de la personne à l'encontre de l'État mène nécessairement à la protection des droits de la personne entre particuliers¹⁵.

Cependant, l'idée d'affirmer la place centrale de la personne dans le Code civil n'a pas été délaissée pour autant, même si la *Charte québécoise* couvre le champ de protection des droits et libertés de la personne dans les domaines du droit public et du droit privé. En effet, avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994 et par la reconnaissance de la valeur centrale de la personne dans le corps même du Code civil, « la personne est passée d'entité nécessaire aux rapports de droit à une entité qui est devenue le centre du droit civil »¹⁶. Ce rôle central est souligné de façon formelle par l'établissement du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil dans la Disposition préliminaire du Code, puis par l'adoption d'une sorte de mini-charte des droits de la personne au Titre 1 du Livre Premier portant sur les personnes, qui réglemente certains droits de la personnalité. L'arrimage du Code civil à la *Charte québécoise* favorise l'harmonisation des dispositions du Code aux valeurs véhiculées par la Charte. C'est ainsi

-
12. Sur la genèse de la *Charte québécoise*, voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989, p. 1. Pour une courte description des étapes qui ont mené à l'adoption de la *Charte québécoise*, voir QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés*, P. BOSSET (dir.), vol. 1, *Bilan et recommandations*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 1 et s.
 13. La *Charte des droits et libertés de la personne* a été adoptée le 27 juin 1975 et est entrée en vigueur le 28 juin 1976 ((1976) 108 G.O. II 3875, art. 100).
 14. Sur le besoin et la possibilité pour le Québec de se doter d'une charte des « droits de l'homme » qui dépasse le champ des relations entre particuliers, voir J.-Y. MORIN, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », (1964) 9 *McGill L.J.* 273.
 15. J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, III, *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 310, à la p. 311.
 16. F. ALLARD, *loc. cit.*, note 8, p. 29.

que le ministre de la Justice décrivait dans ses commentaires l'un des grands principes de la réforme du Code civil :

La réforme permet d'harmoniser les règles du droit civil avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et de fondre l'économie du code sur des valeurs qui ont émergé dans la société et que l'on voudrait se voir développer davantage. Le Code civil du Québec met plus en évidence le respect de la personne humaine et de ses droits, sans toutefois négliger l'expression de ses obligations et des devoirs qu'imposent les relations sociales.¹⁷

D'ailleurs, le fait que plusieurs des dispositions de la *Charte québécoise* énoncent des principes déjà reconnus dans le droit antérieur et que celle-ci s'inscrit dans une continuité historique et conceptuelle avec le droit d'application générale exprimé dans le *Code civil du Bas Canada* et, maintenant dans le *Code civil du Québec*, est un fait largement reconnu. La jurisprudence plus récente de la Cour suprême du Canada illustre d'ailleurs le poids de cette continuité¹⁸. Cependant, cette continuité ne fait pas obstacle au fait que la consécration des droits et libertés de la personne dans une charte puisse avoir une signification particulière. Au contraire, le passage d'une reconnaissance jurisprudentielle et de principe à une reconnaissance légiférée et formelle ne peut être sans conséquence.

Ainsi, la nature, le statut et la fonction de la *Charte québécoise* sont tous des éléments caractéristiques qui font en sorte que, dans l'ordre juridique québécois, outre l'apport de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des principes constitutionnels, la *Charte québécoise* est, en toute matière, l'expression première des droits et libertés de la personne (i) et que, à ce titre, elle a qualité de loi fondamentale dont le caractère est unique dans l'univers juridique canadien (ii).

17. QUÉBEC, Ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. VI.

18. Plus particulièrement, l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, qui a en quelque sorte fixé le mode d'interaction entre le Code civil et la *Charte québécoise* en précisant notamment que la Charte n'a pas créé de nouveau régime de responsabilité et que la reconnaissance de dommages exemplaires ne pouvait se fonder sur un régime d'exception propre à la *Charte québécoise*.

1. *La Charte québécoise : expression première des droits et libertés de la personne*

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, on fait peu de cas du préambule de la *Charte québécoise*. On fait également peu de cas de la nature et du statut particuliers de la Charte dans la définition de son rôle en droit civil puis de son rapport avec le Code civil. C'est comme si la Disposition préliminaire réglait l'ensemble des questions qui découlent du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil par la simple allusion à l'harmonie entre les deux textes.

Pourtant, en lisant le préambule de la *Charte québécoise*, c'est la solennité avec laquelle on présente son contenu, de même que le caractère directeur et général des principes qui y sont énoncés qui apparaît en tout premier lieu. Le fondement des droits que contient la *Charte québécoise* dépasse la simple idée de droits particuliers. On y trouve l'expression de ce qui constitue le fondement des autres droits, la part à la fois individuelle et collective de ces droits, la valeur immanente de l'être humain.

Selon la *Loi d'interprétation*, « [l]e préambule d'une loi en fait partie et sert à en expliquer l'objet et la portée »¹⁹. Même si les principes qu'il énonce n'ont pas force obligatoire au même titre que s'ils avaient été prévus dans une disposition préliminaire, et n'ont donc pas le même poids que les termes employés dans le dispositif même de la loi²⁰, le préambule n'en est pas moins déclaratif de l'objet du texte de la *Charte québécoise*²¹ ; il affirme sa valeur au plan symbolique et, surtout, devrait servir à son interprétation²². En effet, dans la mesure où la loi doit s'interpréter afin de favoriser « l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin »²³, il est difficile de ne pas en tenir compte.

19. L.R.Q., c. I-16, art. 40.

20. Voir le principe établi dans *Attorney General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436, 467.

21. Voir notamment sur ce rôle des préambules, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 33 ; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

22. Voir sur le rôle des préambules au plan de l'interprétation et sur la nature des préambules dans le corps d'un texte de loi, A.-F. BISSON, « Préambules et déclarations de motifs ou d'objets », (1980) 40 *R. du B.* 58.

23. *Loi d'interprétation*, précitée, note 19, art. 41.

En intégrant les valeurs que l'esprit des déclarations de droits de la personne véhicule dans le contexte québécois, cette déclaration d'objet dans la *Charte québécoise* est source d'une certaine représentation de la personne humaine, articulée en fonction du principe du respect de la dignité humaine qui y est souligné. Si « à chaque système juridique correspond [...] une certaine *représentation de la personne humaine* et de ses caractères »²⁴, la *Charte québécoise* est l'expression première de cette représentation en droit québécois.

Comme expression d'une représentation de la personne humaine, la *Charte québécoise* propose plus qu'un simple catalogue de droits et libertés. Elle fait d'abord le lien entre le domaine de protection de ces droits et libertés en matière publique et administrative et celui des rapports privés entre particuliers. Aussi, dans son énoncé, elle affirme la protection de droits et libertés d'une ampleur inégalée en droit canadien. On y trouve en effet des droits de nature différente, divisés en catégories : les droits et libertés fondamentaux auxquels on ne peut porter atteinte qu'en fonction des critères établis en vertu de la disposition limitative de l'article 9.1²⁵, le droit à l'égalité, véritable code des règles anti-discriminatoires dont la portée est similaire, dans ce seul chapitre, aux lois anti-discrimination des provinces de common law²⁶, les droits politiques²⁷, les droits judiciaires²⁸ puis, enfin, les droits économiques et sociaux²⁹.

Même en tenant compte des autres sources de protection des droits de la personne, que ce soit dans le cadre de régimes juridiques particuliers³⁰, d'une réglementation détaillée de certains droits telle la réglementation des droits de la personnalité dans le *Code civil du Québec* ou, encore, la prise en compte de la protection des droits constitutionnels, aucune autre loi n'offre un énoncé qui s'approche du vaste énoncé des droits et libertés de la personne que contient la *Charte québécoise*. Nulle part ailleurs ne trouve-

24. C. GRZEGORCZYK, « Trois modèles de l'homme juridique », dans P.-H. STEINHAUER (dir.), *L'image de l'homme en droit*, Fribourg (Suisse), Éditions universitaires de Fribourg, 1990, p. 205.

25. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 1, art. 1 à 9.1.

26. *Ibid.*, art. 10 à 20.

27. *Ibid.*, art. 21 et 22.

28. *Ibid.*, art. 23 à 38.

29. *Ibid.*, art. 39 à 48.

30. Par exemple, la protection de la vie privée dans le contexte de la réglementation de l'accès aux documents et la protection des renseignements personnels : *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1.

t-on une expression aussi complète et formelle des droits et libertés de la personne. Avec la préséance accordée à la *Charte québécoise* sur les autres lois québécoises par le biais de l'article 52 de la Charte, son rôle premier dans l'expression des droits et libertés de la personne ne fait aucun doute. Seule la catégorie des droits économiques et sociaux ne tombe pas sous la portée d'application de l'article 52 qui établit la primauté de la *Charte québécoise* sur les autres lois québécoises.

La *Charte québécoise* comporte dans son expression l'énoncé d'une norme générale abstraite. Cette norme est construite à partir d'un énoncé de droits et libertés de la personne fixés et exprimés comme des principes généraux applicables en toute matière. Pour reprendre les mots de Jean-Maurice Brisson, « la Charte faisait en effet passer directement la protection des droits humains du plan pragmatique des moyens au plan directeur des principes, pour offrir au justiciable un corps de règles organisé, opposable *erga omnes* »³¹.

Dans son rapport avec le Code civil puis avec les autres lois, cette caractéristique de la *Charte québécoise* lui confère un rôle certain sur la conception de la règle et du système juridique ; la Charte établit une sorte de « civilisation » des droits fondamentaux qui, en principe, devrait avoir un impact sur la mise en œuvre des droits et libertés qu'elle énonce dans la mesure où l'esprit des chartes a une influence sur la conception que le citoyen peut avoir de la protection de ses droits en général³². Elle a, en raison de sa forme et de son énoncé, un impact sur la culture juridique et fait partie, au même titre que le Code civil, de l'image commune que l'on se fait de la société civile.

L'affirmation solennelle des droits de la personne dans la *Charte québécoise* cristallise l'idée de droits de la personne comme un domaine particulier du droit, au même titre que le sont le droit des obligations, le droit des biens, le droit constitutionnel. Elle cristallise également leur importance, qui ne dépend plus de la

31. J.-M. BRISSON, « Introduction », dans *Texte annoté de la charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, SOQUIJ / Commission des droits de la personne du Québec, 1986, III, p. III.

32. Voir sur l'impact de l'esprit des chartes sur la perception du droit, J.-F. GAUDREAU-DESBIEUX, « Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, P.U.L., 1998, p. 83.

simple existence d'un devoir de bien se comporter. Elle emporte une affirmation des intérêts liés à la protection de la personne comme de véritables droits individuels pouvant être revendiqués par rapport à autrui et protégés contre les ingérences³³. Elle emporte également une affirmation du lien entre l'aspect individuel et subjectif des droits qui y sont énoncés et leur aspect collectif, social et objectif en raison de leur fondement, ancré dans le principe de dignité humaine, qui colore le sens de l'ensemble des droits dits fondamentaux. L'apport du principe de dignité humaine est de faire de la *Charte québécoise* une source d'expression d'une norme fondamentale incontournable et d'établir une logique qui relève d'une conception de l'ordre public.

La solennité du texte dans lequel l'expression des droits de la personne est inscrite fait passer au plan de la rhétorique le caractère fondamental inhérent de certains des droits qu'elle énonce. Le fait de lui donner l'appellation de charte, « appellation habituellement réservée aux textes auxquels on reconnaît une portée politique d'importance »³⁴ n'est pas négligeable et favorise également « sa supériorité de principe sur les lois ordinaires »³⁵.

2. *La Charte québécoise : une loi fondamentale unique*

De prime abord, dans son rapport aux autres règles juridiques, le statut et l'efficacité de la *Charte québécoise* peuvent paraître limités et quelconques dans la mesure où on établit une comparaison avec la *Charte canadienne*. En même temps, cependant, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* a donné une

33. Voir sur ce point, J.-M. BRISSON, *loc. cit.*, note 31, p. ix. Sur la question des intérêts et des droits subjectifs, leur nature et les implications de la qualification d'un intérêt comme droit subjectif voir P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952 ; P. GÉRARD, F. OST et M. VAN de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990. Sur son application, la difficulté de délimitation de nouveaux droits et l'insuffisance de la notion eu égard aux droits de la personne, M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983 et, du même auteur, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 167 et s. et 221 et s. Quant aux droits de la personne en droit privé, sous le couvert de la qualification de droits de la personnalité et l'importance de la qualification de ceux-ci comme de véritables droits, voir P. KAYSER, « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », (1971) 69 *Rev. Trim. Dr. Civ.* 445. Voir également J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 172.

34. A. MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problème d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, 54. La *Charte de la langue française* (L.R.Q., c. C-11) est un autre exemple d'un texte du droit québécois qui a ce caractère en raison de son importance politique et de principe.

35. A. MOREL, *ibid.*, p. 54.

plus grande ampleur à la *Charte québécoise* en confirmant l'importance des droits qui y sont déclarés par l'effet de constitutionnalisation des droits de la personne au Canada. Dans cette perspective, elle est qualifiée, comme les autres lois de droits de la personne, de loi quasi constitutionnelle³⁶.

Malgré la solennité de forme de la *Charte québécoise*, elle demeure pourtant, au plan formel, une loi ordinaire qui, à l'inverse des lois de nature constitutionnelle, est sujette à être modifiée ou abrogée selon la même formule que toutes les autres lois ordinaires³⁷. Cependant, au même titre sinon plus que les lois anti-discrimination des provinces de common law, la *Charte québécoise* est « d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions »³⁸. Ainsi, bien que l'on puisse dire qu'elle est une loi ordinaire lorsqu'on l'oppose à une loi constitutionnelle, elle n'est pas ordinaire au plan de sa fonction et de son objet : la protection des droits fondamentaux de la personne et, de manière plus large, le respect de l'être humain. Elle a « une identité autonome par rapport aux lois québécoises »³⁹ et joue un rôle plus fondamental qu'une simple loi. C'est aussi en raison de cet objet qu'elle est, comme les autres lois de droits de la personne, considérée comme une loi de nature spéciale, fondamentale, quasi constitutionnelle⁴⁰.

La qualification d'une loi comme loi fondamentale emporte l'idée de loi d'application générale et d'intérêt public⁴¹ qui, en cas

36. Voir notamment pour les lois anti-discrimination, *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, puis, pour la *Charte québécoise*, *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4. Pour une analyse critique de l'utilisation de cette expression, voir M. COUTU et P. BOSSET, *loc. cit.*, note 5, p. 264 et s.

37. Voir en ce qui a trait à l'importance des formules d'amendement et sur ce qui donne une autorité supérieure à certaines règles constitutionnelles sur les lois ordinaires, H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 217 et s., plus particulièrement, p. 233 et s. ; N. DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 31 à 33.

38. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, précité, note 36, par. 8, à propos du *Code des droits de la personne* du Manitoba (C.P.L.M., c. H175).

39. *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 25.

40. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, précité, note 36, p. 156. Voir aussi *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, note 21, p. 547 ; *Bhinder et Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, p. 569 ; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 119 et 120.

41. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, précité, note 36, p. 156, reprenant les propos du juge Monnin de la Cour d'appel du Manitoba dans la même affaire :

de conflit avec d'autres lois, prévaut au plan des principes, sauf en cas d'exception⁴². Elle emporte également la primauté implicite de la loi en raison de la nature de son objet puis en raison du fait qu'elle porte en elle un énoncé complet des droits sur une question donnée⁴³. Puis, finalement, découlerait de ce statut l'établissement d'une hiérarchie qui situerait cette loi au sommet de la hiérarchie dans la mesure où la qualification comporte l'idée qu'une telle loi fonde les autres lois⁴⁴. Une loi fondamentale a aussi un impact sur l'interprétation des autres lois qui devraient s'interpréter de manière à se concilier avec la loi fondamentale⁴⁵. De cette qualification découle également un besoin d'interprétation large et libérale de la loi dite fondamentale⁴⁶. Il va sans dire que ces caractéristiques s'appliquent à l'ensemble des lois de droits de la personne, y compris à la *Charte québécoise*⁴⁷.

Malgré plusieurs aspects communs entre la *Charte québécoise* et les lois de droits de la personne des autres provinces, il est quand même étonnant qu'elles soient interprétées de la même manière. Les propos de M^{me} la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* sont d'ailleurs révélateurs de cette tendance :

Notre Cour a déjà élaboré sur la nature, le rôle et la portée des lois, provinciales ou fédérales, en matière de droits et libertés de la

[1983] 6 W.W.R. 87. Voir aussi *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

42. *Scowby c. Glenndinning*, [1986] 2 R.C.S. 222, 236.

43. *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, précité, note 41, p. 157-158.

44. Cette caractéristique est conforme à l'étymologie du mot « fondamental » : « emprunt (av. 1475) au dérivé bas latin *fundamentalis* 'qui constitue la base de qqch.' » LE ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue française*, A. REY (dir.), vol. 1, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, v^o « fondement », p. 811.

45. Voir sur ce point, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 472.

46. Voir notamment, *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, précité, note 41 ; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, précité, note 21. De façon générale, sur l'interprétation des lois portant sur les droits et libertés de la personne, voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 45, p. 587 et s. ; R. SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 2002, p. 373 et s.

47. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, plus particulièrement les propos de la juge L'Heureux-Dubé sur ce point au par. 42. Ceux-ci ont été repris notamment dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 91 et dans *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 59. Voir aussi *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 416.

personne, de même que sur la façon de les interpréter, lesquels propos s'appliquent *mutatis mutandis* à la *Charte québécoise*.⁴⁸

Si on peut constater un effet bénéfique de ce rapprochement sur l'interprétation de la *Charte québécoise* par la reconnaissance de son caractère fondamental et particulier⁴⁹, ce qui étonne, cependant, c'est l'assimilation de son statut à celui de ces lois dont la portée est beaucoup plus limitée⁵⁰.

Il est vrai que l'équivalence au plan de la qualification et de l'interprétation de la *Charte québécoise* et des lois de droits de la personne n'est pas fausse dans la mesure où il s'agit d'un point de départ. Tant pour la *Charte québécoise* que pour ces lois, il y a lieu de reconnaître leur qualité particulière en fonction de l'objet traité dans ces lois. Il y a également lieu de reconnaître l'importance de les interpréter de façon large et libérale en raison de leur statut particulier. Cependant, et c'est là que devrait s'arrêter la comparaison entre les textes, la *Charte québécoise* est plus que le simple pendant québécois de ces lois de droits de la personne. En effet, ces lois se limitent généralement à la réglementation du droit à l'égalité⁵¹, alors que la *Charte québécoise* a une portée beaucoup plus large.

48. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.* (CSN), précité, note 4, par. 43. Voir également les motifs du juge Gonthier dans ce même arrêt au par. 116.

49. Dans le passé, plusieurs auteurs ont constaté le peu de reconnaissance par les tribunaux du statut particulier de la *Charte québécoise* et la banalisation de son objet, de même que le peu d'effet normatif qu'elle avait dans les faits. Voir notamment, G. RÉMILLARD, « Les règles d'interprétation relatives à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », dans D. TURP et G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984, Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 205, aux p. 229 et s.

50. On peut en effet constater que l'originalité de la *Charte québécoise* n'a peut-être pas été reconnue par la jurisprudence à sa juste valeur, allant même jusqu'à sa banalisation en la considérant sur un même pied que les lois anti-discriminatoires des provinces de common law, c'est du moins ce que constatait déjà André Morel en 1993, à la veille de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* : « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65.

51. Malgré leur fondement qui est généralement énoncé dans un préambule et leurs titres, les lois de droits de la personne des provinces de common law sont essentiellement des lois anti-discriminatoires qui comportent également, dans plusieurs cas, des dispositions contre le harcèlement. Voir le *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14 (Alberta), le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 (Colombie-Britannique), le *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H.12 (Île-du-Prince-Édouard), le *Code des droits de la personne*, précité, note 38 (Manitoba), la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, c. H-11

Les caractéristiques particulières de la *Charte québécoise* qui la distinguent de ces lois sont d'ailleurs de deux ordres. Dans un premier temps, il y a les caractéristiques formelles du texte même de la *Charte québécoise* qui, par une accumulation de dispositions formelles, en font un document unique par rapport à ces lois. Dans un deuxième temps, il y a les caractéristiques qui découlent du système juridique de droit civil québécois. En effet, le rôle des lois de protection des droits de la personne des provinces de common law dans le développement et l'interprétation du droit est différent de celui que peut avoir une loi fondamentale en droit civil, plus particulièrement en raison du rapport particulier entre la *Charte québécoise* le *Code civil du Québec*, expression du droit commun, différent de celui du rapport de ces lois avec le droit jurisprudentiel et les autres lois particulières.

Une première particularité de la *Charte québécoise* par rapport aux autres lois de droits de la personne est qu'elle s'applique également aux individus et aux organismes privés et non seulement à l'État. Aussi, le répertoire des droits et libertés qu'elle couvre est très vaste : elle investit l'ensemble des droits de la personne, y compris les droits économiques et sociaux. Le juge LeBel soulignait d'ailleurs dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)* qu'elle se distingue des autres lois provinciales sur les droits de la personne du fait, notamment, que « la *Charte québécoise* est pratiquement la seule loi fondamentale au Canada, voire en Amérique du Nord, à protéger expressément des droits sociaux et économiques »⁵². Lorsqu'elle est comparée à ces autres lois, ce sont d'ailleurs les deux premières caractéristiques qui frappent : son champ d'application en matière publique et privée et l'ampleur des droits qu'elle vise.

Bien que plusieurs des lois de droits de la personne des provinces de common law comportent une clause de primauté par rapport aux autres lois⁵³, il va sans dire que l'article 52 de la

(Nouveau-Brunswick), la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-É. 1989, c. 214 (Nouvelle-Écosse), le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19 (Ontario), le *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 (Saskatchewan), qui a cependant une étendue plus large que les autres lois, protégeant notamment la liberté de religion, de conscience et d'association, le *Code des droits de la personne*, L.R.T.-N. 1990, c. H-14 (Terre-Neuve), la *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18 (Territoires du Nord-Ouest), la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c. 116 (Yukon).

52. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, précité, note 47, par. 416.

53. Plusieurs des lois de droits de la personne des provinces de common law comportent une telle disposition, voir notamment : en Alberta, *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, précitée, note 51, art. 1(1) ; en Colombie-

Charte québécoise a une portée plus large. L'article 52 de la Charte prévoit : « [a]ucune 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 ». Cette primauté, conjuguée avec le nombre des droits et libertés qui en font l'objet, confirme l'originalité de la *Charte québécoise* par rapport à ces autres lois de droits de la personne en fonction, surtout, de son étendue d'application.

Cette primauté n'était par prévue à l'origine. Le besoin de la proclamer s'est installé progressivement, confirmant dans une certaine mesure le désir de considérer ce texte fondamental comme un document de nature spéciale, sans pour autant en faire un texte constitutionnel à proprement parler⁵⁴. Ceci dit, au même titre que la *Charte canadienne* et contrairement aux autres lois de droits de la personne, la *Charte québécoise* peut invalider une disposition d'une autre loi, même du Code civil, qui y serait contraire. Cependant, dans ce dernier cas, il y a peu de dispositions du Code qui pourraient porter atteinte aux droits fondamentaux de la *Charte québécoise* en raison de la généralité des principes qui y sont énoncés et du fait, surtout, que plusieurs des dispositions se fondent sur des principes déjà énoncés dans la *Charte québécoise*⁵⁵.

De plus, contrairement aux autres lois de droits de la personne, la *Charte québécoise* comporte une disposition limitative eu égard aux droits fondamentaux prévus aux articles 1 à 9.

Britannique, *Human Rights Code*, précité, note 51, art. 4 ; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Human Rights Act*, précitée, note 51, art. 1(2) ; au Manitoba, le *Code des droits de la personne*, précité, note 38, art. 58 ; en Ontario, le *Code des droits de la personne*, précité, note 51, art. 47 ; en Saskatchewan, *Saskatchewan Human Rights Code*, précité, note 51, art. 44 ; à Terre-Neuve, *Code des droits de la personne*, précité, note 51, art. 5.

54. Sur la constitutionnalisation progressive de la *Charte québécoise* et les étapes qui ont mené à l'adoption de l'article 52, voir J.-Y. MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989, p. 25. Voir également, J.-M. BRISSON, *loc. cit.*, note 31, puis A. MOREL, *loc. cit.*, note 34, p. 62, où l'auteur précisait qu'en raison de la préséance formelle de la *Charte québécoise* prévue à l'article 52, on pouvait y lire une volonté claire de conférer à la Charte un niveau de supériorité par rapport aux autres lois.

55. En ce qui a trait à l'impact possible de la Charte canadienne sur le Code civil quant à la validité des règles qu'il comporte, voir F. ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le Code civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) NS R. du B. 1.

L'article 9.1 de la *Charte québécoise* prévoit 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. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ». Ainsi, au même titre que l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, quoique avec des aménagements propres aux particularités de la *Charte québécoise*, cette disposition permet de délimiter l'étendue et le cadre d'interprétation de certains droits dits fondamentaux⁵⁶. Dans sa facture et son mode d'interaction avec les autres lois, et en raison de son impact potentiel sur l'activité législative et administrative en général, la *Charte québécoise* est plus proche d'un texte constitutionnel et porte mieux sa qualification de loi quasi constitutionnelle que ces autres lois.

L'article 53 de la *Charte québécoise* confirme en quelque sorte l'impact de la qualification de la Charte comme loi quasi constitutionnelle en précisant que « [s]i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte ». Ainsi, en plus d'emporter le besoin d'une interprétation large et libérale en raison de sa nature spéciale et de son objet, les tribunaux doivent adopter une interprétation des lois qui se concilie avec les droits garantis par la *Charte québécoise*⁵⁷. L'impact interprétatif de son statut sur les autres lois est ainsi consacré comme principe d'interprétation, ne laissant aucun flou sur l'orientation que devraient prendre les tribunaux dans l'interprétation de toute règle soulevant un droit protégé par la *Charte québécoise*, y compris lorsque cette règle découle de l'application d'une disposition du Code civil.

À partir de son vaste champ de protection et de ces caractéristiques particulières, on peut déceler une volonté de faire de la *Charte québécoise* un texte symbolique et fondateur en droit québécois, affirmant l'importance dans ce droit de la protection des droits de la personne dans tous les champs du droit.

56. Voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844. En doctrine, voir notamment René CADIEUX, « *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.1, 49 et 52 : développements récents », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1 ; F. CHEVRETTE, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 461.

57. Voir les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, par. 45. Voir également P.-A. CÔTE, *op. cit.*, note 45, p. 472.

La spécificité de la *Charte québécoise* ne s'arrête cependant pas à ces caractéristiques formelles qui découlent de son texte et de sa facture. L'essentiel de sa particularité eu égard aux autres lois de droits de la personne découle de l'effet de système du droit civil québécois. Loi particulière à statut spécial, son rapport avec le droit d'application générale est fondamentalement différent de celui que les autres lois de droits de la personne ont avec le droit jurisprudentiel de common law et les autres lois particulières⁵⁸. En effet, le fait que la *Charte québécoise* entretient une relation privilégiée avec le Code civil a un impact direct sur la nature de son rôle dans l'ordre juridique québécois et la spécificité de son interprétation.

Les lois de droits de la personne des provinces de common law sont l'aboutissement de plusieurs corrections législatives de la common law. On pourrait au premier abord les aborder comme de simples lois de réforme (*reform or remedial legislation*), auquel cas leur relation avec la common law (*judge-made law*) serait plus classique dans la mesure où la première règle d'interprétation serait de les aborder en fonction de comment elles s'intègrent aux anciennes règles qu'elles visent à corriger, tout cela dans un esprit de continuité et d'intégration. En effet, les lois de réforme visent à moduler, corriger ou abroger certaines règles de la common law de manière ponctuelle⁵⁹.

Or si l'on considère les objectifs poursuivis par les lois de protection de droits de la personne des provinces de common law, de même que leur facture et la mesure de ce qui fait l'objet de la réglementation prévue par ces lois, il appert que celles-ci ne peuvent être considérées comme de simples lois de réforme. Tel qu'on peut le constater du préambule du *Code des droits de la personne* de l'Ontario⁶⁰, elles visent à reconnaître sur un territoire donné l'importance du principe du respect de la dignité de la personne humaine, à assurer la protection du droit à l'égalité en fonction des droits individuels et du besoin de la collectivité puis, en vue de la protection des droits de la personne, à tenir compte, réviser et

58. Le juge Gonthier dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, par. 124, a reconnu cette différence fondamentale pour en tirer la conclusion que le recours prévu à l'article 49 de la *Charte québécoise* ne justifiait pas une qualification nouvelle exorbitante du droit commun de la responsabilité.

59. Voir R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 46, p. 201.

60. Précité, note 51.

élargir les droits déjà prévus par les lois en vigueur sur un territoire donné⁶¹. La mesure de l'intervention législative opérée par ces lois dépasse l'intervention ponctuelle qui ne chercherait qu'à corriger ou ajuster certains aspects de la common law. Ainsi, par exemple, en droit ontarien, si on avait simplement voulu ajuster la common law en raison du fait que la common law ne connaît pas de délit civil de discrimination⁶², on aurait pu, de la même manière que la plupart des provinces l'ont fait pour la négligence contributoire ou le partage de responsabilité⁶³, ajuster la règle de common law en reconnaissant ce délit particulier qui aurait pu être intégré dans le corps du droit des délits civils. Ce n'est pas ce qui a été fait.

Les lois de droits de la personne sont essentiellement des lois nouvelles de mise en œuvre de programmes dont les fondements sont établis par une loi ou un ensemble de lois, qui organisent et prévoient non seulement la reconnaissance de droits et de recours encore non admis par la common law, mais également leurs modes de protection et de mise en œuvre et la création d'organismes ou de tribunaux qui doivent gérer et appliquer la loi.

Même si ce genre de loi est généralement limité à la protection du droit à l'égalité, dans la mesure où ces lois décrètent un changement important et établissent un régime complet sur une question donnée – les règles anti-discrimination dans ce cas –, leur portée demeure exorbitante du droit préexistant. Une fois mises en place, ces lois ont peu de rapports avec la common law (*judge-made law*)⁶⁴. Elles ne se situent pas dans la continuité des règles établies par les juges, mais créent de toutes pièces un nouveau régime. Elles ont, comme nous l'avons vu, qualité de loi fondamentale en raison de leur objet. Elles ont aussi cette qualité en raison du fait que, par rapport à la common law, elles ont un statut spécial qui fait en sorte qu'elles s'interprètent en marge de la com-

61. Sur l'histoire du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, voir notamment I.A. HUNTER, « The Development of The Ontario Human Rights Code : A Decade in Retrospect », (1972) 22 *U. of T. L.J.* 237. Voir aussi J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 14 et I.A. HUNTER, « The Origin, Development and Interpretation of Human Rights Legislation », dans R. St. MACDONALD et J.P. HUMPHREY (dir.), *The Practice of Freedom*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 77.

62. Voir *Scowby c. Glendinning*, précité, note 42 ; *Seneca College of Applied Art and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181 ; *Christie c. York Corporation*, [1940] R.C.S. 139.

63. Par exemple, voir la loi ontarienne en cette matière : *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1.

64. Voir sur ce point, R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 46, p. 202.

mon law traditionnelle issue des jugements⁶⁵, bien que la nature exceptionnelle de ces lois fasse partie des considérations qui doivent être prises en compte dans le rapport entre le droit légiféré et la common law (*judge-made law*)⁶⁶.

Le droit d'application générale issu des règles de common law en matière de délits civils ne peut donc venir ajouter des causes d'action que la loi n'aurait pas prévues, ces lois étant considérées, à titre de la loi de mise en œuvre de programmes, comme des régimes législatifs complets⁶⁷. Permettre d'ajouter des causes d'action non prévues relevant du domaine général de la common law pourrait porter atteinte au régime prévu par le législateur⁶⁸. Ainsi, malgré le rôle des juges dans l'interprétation de ces lois, les tribunaux ne peuvent venir compléter ces lois en comblant leurs lacunes. C'est une conséquence du principe de démocratie constitutionnelle qui fait en sorte que le Parlement et les assemblées législatives provinciales sont souverains et que tout changement important ou complexe opéré dans le droit devrait relever du législateur qui assume la responsabilité principale en matière de réforme du droit⁶⁹.

65. Sur le rapport entre les lois de droits de la personne et les règles de common law qui ont participé à la reconnaissance des droits de la personne en common law, voir James LEAVY, « The Structure of the Law of Human Rights », dans R. St. MACDONALD et J.P. HUMPHREY (dir.), *The Practice of Freedom*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 53. Comme le note l'auteur, il est clair que ces lois ne viennent pas abroger les garanties procédurales ou d'autres droits fondamentaux issus de la common law. Cependant, il y a lieu de préciser qu'en égard au régime qu'elles établissent, elles constituent malgré tout un régime complet. Les autres règles applicables doivent donc se situer à l'extérieur du champ couvert par la loi et sur des bases différentes.
66. Pour un énoncé succinct et fondateur du rapport entre le droit légiféré et les règles de common law, voir *Heydon's case*, (1584) 3 Co. Rep. 7a. Voir également la présentation générale faite par R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 46, p. 339 et s. Voir aussi pour une analyse comparative du rôle du droit jurisprudentiel et de son rapport avec le droit légiféré, dans une perspective d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, F. ALLARD, *loc. cit.*, note 55.
67. *Seneca College of Applied Art and Technology c. Bhadauria*, précité, note 62. Voir également, dans un autre contexte, *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, qui a appliqué le même principe.
68. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, Section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, repris dans *Frame c. Smith*, précité, note 67.
69. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 et *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278. D'ailleurs, c'est à partir de ce principe que le mode d'évolution de la common law est lui-même soumis à des critères jurisprudentiels précis qui déterminent dans quelles circonstances les tribunaux pourront adapter la common law ou modifier ou renverser un précédent. Voir ces mêmes décisions de même que *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 835 ; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 ; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 ; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210.

Ce même principe de démocratie constitutionnelle s'applique également en droit québécois. Cependant, une des différences fondamentales entre le rapport entre le droit légiféré et le droit d'application générale c'est qu'en droit civil québécois, par l'effet de codification, la plus grande partie du droit d'application générale est formellement placée sous l'autorité du législateur. Dans cette perspective, le regard sur la relation entre le Code civil et la *Charte québécoise* prend une tout autre direction. Du coup, malgré sa forme, l'autonomie de la *Charte québécoise* ne va pas de soi et l'idée qu'elle n'est pas un texte exorbitant du droit commun devient plus apparente et naturelle. Le paradoxe qui découle de cette différence est que les lois de protection de droits de la personne en common law se voient reconnaître une spécificité certaine, une autonomie par rapport aux régimes des autres lois ainsi qu'aux règles issues des domaines généraux et traditionnels de la common law, ce qui n'est pas le cas pour la *Charte québécoise*. En effet, la Charte ne jouit d'aucune autonomie formelle autre que celle qui découle du fait qu'il s'agit d'un texte législatif externe au Code civil. Ce manque d'autonomie ou de spécificité la rendrait-il moins efficace que les lois anti-discriminatoires des provinces de common law quant au statut des règles qu'elle énonce et des causes d'action ?

B. La coexistence de la *Charte québécoise* et du Code civil dans l'expression du droit commun

Au-delà des caractéristiques particulières de la *Charte québécoise* en ce qui a trait à l'étendue des droits qui y sont prévus et son application en matière publique et privée, le rapport privilégié entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* demeure le caractère fondamental qui fonde la spécificité de la réglementation des droits de la personne en droit québécois par rapport à la réglementation des droits de la personne dans les provinces de common law. Souvent considéré comme une barrière à la pleine reconnaissance et mise en œuvre des droits de la personne prévus dans la *Charte québécoise*, ce rapport permet pourtant une plus grande protection de ces droits et non une limitation des droits et libertés de la personne.

Dans la mesure où l'on considère la *Charte québécoise* comme la source première d'expression des droits et libertés de la personne à titre de loi fondamentale du droit québécois en cette matière et par l'effet de l'idée de continuité qui la lie au droit

d'application générale issu de l'application du Code civil, il n'y a qu'un pas pour affirmer que la *Charte québécoise* participe également à l'expression du droit commun (i). Par delà ce rôle de la *Charte québécoise*, son efficacité à ce titre ne dépend pas de son statut et de sa fonction mais de son effectivité au plan de sa mise en œuvre par les tribunaux (ii).

1. *L'apport de la Charte québécoise au droit commun*

Placée, comme son titre l'indique, en ouverture du *Code civil du Québec*, la Disposition préliminaire exprime l'ordonnancement des sources et des règles du système juridique québécois⁷⁰. En formulant en termes exprès le rapport entre les sources principales du droit civil québécois, elle devrait pouvoir faciliter l'interprétation de ce droit⁷¹. Elle exprime l'effet de codification qui « est porteur d'une orientation générale d'interprétation, d'interprétation amplifiante, aussi soucieuse de la cohérence et du développement harmonieux de l'ensemble normatif que de l'efficacité des volontés de détail du législateur »⁷².

Dans cet ensemble normatif, la place centrale d'un code ne fait aucun doute. Il est d'ailleurs devenu courant de qualifier de « constitution civile » le Code civil⁷³. Selon les mots de Carbonnier à propos du *Code civil français*, le Code civil « a bien le sens d'une constitution »⁷⁴, sociologique préciseront certains⁷⁵, car c'est en lui que se trouvent, à côté de la constitution politique, les idées

70. A.-F. BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 539, 542.

71. J.E.C. BRIERLEY, « Preface », (1994) 39 *R.D. McGill* 743, 746.

72. A.-F. BISSON, « Effet de codification et interprétation », (1986) 17 *R.G.D.* 359, 361-362.

73. Voir G. RÉMILLARD, « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, 283, p. 284, et P.-A. CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 23, à la p. 25, qui ont tous deux repris, comme d'autres, l'image sociologique du rôle du Code dans l'imaginaire collectif décrite par J. CARBONNIER, « Le Code civil », dans P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, *La Nation*, 1986, Paris, Gallimard, 1986, p. 294, à la p. 309.

74. J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 73, p. 309.

75. R. CABRILLAC, « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », (2005) 39 *R.J.T.* 245.

autour desquelles une société est constituée⁷⁶. L'aspect identitaire du Code civil dans la culture juridique québécoise est d'emblée reconnu, surtout dans un contexte de droit mixte où il occupe une place à part, symbole de la spécificité du droit québécois dans le contexte canadien⁷⁷.

Au Québec, c'est au *Code civil du Québec* que revient le rôle de « constitution civile », qui se traduit par l'idée que l'essentiel du droit d'application générale qui régit les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens se trouve dans le Code⁷⁸. C'est d'ailleurs devenu un truisme d'affirmer que le *Code civil du Québec* établit le droit commun du droit québécois⁷⁹. C'est ce que la Disposition préliminaire confirme à son deuxième alinéa qu'il convient de reproduire :

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

-
76. Voir aussi le Discours préliminaire de PORTALIS, « Discours préliminaire du Code civil », dans *Projet du Code civil*, An VIII (1800), t. 1^{er}, Paris, Lepetit jeune, An IX (1801), qui, bien qu'il n'utilise pas l'expression, n'en souligne pas moins les caractères. Pour consulter le texte du discours en ligne, voir <<http://www.justice.gc.ca/fr/ps/inter/code/page05.html>>.
77. Sur cet aspect du *Code civil du Québec*, voir S. PARENT, « Le Barreau du Québec et la réforme du Code civil », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 429, à la p. 433. Voir aussi S. NORMAND, « Le Code civil et l'identité », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 619.
78. Sur l'esprit qui a orienté les travaux de réforme qui ont mené à l'adoption du *Code civil du Québec*, P.-A. CRÉPEAU, « Préface », dans QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXV ; du même auteur, « Une certaine conception de la recodification », *loc. cit.*, note 73 et *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification : 1965-1977*, *op. cit.*, note 10. Voir également J. PINEAU, « La réforme d'un code civil », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis / C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 233.
79. On peut déceler dans les commentaires du ministre de la Justice sur le *Code civil du Québec* le même souci d'en faire une sorte de « constitution civile » : QUÉBEC, Ministre de la Justice, « Introduction », dans *op. cit.*, note 17, p. V. Sur le rôle de droit commun du Code civil, voir le texte incontournable de J.-M. BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Journées Maximilien-Caron 1993 – Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, p. 293.

C'est cet aspect de la Disposition préliminaire qui semble avoir le plus frappé l'imaginaire juridique. L'impact de l'idée que le Code civil exprime le droit commun n'est en effet pas négligeable dans la conception du rapport entre les différentes sources du droit. Sa portée actuelle a même eu l'effet d'élargir le rôle du Code civil en toutes matières, y compris en droit public⁸⁰. On pourrait même dire de ce rôle qu'il est central à l'analyse ou aux réflexes qui découlent de l'effet de système dont rend compte la Disposition préliminaire⁸¹.

Pourtant, comme le soulignait Alain-François Bisson, il y a dans la Disposition préliminaire plusieurs autres éléments d'interprétation qui devraient également retenir l'attention : le rapport de réciprocité entre la *Charte québécoise* et le Code civil, le rôle des principes généraux du droit, l'idée d'ensemble, le rapport formel et implicite entre les sources variées du droit civil et le Code civil, et, enfin, l'esprit des textes⁸². Nous aborderons certains de ces éléments dans la perspective de la relation entre la *Charte québécoise* et le Code civil dans la mesure où ils se rapportent aux idées d'ordonnancement de système et de droit commun.

Si on a commencé la réflexion sur le rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil à partir de la Disposition préliminaire eu égard à la relation d'harmonie entre le Code et la Charte, il y a lieu d'y revenir. Nous avons déjà souligné que l'idée d'harmonie emportait celle de cohérence du système, qui se manifeste, dans le rapport entre le Code civil et la *Charte québécoise*, par l'interaction entre ces deux textes fondamentaux dont le rapport hiérarchique n'est ni formel, ni statique mais plutôt dynamique, en tenant compte de la fonction de chacun des textes.

C'est d'abord le caractère de loi fondamentale en matière de droits et libertés de la personne qui fait la spécificité de la *Charte québécoise* par rapport aux autres lois québécoises, avec les caractéristiques que nous avons déjà soulignées. Quant au Code civil, c'est son rôle fondateur, expression première du droit commun,

80. La jurisprudence a reconnu que ce rôle lui revenait en toutes matières, y compris en droit public, dans la mesure où aucun principe de common law ne venait mettre en échec l'application du Code civil. Voir plus particulièrement *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663. Voir aussi *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862.

81. A.-F. BISSON, « L'interprétation adéquate des lois », dans coll. Bleue, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 87, à la p. 97, où l'auteur parle de « réflexe de système ».

82. A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 70, p. 556 et s.

qui revient toujours. On a d'ailleurs tendance à limiter la notion de droit commun dans le droit civil québécois au texte du *Code civil du Québec*, sans tenir compte de principes généraux du droit et de la *Charte québécoise*. Les propos de Marie-José Longtin sont révélateurs de cette tendance :

La disposition préliminaire du Code civil, qui est en quelque sorte la pierre d'angle, indique, en raccourci, les principes qui fondent le nouveau Code. Le Code repose essentiellement sur le respect des principes de la *Charte des droits et libertés de la personne*, dont le respect des personnes et de leur égalité, de même que sur les principes généraux du droit, dont la bonne foi. Cette disposition du Code démontre également la volonté d'établir le Code comme droit commun du Québec et de faire en sorte que ce droit transcrive la réalité de l'époque, entre autres, dans les rapports entre la personne et les biens.⁸³

Pourtant, si le Code civil est vu comme le texte fondateur des autres lois et l'expression première du droit commun en droit civil québécois, cela n'exclut pas d'emblée le rôle d'autres sources du droit dans l'expression de ce droit commun.

On dit généralement du Code civil qu'il constitue le droit commun du droit québécois pour deux raisons. La première est qu'il fournit les solutions que les lois particulières n'ont pas prévues en comblant les vides laissés par le législateur. Il sert alors de réservoir de règles qui peuvent trouver application lorsque les lois particulières n'y dérogent pas ; c'est l'idée de droit supplétif⁸⁴. La seconde est qu'il sert d'armature conceptuelle au droit civil et permet, au plan des principes substantiels, l'application des concepts utilisés dans les lois particulières ; c'est l'idée de structure normative⁸⁵.

Cependant, malgré ce rôle, le Code civil ne peut être la seule source du droit commun. Si tout le droit civil n'est pas dans le

83. M.-J. LONGTIN, « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis / C.R.D.P.C.Q. / Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 163, à la p. 179.

84. Voir J.-M. BRISSON, *loc. cit.*, note 79, p. 296 ; J.E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103, à la p. 104.

85. Voir J.-M. BRISSON, *loc. cit.*, note 79, p. 296. Voir sur l'idée d'une norme structurée, gardienne de l'idée de cohérence du système, M.-J. LONGTIN, *loc. cit.*, note 83, p. 203.

Code⁸⁶, on peut également dire qu'au plan de l'expression du droit commun, le Code civil ne peut tout régler⁸⁷, que ce soit en ce qui a trait aux principes supplétifs et sous-jacents à l'ensemble du droit québécois ou aux concepts opératoires. Aussi, la notion de droit commun ne se limite pas à ces seuls aspects. Elle a des sens multiples, même dans le contexte proprement québécois. Ainsi s'ajoutent à ce qui fait partie du droit commun les fondements inexprimés des règles du Code civil qui y sont présumés, tels le rattachement à une tradition juridique plus large, les fondements et la structure constitutionnels, un corpus de valeurs et de normes sociales plus ou moins précises et d'autres principes de natures variées⁸⁸.

Dans cette perspective, tant au plan plus formel de l'idée de droit commun (caractère supplétif des principes et armature conceptuelle) qu'au plan plus général de ce que cette idée peut traduire (rattachement à des normes plus générales), rien dans la Disposition préliminaire n'exclut le rôle de la *Charte québécoise* et des principes généraux comme des éléments d'expression du droit commun du droit civil québécois, au contraire. En établissant clairement le rapport avec ces sources, la Disposition préliminaire établit un rattachement particulier entre le caractère du Code civil comme expression du droit commun et la *Charte québécoise* et les principes généraux du droit. Les autres sources, même si elles peuvent jouer un rôle dans la conception générale des règles du droit québécois, ne jouissent pas aussi clairement de ce statut de lieu d'expression du droit commun. On peut sans hésitation affirmer que le rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil est plus qu'un simple rapport fonctionnel ou utilitaire ; il s'agit d'un rapport de principe. Ce qui apparaît également de ce rapport et ce qui doit être souligné, c'est que la *Charte québécoise* participe à l'expression du droit commun sur plus d'un plan.

86. *Cie Immobilière Viger c. Lauréat Giguère*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76.

87. Voir H.P. GLENN, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, 341. Voir aussi nos commentaires dans F. ALLARD, *loc. cit.*, note 55, p. 34 et s.

88. À cet effet, voir J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's 'Common Laws' (droits communs) : How Many Are There ? », dans coll. Bleue, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 109. Voir aussi, sur l'impact de notion plus élargie du droit commun dans le contexte de la Disposition préliminaire, H.P. GLENN, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, 347 et s. Voir, de façon générale, sur l'importance de la notion comme outil conceptuel, la multiplicité de sens de la notion et son application dans un contexte plus large, H.P. GLENN, *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

D'abord, tout comme le Code civil, la *Charte québécoise* comporte un aspect identitaire. Elle est une manifestation de l'importance des droits fondamentaux et de la primauté de la personne dans l'ordre juridique québécois. Elle a pour effet de faire apparaître le fait que la culture des droits fondamentaux fait partie intégrante du droit québécois en toutes matières, tant publiques que privées⁸⁹. Par ce domaine très large, elle participe à la fois à l'idée de constitution civile, en accord avec le Code civil, et de constitution politique, en étant une expression des valeurs qui fondent les rapports entre particuliers, de même que ceux entre l'État et ses citoyens. Elle a, dans une certaine mesure, un rôle qui s'apparente à celui de la Charte canadienne en droit canadien ; elle irrigue l'ensemble des règles juridiques qui relèvent de la compétence législative du Québec.

Ensuite, même si elle est une loi dite « ordinaire », la *Charte québécoise* agit à titre de droit supplétif d'application générale, en toutes matières dont l'objet se rattache à la protection des droits et libertés de la personne. Elle est source de règles sous-jacentes qui fondent les autres lois. Aussi, contrairement aux lois particulières qui, en principe, règlent des situations ponctuelles, elle est source de règles de droit à caractère permanent, au même titre que le Code civil. Ce rôle lui revient non seulement en raison de sa primauté qui découle de l'application de l'article 52 de la *Charte québécoise*, mais également en raison de la nature même des droits et libertés qu'elle énonce et du fait qu'elle soit la source première des droits et libertés de la personne et loi fondamentale en cette matière.

On peut également dire de la *Charte québécoise* que, même s'il s'agit d'une loi et non d'un code, elle codifie les droits et libertés de la personne en droit québécois et que, par la généralité des principes qu'elle établit et le répertoire complet de ceux-ci, elle a, en cette matière, un effet de codification similaire à celui que l'on attribue au Code civil, en ce qui a trait toutefois aux seuls droits et libertés de la personne. Elle a fait passer la protection des droits et libertés de la personne de simples droits individuels au statut de principes fondateurs du droit civil québécois, dans un corps de règles organisé – une charte, qui a des caractéristiques de fond et

89. Sur l'impact des chartes sur la culture juridique et l'aspect identitaire des chartes, voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *loc. cit.*, note 32. Voir également nos propos en ce sens sur la Charte canadienne, qui pourraient également s'appliquer à la *Charte québécoise*, F. ALLARD, *loc. cit.*, note 55, p. 46.

de forme qui, au Canada, lui sont propres et, dans l'ordre juridique québécois, en font un outil de nature spéciale qui ne s'interprète pas comme une loi ordinaire.

La *Charte québécoise* est aussi une loi de nature générale. Elle trouve application, sauf dérogation. Rien dans l'évolution initiale de la *Charte québécoise* ne permet de tirer la conclusion que l'on ait voulu la placer en dehors du régime de droit commun. Ce n'est pas parce qu'une règle est externe au Code civil qu'elle devient du coup nécessairement exceptionnelle ou dérogoire⁹⁰. La *Charte québécoise* est une loi en grande partie issue des principes développés par les tribunaux en vertu des règles du droit commun de la responsabilité. Contrairement aux lois anti-discrimination, elle s'inscrit dans une continuité conceptuelle avec le droit d'application générale.

Toutefois, malgré ce lien de continuité, il reste que la *Charte québécoise* a, comme le Code civil, un rôle fondateur des autres lois, bien que pour des motifs différents. Les règles particulières doivent y être conformes, sauf dérogation expresse, alors que les dérogations au Code civil peuvent être implicites. Aussi, dans la relation entre le Code civil et la *Charte québécoise*, le Code doit être conforme à la Charte, sans pour autant devoir y déroger en termes exprès, alors que les principes de la *Charte québécoise* ne sont aucunement soumis aux règles du Code civil, même si celui-ci constitue, de principe, la source principale du droit commun. La *Charte québécoise* ne peut donc être considérée comme une loi dérogoire au *Code civil du Québec*, ni le Code comme un texte dérogoire à la Charte.

Si la Cour suprême du Canada a pris bonne note du rôle du Code civil dans l'ordre juridique québécois en le comparant au droit d'origine législative des provinces de common law⁹¹, on ne

90. A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 81, p. 97.

91. Le rôle particulier du Code civil dans l'ordre juridique québécois n'a pas toujours été aussi bien reconnu par la Cour suprême du Canada. Voir sur cette question, France ALLARD, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme », dans vol. 3, *L'harmonisation des lois fédérales au droit civil québécois et le bijuridisme législatif – Deuxième recueil*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 2001, p. 1 ; J.-L. BAUDOUIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715 ; R. BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738 ; H.P. GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans E. CAPARROS

peut en dire autant de sa prise en considération du rôle de la *Charte québécoise*. À propos du Code civil, la Cour suprême du Canada s'est prononcée de façon claire : « le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le *Code civil* n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité »⁹². Aussi, « Le *Code civil du Québec* énonce plusieurs principes directeurs du droit. Sa disposition préliminaire souligne d'ailleurs qu'il constitue le fondement des autres lois portant sur les matières auxquelles il se rapporte, bien que ces lois puissent ajouter ou déroger au Code. Il constitue donc le fondement des lois qui font appel, principalement ou accessoirement, à des notions de droit civil »⁹³. Ce constat devrait pourtant également être fait pour la *Charte québécoise*.

Cependant, à ce jour, la Cour suprême du Canada a reconnu le caractère particulier de la *Charte québécoise* par rapport aux autres lois de droits de la personne en raison de son rapport privilégié avec le Code civil, sans pour autant aller jusqu'à dire que la Charte pouvait, en certaines matières qui relèvent de son objet, agir également comme droit commun⁹⁴. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême du Canada a considéré la relation entre la *Charte québécoise* et le Code civil, elle a opposé la *Charte québécoise* au droit commun, associé aux règles du Code civil⁹⁵. Pourtant, le fait qu'elle ne constitue pas un droit d'exception par rapport au Code civil et qu'elle n'est pas exorbitante du droit d'application générale devrait également avoir un impact sur son rôle, son statut et, fina-

et autres (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 197 ; A. POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607.

92. *Doré c. Verdun (Ville de)*, précité, note 80, par. 15 et 16, reprenant les propos de Jean-Louis BERGEL, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans P.-A. CÔTÉ (dir.), *Journées Maximilien-Caron 1992 – Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, p. 3.

93. *Doré c. Verdun (Ville)*, précité, note 80, par. 16. Voir également *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division 'Éconogros' c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257.

94. La Cour suprême du Canada reconnaît un rôle supplétif à la *Charte québécoise* mais ne qualifie jamais celui-ci en fonction de l'idée de droit commun. Voir notamment, *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743. Voir également les motifs des juges dissidents dans *Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, où les valeurs protégées par les chartes de même que certains principes généraux du droit commun, notamment ceux qui ont un caractère d'ordre public, se sont vu reconnaître une valeur supplétive au même titre que les règles du Code civil.

95. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4.

lement, son interprétation. Les deux textes n'ont pas, dans leur rapport de réciprocité, à déroger l'un par rapport à l'autre. Ils participent tous deux à l'expression du droit commun selon leurs objets respectifs.

Dans la conception du droit commun reconnue par la Cour suprême du Canada, la *Charte québécoise* devrait pourtant également être vue comme ayant une fonction organisatrice des droits et libertés de la personne et devrait, à ce titre, se voir reconnaître une fin systémique servant à orienter les autres lois et leur mode de dérogation en fonction des principes établis par la *Charte québécoise*⁹⁶. La lecture du texte de la Disposition préliminaire du Code civil devrait dépasser la simple prise en compte de l'énoncé selon lequel le *Code civil du Québec* constitue le droit commun du droit québécois.

Par ailleurs, la reconnaissance de ce rôle systémique n'emporte pas un rôle équivalent à celui du Code civil. Le rôle systémique de la *Charte québécoise* est quelque peu différent de celui que peut avoir le Code civil. Le Code civil organise, refait l'unité du droit privé et établit un lien central, une sorte de tronc conceptuel pour l'articulation et l'interprétation des différentes lois particulières ; il sert de fondement aux autres lois dans toutes les matières qui relèvent de son objet. De son côté, la *Charte québécoise* est la source première et directe des droits et libertés de la personne. Elle colore, oriente les règles de structure et de mise en œuvre et joue sur le plan de l'énoncé de principes, de valeurs incontournables qui doivent orienter notre conception des règles plus courantes. Dans une certaine mesure, son rôle dépasse la seule idée de source de règles supplétives, tout en étant constitutive de règles supplétives en matière de droits et libertés de la personne.

Dans cette conception, le droit commun se construit à partir de ces différents éléments systémiques issus de deux textes fondamentaux complémentaires du droit québécois. La relation particulière de réciprocité entre le Code civil et la *Charte québécoise* n'impose pas une hiérarchie formelle et rigide ; elle procède d'un rapport à hiérarchie variable. Ainsi, même si la *Charte québécoise* n'a pas la même fonction organisatrice d'ensemble que peut avoir le Code civil, elle sert tout de même de première fondation des droits et libertés de la personne pour tous les textes législatifs

96. Sur la possibilité pour des lois même ordinaires d'avoir une fonction systémique et organisatrice dans certaines matières, voir A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 81, p. 93.

québécois, y compris le Code civil. Le Code ne peut lui servir de fondement dans les matières qui en constituent la fonction première. La *Charte québécoise* est en effet source directe de droits de la personne. Le Code civil ne fait qu'aménager l'exercice de ces droits en certaines circonstances ou en confirmer l'existence ; il ne devient pas, en reprenant les droits et libertés énoncés dans la *Charte québécoise*, le fondement conceptuel de ces droits. Ce rôle de renvoi conceptuel en matière d'identification et de délimitation des droits et libertés de la personne, qu'ils relèvent de la catégorie des droits fondamentaux ou des autres droits et libertés qui y sont énoncés, revient en effet à la *Charte québécoise* et non au *Code civil du Québec*. La *Charte québécoise* devrait d'ailleurs, en matière de droits et libertés de la personne, orienter l'interprétation du Code.

Ainsi peut-on voir se dessiner l'apport de la *Charte québécoise* au droit commun, en complément du Code civil. En effet, tout comme le Code civil, mais dans un champ différent, la *Charte québécoise* a le statut de loi fondamentale, a un rôle d'orientation du droit en ce qui a trait aux valeurs qu'elle véhicule et aux principes qu'elle énonce. Elle agit aussi à titre de droit supplétif des lois particulières qui n'y dérogent pas, puis sert de support conceptuel en ce qui a trait aux droits et libertés qui en sont l'objet.

Pourtant, malgré ces caractéristiques de la *Charte québécoise* et ce rôle fondamental dans l'interprétation des règles générales et particulières du droit civil québécois, on peut s'interroger sur l'écart qu'il y a entre la portée théorique de la *Charte québécoise* et son application par les tribunaux. En effet, dans l'articulation du rapport entre le Code civil et la *Charte québécoise*, la jurisprudence manque de cohérence, posant du coup le problème de l'effet normatif des caractéristiques formelles de la Charte sur le droit en action ou de l'effectivité réelle de la *Charte québécoise* sur la mise en œuvre des droits⁹⁷.

2. Le manque de cohérence de la jurisprudence sur la relation entre la Charte québécoise et le Code

La question de l'effectivité réelle de la *Charte québécoise* dans la mise en œuvre des droits et libertés qu'elle énonce n'est pas nouvelle. On a en effet déjà souligné la banalisation du rôle de

97. Voir les propos de J.-M. BRISSON, *loc. cit.*, note 31, p. IX, qui déjà posait la question de l'effectivité réelle de la *Charte québécoise*.

la *Charte québécoise* par les tribunaux⁹⁸, de même que le danger de marginalisation des voies de recours qui en découlent⁹⁹. Pour plusieurs, l'autonomie relative des droits et des voies de recours prévus dans la *Charte québécoise* est une condition essentielle à son effectivité¹⁰⁰. Pourtant, dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*¹⁰¹, la Cour suprême du Canada a refusé de reconnaître l'autonomie des demandes en réparation en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*, y compris la demande en dommages exemplaires¹⁰².

Si on peut comprendre la conclusion à laquelle la Cour est arrivée en raison, peut-être, de l'impact potentiel de la reconnaissance de l'autonomie des recours prévus à la *Charte québécoise* sur l'efficacité des lois d'indemnisation pour les accidents de travail¹⁰³ ou, encore, en raison de la filiation entre la protection des droits prévus dans la *Charte québécoise* et le droit de la responsabilité civile à l'origine du développement de ces droits, il n'en demeure pas moins que l'analyse de la Cour suprême du Canada sur la nature des recours prévus à l'article 49 de la *Charte québécoise* soulève des difficultés quant à l'articulation du rapport d'« harmonie » entre le Code civil et la *Charte québécoise*.

Dans cette décision, le juge Gonthier soulignait que c'est à l'« originalité des principes qui sous-tendent l'article 49 de la *Charte* à l'égard de ceux qui règlent en général la responsabilité civile »¹⁰⁴ qu'il faut s'attarder afin de déterminer si l'exclusion des recours en responsabilité civile prévue à l'article 438 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹⁰⁵ pouvait

98. A. MOREL, *loc. cit.*, note 50.

99. G. OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561.

100. M. DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *R.J.T.* 31 ; P. MOLINARI et P. TRUDEL, « Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée : aspects généraux et applications », dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, 218 ; G. OTIS, *loc. cit.*, note 99.

101. Précité, note 4.

102. Voir également *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, note 47 ; *Augustus c. Gosset*, précité, note 47 ; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

103. Voir, sur l'impact négatif que la reconnaissance de recours distinct en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise* aurait pu avoir sur le droit des travailleurs tels qu'ils sont protégés par les lois d'indemnisation, M.-C. PRÉMONT et M. TANCELIN, « L'indemnisation des victimes d'accident de travail : une histoire de contre-courants », (1998) 39 *C. de D.* 233.

104. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, par. 117.

105. L.R.Q., c. A-3.001 [ci-après L.A.T.M.P.].

s'appliquer aux recours de l'article 49. La question était bien posée. Cependant, la Cour n'a pas reconnu la spécificité des recours prévus à l'article 49 de la *Charte québécoise*. Selon la Cour, les régimes de l'article 49 de la Charte et de l'article 1457 du *Code civil du Québec* relèvent d'un même principe et sont soumis aux mêmes conditions¹⁰⁶. C'est là que le bât blesse. Le fait de tous deux relever du droit de la responsabilité civile ne fait pas de ces recours en responsabilité des recours qui ont les mêmes fondements et sont soumis aux mêmes conditions.

Partant de la distinction qui doit être faite entre l'atteinte illicite et la faute, puis soulignant l'aspect non seulement déclaratoire mais nécessairement normatif de la *Charte québécoise*, Adrian Popovici soulignait avec justesse que l'approche adoptée par la Cour suprême du Canada à la suite de l'arrêt *Béliveau St-Jacques* a eu pour effet de réduire l'interprétation de la *Charte québécoise* à l'interprétation d'une simple loi particulière (comme un « *statute* » de common law), sans tenir compte, au-delà de sa qualification comme loi fondamentale quasi constitutionnelle, de l'émergence de la primauté des droits fondamentaux et de leur impact sur le droit commun¹⁰⁷. En effet, ce qui ressort de la lecture des jugements, c'est le caractère complémentaire, voire subordonné de la *Charte québécoise* au Code civil, plus particulièrement en ce qui a trait aux voies de recours.

Pourtant, le fait de reconnaître cette spécificité n'aurait pas eu pour effet de placer la *Charte québécoise* et les voies de recours qui en découlent à l'extérieur du droit de la responsabilité civile. L'exclusion prévue à l'article 438 de la L.A.T.M.P. aurait pu s'appliquer. Le droit de la responsabilité civile peut en effet très

106. Les articles de doctrine suivants sont généralement cités pour appuyer l'idée que les recours de la *Charte québécoise* ne sont pas distincts : Henri BRUN, « Liberté d'expression et de presse ; droits à la dignité, l'honneur, la réputation et la vie privée », (1992) 23 *R.G.D.* 449 ; M. CARON, *loc. cit.*, note 9 ; K. DELWAIDE, « Les articles 49 et 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés* : recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise », dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 122 ; P.-G. JOBIN, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile ? », (1984) 44 *R. du B.* 222 ; L. PERRET, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil, des contrats et de la responsabilité civile », (1981) 12 *R.G.D.* 121. On cite d'ailleurs à tort l'article de Karl Delwaide pour appuyer cette idée. L'auteur affirme au contraire que les recours sont distincts, en soulignant toutefois qu'au strict plan procédural, ces recours n'ont rien de nouveau et se lient au droit commun.

107. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 5, plus particulièrement aux pages 53 et 55.

bien s'accommoder de l'inclusion du régime prévu dans la *Charte québécoise*. Dès que l'on admet le statut de loi fondamentale à caractère quasi-constitutionnel de la *Charte québécoise* et son rôle dans l'expression du droit commun en matière de droits et libertés, il ne reste qu'un pas pour reconnaître l'apport original de l'article 49 de la Charte au droit commun de la responsabilité civile, sans le subordonner aux règles de l'article 1457 du *Code civil du Québec*. La *Charte québécoise* crée une norme de conduite différente en ce qui a trait aux exigences qui découlent de la protection des droits fondamentaux. L'intensité de l'obligation qui s'y rattache est plus importante que le simple devoir de ne pas nuire à autrui et les conditions qui fondent la responsabilité différentes de celles qui se rattachent à la faute¹⁰⁸. La notion de responsabilité civile ne se limite pas à la seule responsabilité pour faute en vertu de l'article 1457 du *Code civil du Québec*. Elle vise la « responsabilité juridique entraînant l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui »¹⁰⁹.

Aussi, le fait de reconnaître la spécificité des voies de recours de l'article 49 de la *Charte québécoise* n'a pas pour effet de complètement dissocier celle-ci d'autres règles prévues dans le Code civil au chapitre de la responsabilité civile. Ce lien nécessaire est d'ailleurs conforme au rapport harmonieux et complémentaire entre la *Charte québécoise*, source première des droits et des voies de recours qui y sont prévus, et le Code civil. En effet, le système de réparation et la nature des réparations du Code civil et du *Code de procédure civile* viennent compléter le régime prévu à la *Charte québécoise*¹¹⁰.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que seul le premier alinéa de l'article 49 de la *Charte québécoise* relève de la notion de responsabilité civile à proprement parler. Les dommages exemplaires prévus au deuxième alinéa du même article n'ont en effet aucune

108. Voir les propos de P.-A. CRÉPEAU dans « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 744 et s. Voir également A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 5 et M. DRAPEAU, *loc. cit.*, note 100, sur la notion d'atteinte illicite à un droit.

109. Comité de rédaction, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les Obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v^o « responsabilité civile », p. 293.

110. Voir, à cet effet, A.-F. BISSON, « La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels », (1986) 17 *R.D.U.S.* 19 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 82 et s. ; K. DELWAIDE, *loc. cit.*, note 106.

fonction réparatrice. Leur fonction est d'abord punitive¹¹¹. À ce titre, ils sont exclus de l'idée de responsabilité civile ; ils ont d'ailleurs, en droit civil, un caractère exceptionnel par rapport au droit général de la responsabilité civile¹¹². Pour cette raison, l'article 49 de la *Charte québécoise* devrait être lu en deux temps, en considérant le caractère autonome et distinct de chacun des alinéas. Cette lecture permet d'assurer la raison d'être de ces dommages exemplaires comme outil de protection des droits fondamentaux, lorsque l'atteinte illicite à ceux-ci est intentionnelle¹¹³.

Dans cette optique, si le caractère particulier des dommages exemplaires avait été reconnu par la majorité dans *Béliveau St-Jacques* pour admettre leur autonomie conceptuelle par rapport à la responsabilité civile générale, la possibilité de demander des dommages exemplaires malgré le régime de la L.A.T.M.P. aurait dû être reconnue, l'exclusion prévue à l'article 438 de la L.A.T.M.P. n'excluant que l'action en responsabilité civile¹¹⁴.

111. Comité de rédaction, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 109, v^o dommages-intérêts punitifs, p. 120.

112. Article 1621 C.c.Q. Pour une comparaison de la nature des dommages exemplaires en common law et en droit civil, voir S. BEAULAC, « Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire *Whiten* et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois », (2002) 36 *R.J.T.* 637. Voir aussi D. GARDNER, « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *R. du B. can.* 198.

113. Voir notamment C. DALLAIRE, *La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartes*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 37 et s. ; P. PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *R. du B.* 287. Pour un exemple étonnant mais intéressant sur l'attribution de dommages exemplaires pour une atteinte illicite à un droit, malgré la contradiction que peut entraîner cet octroi avec le régime juridique établi dans le Code civil en matière de bail, voir *Les Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, C.A. Montréal, n^o 500-09-015917-057, 24 avril 2006.

114. Voir sur l'impact négatif que la reconnaissance de recours distincts en vertu de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* aurait pu avoir sur le droit des travailleurs tels qu'ils sont protégés par les lois d'indemnisation, M.-C. PRÉMONT et M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 103. Contrairement à ce que ces auteurs soutiennent, la *Charte québécoise* ne peut se trouver subordonnée aux lois sociales, malgré leur importance et malgré l'impact assez limité que pourrait avoir la Charte sur leur régime. La *Charte québécoise* est la constitution civile des droits fondamentaux et doit primer, même dans les cas où des lois sociales peuvent être affectées. Au-delà du débat sur l'application de l'article 52 de la Charte à l'article 49, lui-même lié aux droits fondamentaux prévus aux articles 1 à 38, la dérogation aux droits fondamentaux ne peut simplement découler du besoin de continuer de mettre en œuvre une politique législative souhaitable, dans la mesure où elle est, ou peut être contraire aux droits fondamentaux de la *Charte québécoise* et leur porter atteinte sans que cela soit explicitement énoncé. Sur le caractère intrinsèquement lié de l'article 49 aux articles 1

Dans un article récent, le juge LeBel soulignait d'ailleurs le fait que sur ce point, la Cour d'appel du Québec prenait des distances quant à l'application intégrale des conclusions de *Béliveau St-Jacques* et qu'« [a]vec le passage du temps, la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques* semble peut-être destinée à représenter l'avenir du droit québécois en cette matière »¹¹⁵.

Partant de ces réflexions, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur la portée de l'arrêt *Béliveau St-Jacques* sur la compréhension de la nature du rapport entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec*, de même que sur son impact sur l'instrumentalisation des droits fondamentaux énoncés dans la *Charte québécoise* aux dépens des règles générales issues du *Code civil du Québec*. L'arrêt *Béliveau St-Jacques* semble avoir eu pour effet de limiter la véritable portée de la *Charte québécoise* en lui enlevant une partie de sa spécificité en ce qui a trait au droit à la réparation en matière de responsabilité civile. L'impression générale qui s'en dégage est que la *Charte québécoise* se trouve subordonnée au Code civil. C'est ce que j'appellerais l'effet *Béliveau St-Jacques*. Si en droit public, la Charte canadienne porte ombrage à la *Charte québécoise*, en droit privé, les arrêts de la Cour suprême du Canada qui ont suivi *Béliveau St-Jacques* semblent avoir eu pour effet de placer la *Charte québécoise* dans le seul domaine du discours symbolique, en accordant au seul Code civil le rôle de source fondatrice du droit civil québécois¹¹⁶.

Pourtant, en ce qui a trait à la relation entre la *Charte québécoise* et le Code civil, l'arrêt *Béliveau St-Jacques* ne se prononce que sur l'intégration des demandes prévues à l'article 49 de la *Charte québécoise* au régime du Code civil en matière de responsabilité civile. Or l'analyse du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil ne se limite pas à la seule question de la responsabilité civile, même si celle-ci constitue une part importante de la

à 38 et de la nécessité d'une dérogation conforme à l'article 52 de la *Charte québécoise*, voir les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN)*, précité, note 4, par. 50 et s. Voir également C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 113 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 110, p. 84 et s. ; M. DRAPEAU, *loc. cit.*, note 100 ; G. OTIS, *loc. cit.*, note 99.

115. L. LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231, 250.

116. Voir notamment *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, note 47 ; *Augustus c. Gosset*, précité, note 47 ; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 102.

mise en œuvre des droits. La responsabilité civile n'investit pas tout le droit civil et, surtout, son régime ne peut servir de seule référence pour comprendre le rapport entre le Code civil et la *Charte québécoise*.

L'aménagement du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil établi dans *Béliveau St-Jacques* peut en effet s'accommoder d'une réflexion plus large sur la question du rôle de la *Charte québécoise* en droit civil, surtout dans son rapport avec le Code civil comme droit commun. C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême du Canada nous exhorte de faire dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal* :

Avec égards, cette position [celle prise par la Cour d'appel qui s'est limitée à un redressement purement déclaratoire en raison de l'absence d'un acte fautif] oublie la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. L'aménagement de ceux-ci ne se réduit pas à un choix entre l'application du régime général de responsabilité civile et des jugements déclaratoires qui constatent le droit, mais ne permettent pas de lui donner un effet concret. Cette approche indique peut-être que l'analyse de cette question des réparations en vertu de la *Charte québécoise* a été trop centrée sur le seul problème, si important soit-il, des rapports entre le droit commun de la responsabilité civile et les garanties des libertés fondamentales.

Malgré des désaccords ponctuels sur les modalités des réparations appropriées, même si le droit n'est sans doute qu'aux premières étapes de son développement dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a insisté sur la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, par. 24-25 et 94). Il ne faut pas non plus oublier que des régimes législatifs comme la *Charte québécoise* exigent à l'occasion des interventions qui ne relèvent nullement du droit de la responsabilité civile. Il faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la *Charte québécoise*, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile. Le droit des libertés civiles peut recourir au droit de la responsabilité civile, dans les conditions qui s'y prêtent. Le droit de la responsabilité délictuelle ne fixe pas pour autant les limites des applications du droit des libertés civiles. Ainsi, dans le cadre de l'exercice des recours appropriés devant les organismes ou les tribunaux compétents, la mise en œuvre de ce droit peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire,

destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec la *Charte québécoise*.¹¹⁷

Aussi, au-delà des questions propres au contexte de droit public, la *Charte québécoise* peut exiger des interventions qui ne relèvent pas du droit de la responsabilité civile. Il suffit de penser notamment au champ occupé par l'ordre public, à l'interprétation des contrats¹¹⁸, à l'exercice du droit de propriété¹¹⁹, à la renonciation aux droits. Dès lors, la question se pose de manière toute naturelle : qu'en est-il de la réception par les tribunaux du rôle de la *Charte québécoise* par rapport au Code civil dans ces autres matières ?

Il est difficile de faire le bilan de la jurisprudence sur le rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil dans l'ensemble des domaines régis par le Code civil. On a cependant tendance à croire à l'instrumentalisation des droits et libertés fondamentaux et de leur subordination au Code civil. Cette impression se dégage surtout en matière de responsabilité civile¹²⁰. Pourtant, la *Charte québécoise* a une influence plus large. À partir de quelques exemples choisis, on peut constater le manque de cohérence de la jurisprudence dans l'interprétation de l'impact de la Charte sur les droits réglementés par le Code civil, pour finalement considérer que la *Charte québécoise* n'est pas toujours instrumentalisée par rapport au Code civil.

Le domaine très vaste des renonciations à l'exercice des droits et libertés protégés par la *Charte québécoise* fait rapidement apparaître ce manque de cohérence. En effet, la jurisprudence portant sur la validité des renonciations à l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale n'est pas constante. Bien que

117. [2004] 1 R.C.S. 789, par. 25 et 26.

118. Voir le texte de L. PERRET, *loc. cit.*, note 106, où l'auteur souligne que le champ d'application de la *Charte québécoise* recouvre tout le domaine dont le Code civil assume la protection.

119. Voir notamment *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, en opposition à la liberté de religion.

120. Notons qu'il y a une différence claire entre l'aspect procédural lié aux voies de recours et les conditions de fond sur la nature de l'atteinte qui peut donner ouverture à un recours. Il ne faut en effet pas confondre l'autonomie du fondement du recours en vertu de la *Charte québécoise* avec les moyens procéduraux disponibles pour faire valoir les droits issus de la *Charte québécoise*. Voir notamment K. DELWAIDE, *loc. cit.*, note 106, qui établit clairement cette distinction. Pour un exemple en matière d'injonction, voir *Forest c. PPD RIM-SPEC Inc. et autres*, C.A. Montréal, n° 500-09-001712-900, 27 août 1991, où la juge Tourigny a considéré que les critères propres à l'injonction n'étaient en rien modifiés par le fait que le recours était fondé sur la *Charte québécoise*.

l'analyse des tribunaux tiennent généralement compte de la primauté de la protection accordée par la *Charte québécoise*, les conditions de validité de ces renonciations ne sont pas clairement établies, ni la mesure de l'impact interprétatif de la *Charte québécoise* au plan de la protection des droits qui font l'objet de ces renonciations¹²¹, ni, en relation avec ces questions, le rôle des règles du Code civil.

De manière plus particulière, on peut constater que le rôle accordé à la *Charte québécoise* en rapport au Code civil varie en fonction des droits qui sont en cause. Il apparaît en effet que certains droits sont plus fondamentaux que d'autres et que, dans la pondération des droits en jeu et l'application des règles du Code civil et de la *Charte québécoise*, que tous n'ont pas le même traitement.

Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹²², la Cour d'appel du Québec soulignait dans son jugement que l'application harmonieuse du *Code civil du Québec*, de la *Charte québécoise* et des principes généraux du droit n'était pas « sans causer certaines difficultés lorsque s'opposent les droits de la collectivité des copropriétaires et la liberté individuelle de religion de certains d'entre eux »¹²³. Elle voyait dans le litige une cristallisation des difficultés que pose l'harmonie entre la *Charte québécoise*, le *Code civil du Québec* et les principes généraux du droit pour finalement conclure que, malgré la protection de la liberté de religion dans la *Charte québécoise*, cette inclusion n'en faisait pas un droit absolu. Celle-ci pouvait faire l'objet d'une renonciation valable dans le cadre d'un contrat. La majorité des juges à la Cour suprême du Canada en a cependant décidé autrement¹²⁴. Malgré les termes de la déclaration de copropriété à laquelle les copropriétaires ont consenti, la Cour a considéré que cette renonciation n'était pas claire, expresse et volontaire et a donc donné préséance à la liberté de religion des uns sur le droit des autres à la jouissance de leur bien, accordant d'ailleurs très peu d'importance aux dispositions du *Code civil du Québec* en matière de propriété et de contrat face à la renonciation à l'exercice de la liberté de religion.

121. Pour un exposé général à cet effet, voir P.-G. JOBIN, en collaboration avec N. VÉZINA, *Baudouin et Jobin. Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 234 et s. Voir aussi, pour un exemple récent, *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, [2005] 1 R.C.S. 724.

122. C.A. Montréal, n° 500-09-006816-987, 12 avril 2002.

123. *Ibid.*, par. 10, motifs du juge Morin.

124. Précité, note 119.

Par ailleurs, en ce qui a trait à d'autres droits fondamentaux, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'atteintes aux droits de la personnalité réglementés par le *Code civil du Québec*, le rôle accordé à la *Charte québécoise* par rapport aux dispositions du Code civil n'est pas aussi clairement tranché et les critères de reconnaissance de la validité des renonciations ne sont pas aussi formels.

On peut en effet constater que l'analyse de ce rapport varie grandement, selon qu'il s'agit notamment du consentement à la divulgation de renseignements personnels, du consentement à la publication d'information ou d'une photographie, au consentement aux soins. À partir d'une lecture générale de la jurisprudence en cette matière, il semble que plus un domaine du droit est développé dans le Code civil, moins la *Charte québécoise* a d'incidence sur l'interprétation des dispositions et la portée de protection des droits. Inversement, moins un domaine est réglementé par le Code civil, plus les arguments tirés du fait qu'un droit est protégé en vertu de la *Charte québécoise* ont un impact. Pour arriver à ce constat, il suffit de comparer les décisions qui portent sur l'atteinte au droit à l'intégrité avec celles qui portent sur l'atteinte au droit au respect de la vie privée.

En matière d'atteinte à l'intégrité, on fait en effet peu de cas de l'article 1 de la *Charte québécoise* en matière de consentement aux soins¹²⁵. On pourrait expliquer ce phénomène par le fait que le domaine du consentement aux soins fait l'objet d'une réglementation détaillée, tant dans le *Code civil du Québec*¹²⁶ que dans plusieurs lois particulières connexes¹²⁷. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la doctrine qui traite de façon générale du domaine de l'intégrité physique en matière de consentement aux soins fait très peu référence à la *Charte québécoise*¹²⁸, malgré l'impact qu'a

125. Voir les références aux décisions en matière de consentement aux soins dans É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 110, p. 107 et s. Voir, par exemple, *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 ; *Marcoux c. Bouchard*, 2001 CSC 50, [2001] 2 R.C.S. 726 ; *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.) ; *Institut Philippe-Pinel c. G. (A.)*, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.).

126. Les règles portant sur l'intégrité de la personne sont réglementées en détail dans le Livre premier du *Code civil du Québec* aux articles 10 et suivants.

127. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2 ; *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.R.Q., c. P-38.001 ; *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., c. L-0.2.

128. Par exemple, É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 110, p. 97 et s. ; R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité physique et le consentement aux soins*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

pu avoir la décision *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹²⁹ sur la notion d'intégrité.

Cependant, lorsque l'on sort du champ de la protection du droit à l'intégrité faisant l'objet de la réglementation détaillée en matière de soins, l'apport de la *Charte québécoise* devient plus apparent¹³⁰. Dans ces cas, le rôle de la *Charte québécoise* quant à son impact au plan de l'interprétation des dispositions du *Code civil du Québec* est mieux reconnu. Ainsi par exemple, dans *Doré c. Ville de Verdun*, la Cour suprême du Canada soulignait l'apport interprétatif de la *Charte québécoise* en se fondant sur l'impact des valeurs de la Charte sur certaines dispositions du *Code civil du Québec*, qui en sont une expression¹³¹. Ce rapport interprétatif peut même être implicite¹³². De même, lorsque vient le temps de définir ou de déterminer la portée de la notion d'intégrité, la référence à la *Charte québécoise* est incontournable¹³³. C'est en effet à partir des dispositions de la *Charte québécoise* que l'on détermine le sens des droits et libertés de la personne, les dispositions plus particulières du Code civil ne venant que compléter le sens des droits de la Charte. Par ce biais, la *Charte québécoise* a un effet direct sur les droits qui font l'objet d'un régime particulier dans le *Code civil du Québec*. C'est ce qui se dégage également des décisions qui portent sur le droit au respect de la vie privée.

En effet, en matière de droit au respect de la vie privée, les tribunaux utilisent l'article 5 de la *Charte québécoise* comme premier fondement dans leur analyse, avant d'avoir recours à l'article 35 du *Code civil du Québec*¹³⁴. Par ailleurs, lorsque la vie privée fait l'objet d'une réglementation particulière comme dans le contexte de la protection des renseignements personnels, le recours à

129. Précité, note 47.

130. Par exemple, *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3 ; *Augustus c. Gosset*, précité, note 47 ; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

131. Précité, note 80, par. 30 : « Cette interprétation est aussi conforme aux valeurs de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, qui protège à son article premier le droit de tout être humain à l'intégrité de sa personne. L'article 2930 C.c.Q. n'est qu'une expression de la faveur que lui accorde le législateur. »

132. *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, précité, note 94, par. 40. Cela vaut tant à l'égard du Code civil, du *Code de procédure civile* que des autres lois.

133. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, note 47 ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, précité, note 39.

134. Par exemple, *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 102 ; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précité, note 56 ; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.

la *Charte québécoise* devient secondaire, ne survivant qu'au plan des principes, dans un rapport implicite avec les règles plus particulières énoncées dans le Code civil¹³⁵ ou dans une loi particulière¹³⁶.

Ce que l'on peut tirer de ces exemples c'est que, du moins, dans les matières qui portent sur les droits de la personnalité, le caractère complémentaire de la *Charte québécoise* et du Code civil s'articule assez bien. L'analyse du fondement des droits se comprend d'abord en fonction de la *Charte québécoise*, que ce soit par un recours explicite aux dispositions de la *Charte québécoise* ou par un effet implicite au plan des principes et des valeurs véhiculées par celle-ci. D'ailleurs, dès lors que des dispositions particulières réglementent un aspect précis qui relève de la protection d'un droit protégé par la *Charte québécoise* dans le contexte des droits de la personnalité, les régimes particuliers prennent le dessus dans la mise en œuvre technique du droit. Cette relation est conforme au rapport de complémentarité entre les deux textes que sont la *Charte québécoise* et le Code civil. En effet, l'application de la *Charte québécoise* ne peut venir mettre en échec les régimes de mise en œuvre des droits qu'elle énonce lorsque ceux-ci sont énoncés ailleurs en termes plus limitatifs ou précis. Dans la mesure où ces régimes de mise en œuvre ne sont pas incompatibles avec les droits énoncés dans la *Charte québécoise*, il n'y a pas lieu d'en faire fi au profit d'une application parfaitement autonome de la *Charte québécoise*, qui ne tiendrait pas compte de ces régimes plus particuliers.

Ce constat est d'autant plus vrai lorsque les droits en cause ne sont pas des droits dits fondamentaux. Ainsi en est-il du rapport en ce qui a trait aux droits économiques et sociaux. C'est à juste titre que Daniel Gardner et Dominique Goubau ont critiqué la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*¹³⁷, tout comme la tendance jurisprudentielle à élargir la portée de l'article 48 au détriment de l'application des règles du Code civil¹³⁸. Dans cette affaire, la Cour d'appel a annulé un con-

135. Aux articles 37 et s. du *Code civil du Québec*.

136. Dans l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, précitée, note 30.

137. [2005] R.J.Q. 961 (C.A.).

138. D. GARDNER et D. GOUBAU, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de D.* 961.

trat entre une personne âgée jugée vulnérable et une autre personne en donnant à l'article 48 de la *Charte québécoise* une portée d'application très large qui est venue mettre en échec les règles du Code civil en matière de vices du consentement et de protection des personnes majeures.

Si la *Charte québécoise* commande dans son ensemble une interprétation large et libérale des droits qui y sont prévus, ce que la Cour souligne avec justesse, cela ne signifie pas pour autant que la portée des droits qui y sont prévus puisse venir mettre en échec les régimes déjà établis dans le Code civil, alors que ceux-ci ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Charte québécoise*. La reconnaissance du caractère substantiel de l'article 48 de la *Charte québécoise*, tout comme l'autonomie du recours qui est nécessaire à son application, va de soi. La notion d'exploitation a un rôle certain à jouer dans la protection des personnes vulnérables, là où les dispositions du Code civil ou les autres dispositions de la *Charte québécoise* ne permettent pas une protection adéquate¹³⁹. Cependant, comme le soulignent Daniel Gardner et Dominique Goubau, on ne devrait pas pouvoir utiliser cette notion afin de remplacer ou mettre en échec les règles portant sur la lésion et les vices du consentement qui doivent coexister avec celles de la *Charte québécoise*, dans un régime cohérent.

Sans minimiser l'importance des droits économiques et sociaux, il reste que les dispositions de la *Charte québécoise* qui énoncent ces droits n'ont pas de primauté formelle sur les autres lois, encore moins sur les dispositions du Code civil, même si la *Charte québécoise*, dans son ensemble, a le statut de loi fondamentale. Si on accepte le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel sur le rapport entre l'article 48 de la *Charte québécoise* et les dispositions du Code civil, on se trouve devant un paradoxe plutôt étonnant. Alors que les tribunaux n'ont pas reconnu l'autonomie absolue des voies de droit pour une atteinte illicite à un droit fondamental et ont considéré que le recours prévu à l'article 49 de la *Charte québécoise* devait se lire en fonction des règles générales de la responsabilité civile et de la notion de faute, la protection d'un droit qui relève des droits économiques et sociaux aurait une plus grande portée par rapport aux dispositions générales du Code civil que ne l'aurait la protection des droits fondamentaux.

139. Voir par exemple *Commission des droits de la personne du Québec c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628 (T.D.P.Q.).

Dans la perspective du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil et du rôle que joue la Charte dans le droit québécois, il est difficile de trouver une logique dans ce constat. Tout comme l'article 49 de la *Charte québécoise*, l'article 48 n'a pas été adopté dans un vide juridique et devrait s'interpréter en tenant compte des dispositions du *Code civil du Québec*. Soit tous les articles de la *Charte québécoise* sont exorbitants des règles du Code civil et peuvent fonder des voies de droit parfaitement autonomes, soit ils s'inscrivent dans un rapport nécessaire avec les règles du Code civil et ont une autonomie relative. L'harmonie ne signifie pas exclusivité de chacun des textes mais bien coexistence, en considérant la fonction et la valeur de chacun des textes¹⁴⁰.

De façon générale, ce qui ressort de la jurisprudence c'est que les conclusions sur l'articulation du rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil sont contradictoires. Il est en effet difficile de tirer des décisions des tribunaux un guide d'analyse pour l'interprétation de ce rapport. Que faire aussi des décisions qui ne mentionnent aucunement la *Charte québécoise* et se limitent au Code civil comme unique source de protection d'un droit ou, encore, l'inverse, plus particulièrement lorsque le Tribunal des droits de la personne applique les dispositions de la *Charte québécoise*. La division des approches entre les « fondamentalistes » de la *Charte québécoise* et les privatistes du Code civil est regrettable et corrompt l'analyse de l'essence même de ce rapport en faisant disparaître le rôle de la *Charte québécoise* et celui du Code civil dans leur relation d'« harmonie » en ce qui a trait à leur place dans la hiérarchie des sources et leur rôle dans l'expression du droit commun. Ceci dit, il semble que dans les cas où les tribunaux mentionnent l'application de la *Charte québécoise*, celle-ci semble avoir un impact sur l'interprétation du Code civil et la protection des droits des parties, surtout lorsque l'on doit pondérer l'exercice contradictoire et simultané de droits et libertés protégés par la *Charte québécoise*.

140. Sur ce point, je ne partage pas la lecture que font Daniel Gardner et Dominique Goubau de la Disposition préliminaire en ce qui a trait au rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil dans « L'affaire Vallée et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », *loc. cit.*, note 138. Ceux-ci voient dans le Code civil la seule source du droit commun et considèrent que pour permettre l'exclusion de l'application d'une disposition du Code civil, la *Charte québécoise* aurait dû prévoir une dérogation. Voir mes propos dans la partie portant sur le rôle de la *Charte québécoise* dans l'expression du droit commun.

Conclusion

Le statut de la *Charte québécoise* et son rapport au Code civil dans l'interprétation des règles de droit semblent surtout s'articuler en fonction du rôle particulier du *Code civil du Québec* dans le droit civil québécois, plus particulièrement à partir du modèle des règles de la responsabilité extracontractuelle. En effet, depuis que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, on a tendance à croire que la réflexion sur le rapport entre la *Charte québécoise* et le Code civil doit forcément se faire à partir du statut particulier du Code civil, sans que soient considérés les caractères particuliers de la *Charte québécoise* et son rôle particulier dans l'articulation du droit commun québécois. Pourtant, la *Charte québécoise* est un texte fondateur du droit québécois, une loi fondamentale qui, avec le Code civil et les principes généraux du droit, est source d'expression du droit commun. C'est ce constat qui doit servir de base à l'articulation du rapport d'harmonie entre la *Charte québécoise* et le Code civil de manière à ce que ni l'un ni l'autre des textes ne fasse l'objet d'une instrumentalisation aux dépens de l'autre. La *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* doivent être considérés et appliqués comme des textes fondamentaux et complémentaires du droit québécois dont les dispositions doivent se lire ensemble, tout en tenant compte de la nature et de la fonction de chacun des textes dans l'arbitrage des règles et des droits qui en relèvent.

Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la *Charte des droits et libertés de la personne*

Pierre BOSSET*

1. Liberté, accès et participation, identité : la triple exigence des droits culturels	86
1.1 L'exigence de liberté	88
1.2 L'exigence d'accès et de participation	89
1.3 L'exigence identitaire	93
2. La place des droits culturels dans la Charte québécoise : quelques constats	97
2.1 Une présence discrète : la liberté culturelle	98
2.2 Un accès et une participation encadrés par le droit à l'égalité	100
2.3 Une dimension identitaire limitée	104
Conclusion	107

* M^e Pierre Bosset, M.Phil. (Cambridge), LL.M. (Essex), LL.L. (Montréal). Avocat, directeur de la Recherche et de la Planification à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. La réflexion préalable à cet article a été menée dans le cadre d'un séjour de recherche à l'Institut d'études internationales de Montréal (IEIM) de l'Université du Québec à Montréal (UQAM). L'auteur remercie chaleureusement l'IEIM et son directeur, M. le professeur Peter Leuprecht, du département des Sciences juridiques de l'UQAM, pour leur accueil. Il remercie également la responsable du Centre de documentation de la Commission, madame Madeleine Beaudoin, pour son aide dans le repérage de certaines sources bibliographiques. L'auteur prend sur lui l'entière responsabilité des erreurs, omissions et insuffisances du présent article.

Si la culture est ce qui reste lorsqu'on a tout oublié, certains pourront malicieusement demander ce qu'il resterait de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ du Québec si celle-ci devait faire l'objet, un jour, d'une amnésie collective. Car les droits culturels, qui sont des éléments à part entière du *corpus* mondial, réputé « indivisible et indissociable », des droits et libertés de la personne², ne figurent explicitement nulle part comme catégorie spécifique de droits dans la Charte québécoise. Le législateur québécois est demeuré muet à leur endroit, alors même que la Charte consacre des chapitres entiers (à la juridicité variable, il est vrai) à d'autres catégories de droits³.

Au sein même du *corpus* des droits de la personne, les droits culturels restent une catégorie « sous-développée »⁴. Les auteurs qui s'intéressent aux droits culturels s'accordent en effet à déplorer l'indigence de la réflexion, tant conceptuelle que juridique, sur ces droits⁵. Au centre du « sous-développement » des droits cultu-

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, ci-après « la Charte québécoise » ou « la Charte ».
2. V. le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1996) 993 R.T.N.-U. 13 ; [1976] R.T. Can. n° 46 (art. 13 à 15) et la *Déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 1993), Doc. N.U., A/CONF.157/323, par. 5.
3. Articles 1 à 9.1 (libertés et droits fondamentaux) ; 10 à 20.1 (droit à l'égalité) ; 21 et 22 (droits politiques) ; 23 à 38 (droits judiciaires) ; et 39 à 48 (droits économiques et sociaux). Il ne faut pas attacher une importance démesurée à cette division des dispositions de la Charte en chapitres, laquelle est loin d'être toujours marquée au coin de la cohérence et de la rigueur. Par exemple, le chapitre intitulé « droits économiques et sociaux » est un fouillis conceptuel où l'on retrouve, pêle-mêle, des droits qui, à certains égards, semblent relever également de la catégorie des droits fondamentaux (comme le droit à l'information) ou encore du droit à l'égalité (comme la règle d'égalité des époux dans le mariage). Surtout, le regroupement de droits en chapitres n'est pas une garantie d'effectivité, ni même de juridicité, certains chapitres de la Charte pouvant à juste titre être considérés comme les « parents pauvres » de celle-ci. Voir : P. BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte québécoise ? », (1996) 75 *R. du B. can.* 583. (En ce sens, voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.)
4. Pour une présentation globale de la thématique du « sous-développement » des droits culturels, voir : P. MEYER-BISCH (dir.), *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, VIII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Presses de l'Université de Fribourg, 1991.
5. « To date, cultural rights seem to be among the least understood and developed of all human rights both conceptually and legally » : S.A. HANSEN, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations », dans A. CHAPMAN et S. RUSSELL (dir.), *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Anvers, Intersentia, 2002, p. 281. Ce constat est largement partagé. Voir, par exemple : A. EIDE, « Cultural Rights as Individual

rels, se trouve ce que le philosophe Patrice Meyer-Bisch appelle un manque de doctrine⁶, et que nous pourrions aussi appeler un déficit de théorisation des droits culturels. Ce manque de doctrine se traduit entre autres par la quasi-absence des droits culturels de la réflexion des juristes⁷. Mais la pauvreté doctrinale peut également se répercuter sur l'action des institutions publiques chargées de promouvoir et protéger les droits et libertés, lesquelles, dans l'exercice de leurs responsabilités, n'accorderont souvent qu'une attention fort limitée à la question des droits culturels, trop souvent considérés comme un simple appendice des droits économiques et sociaux⁸. Même la facture des textes de protection des droits et libertés est susceptible de refléter le « sous-développement » des droits culturels. C'est le cas, justement, de la Charte québécoise, où le droit au maintien et au développement de la vie culturelle des minorités, seul droit ayant la culture pour objet, est rangé dans la catégorie des droits économiques et sociaux, comme si la culture était une simple sous-catégorie du social.

Toute entreprise visant à situer la place des droits culturels dans le *corpus* des droits et libertés se heurte d'abord au flou inhé-

Human Rights », dans A. EIDE, C. KRAUSE et A. ROSAS (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 229 ; ou encore : P. MEYER-BISCH, « Propositions et recommandations », dans (Coll.), *Diversité et droits culturels*, Paris, Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2002, p. 216.

6. Voir : P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », dans E. BRIBOSA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Penser le droit »), 2004, p. 48. Les travaux de Meyer-Bisch sont largement consacrés aux droits culturels comme « pierre angulaire » du système des droits humains. Outre ses contributions mentionnées ailleurs dans le présent article, voir notamment : « Le sujet des droits humains est individuel, mais l'objet est commun. Analyse à partir des droits culturels », dans T. BEMS (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 15-44 ; « Les droits culturels, facteurs du lien politique », dans L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris/Québec, L'Harmattan/Presses de l'Université Laval, 2002, p. 453-472 ; ainsi que : *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires, 1992.
7. « Soit les manuels oublient cette catégorie, soit ils traitent de l'interculturalité en général, mais non des droits culturels spécifiques, soit ils y consacrent une portion très faible, ou ils les considèrent comme des droits essentiellement collectifs » : P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique... », *op. cit.*, p. 85 (n. 29).
8. « [N]ous avons constaté [dans l'action des institutions francophones de promotion et de protection des droits] le statut de parents pauvres qu'occupent les droits culturels au sein de la catégorie plus générale des droits économiques, sociaux et culturels » : Premier Congrès de l'Association francophone des Commissions nationales pour les droits de l'homme (Montréal, 29 septembre-1^{er} octobre 2005), *Synthèse des travaux*, p. 3. [En ligne : <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/AFCNDH_congres_rapport_2005.pdf>]

rent à la notion de « culture ». Celle-ci reste une notion ouverte, susceptible de multiples définitions⁹. Par exemple, les définitions humanistes traditionnelles, axées sur la production et la diffusion de l'activité culturelle (arts, sciences et techniques), se distinguent des définitions d'inspiration plus anthropologique, axées sur les systèmes de valeurs et de symboles propres à tout groupe humain, et selon lesquelles la langue, la religion ou encore la conception des rapports sociaux, entre autres, relèvent également de la culture¹⁰. Ces questions de définition sont évidemment centrales, car du champ de la culture dépend celui des droits culturels proprement dits. Un deuxième défi réside dans l'articulation des rapports entre droits individuels et collectifs. Si les titulaires des droits culturels sont nécessairement des individus (dans la mesure où l'on parle bien de droits de la personne), l'exercice de ces droits suppose aussi la reconnaissance d'un patrimoine culturel collectif¹¹. Or, de quelles collectivités parle-t-on ? Tous les éléments d'un patrimoine culturel se valent-ils ? L'individu peut-il rompre avec « son » patrimoine ? Si la dialectique des dimensions individuelles et collectives des droits culturels permet d'appréhender la complexité de l'expérience humaine, on voit qu'elle présente aussi un défi pour l'analyse et pour la réflexion.

Conscient des multiples défis que posent les droits culturels, nous proposerons ici une brève réflexion sur les exigences qui découlent de la reconnaissance de ces droits comme droits de la personne, ainsi que sur la place que les droits culturels occupent au sein de la Charte québécoise des droits et libertés. Dans un premier temps, nous identifierons trois exigences fondamentales découlant de l'inscription des droits culturels dans le *corpus* des droits de la personne, soit : les exigences de liberté culturelle, d'accès et de participation à la vie culturelle, et de respect des identités culturelles (I). Dans un deuxième temps, nous ferons certains constats sur la façon dont les droits culturels ont jusqu'à

9. Voir, par exemple : A. L. ROEBER et C. KLUCKHOHN, *Culture : A Critical Review of Concepts and Definitions*, New York, Random House, 1954. Plus de 300 définitions de la culture y sont recensées. Des juristes par ailleurs favorables aux droits culturels sont allés jusqu'à dire que la culture était un concept « galvaudé et sans grande précision sémantique » (« an overworked concept with little semantic precision ») : A. EIDE, *op. cit.*, p. 230.
10. R. STAVENHAGEN, « Cultural Rights and Universal Human Rights », dans A. EIDE, C. KRAUSE et A. ROSAS (dir.), *op. cit.*, p. 66.
11. G. ROCHER, « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », dans M. COUTU, P. BOSSET, C. GENDREAU et D. VILLENEUVE (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Montréal, Thémis, 2000, p. 39.

maintenant trouvé à s'actualiser dans le cadre de la *Charte des droits et libertés de la personne* (II).

1. Liberté, accès et participation, identité : la triple exigence des droits culturels

L'expression « droits culturels » désigne un faisceau de droits ayant la culture pour objet. Pour saisir la nature de ces droits, tels qu'ils sont graduellement élaborés par la communauté internationale, c'est à un ensemble de textes qu'il faut se référer¹². En 1948, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclame le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent¹³. La Déclaration consacre ce droit sur la base de l'universalité, dans la mesure où il est reconnu à « toute personne ». Dans les années soixante, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* contiendra des dispositions plus précises et juridiquement contraignantes au même effet¹⁴. Cependant, l'approche universaliste sera vite assortie d'une approche catégorielle ; les personnes appartenant à certains groupes se verront alors reconnaître comme titulaires explicites de droits culturels : les femmes¹⁵, les enfants¹⁶, les membres de groupes victimes de discrimination raciale¹⁷ et les travailleurs migrants¹⁸ (groupes auxquels sont destinées à s'ajouter les personnes handicapées¹⁹). La dimension proprement identitaire des

12. Voir généralement : J. DHOMMEAUX, « Culture et droits culturels dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : le système des Nations-Unies », dans (Coll.), *Diversité et droits culturels*, op. cit., p. 101-122.

13. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 27.

14. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, op. cit., art. 15, ci-après « PIDESC ». Adopté en 1966, le Pacte est en vigueur pour le Canada depuis le 19 août 1976.

15. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, (1979) R.T.N.U. 1249, p. 13 ; [1982] R.T. Can. n° 31 ; art. 1-3, 5 et 10. La Convention est en vigueur pour le Canada depuis le 9 janvier 1982.

16. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. N.U. A/RE/44/25 (1989), [1992] R.T. Can. n° 3 ; art. 17 et 28-30. La Convention est en vigueur pour le Canada depuis le 12 janvier 1992.

17. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, (1970) R.T.N.U. 660, p. 195 ; [1970] R.T. Can. n° 28 ; art. 1-2 et 5. La Convention est en vigueur pour le Canada depuis le 13 novembre 1970.

18. *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Doc. N.U. A/RES/45/158 (1990), art. 17 et 31. À ce jour, le Canada n'a pas ratifié cette convention.

19. Le 25 août 2006, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le texte d'un projet de convention internationale sur les droits des personnes handicapées. L'article 30 prévoit des dispositions concernant la participation des personnes

droits culturels, quant à elle, sera implicitement consacrée dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Celui-ci reconnaît aux membres des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques le droit d'avoir, « en commun avec les autres membres de leur groupe », leur propre vie culturelle, de professer ou de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue²⁰.

Si les fondements juridiques des droits culturels sont multiples²¹, les implications de ces droits ne le sont pas moins. Les droits culturels sont en effet une catégorie-carrefour, où convergent droits civils, politiques, sociaux et, bien entendu, proprement culturels²². Du fait de cette variété, il est difficile et sans doute chimérique de vouloir donner un sens univoque à la notion de « droits culturels ». Sans doute est-il plus réaliste et plus fécond de chercher à identifier les diverses *composantes* de cette catégorie de droits. Dans ce but, nous proposons la classification suivante, établie en fonction de la nature des exigences qui découlent de la reconnaissance des droits culturels. Cette classification est avant tout destinée à faciliter une réflexion sur la place des droits culturels au sein de la Charte québécoise, et elle n'a donc ici qu'une visée pédagogique et heuristique. L'élaboration d'une liste globale et exhaustive des droits culturels reste une œuvre nécessaire, mais elle sort des cadres de la présente réflexion²³.

handicapées à la vie culturelle. Ce projet sera soumis à l'Assemblée générale pour adoption finale à l'automne 2006. Voir : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2006/SOC4716.doc.htm>>.

20. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 187 ; [1976] R.T. Can. n° 47 ; art. 27, ci-après « PIDCP ». Le Pacte est en vigueur pour le Canada depuis le 19 août 1976. L'approche identitaire figure également au cœur de certaines conventions internationales du travail. Voir notamment : *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 1989, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail le 27 juin 1989, art. 2, 4-5, 7-10, 13-14, 17, 22-23, 25, 27-28, 30 et 32. À ce jour, le Canada n'a pas ratifié cette convention.
21. Nous nous en sommes tenu aux sources conventionnelles. Un portrait d'ensemble exigerait aussi la prise en considération de nombreuses sources non conventionnelles (résolutions, recommandations) moins contraignantes sur le plan juridique.
22. J. DHOMMEAUX, *op. cit.*, p. 112.
23. Sous les auspices du Centre interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université de Fribourg, des travaux se poursuivent en vue de l'élaboration d'une déclaration sur les droits culturels qui serait « présentée aux acteurs publics, civils et privés en vue de favoriser la reconnaissance et la mise en œuvre de ces droits, à la fois aux niveaux local, national, régional, et universel ». Voir : *Déclaration de Fribourg* [en ligne : <<http://www.unifr.ch/iiedh/droits-culturels/odc-documentation/odc-declaration-fribourg/DCdeclaration-fr.pdf>>].

1.1 L'exigence de liberté

L'exigence de liberté culturelle vise dans un premier sens, auquel nous nous attarderons davantage pour l'instant²⁴, la liberté des créateurs. Ici, la culture est vue comme un processus de création artistique ou scientifique²⁵. Elle comprend, par exemple, les arts visuels, la littérature, la musique ou encore la recherche scientifique, formes emblématiques et hautement valorisées de l'activité intellectuelle ou artistique²⁶.

En pareilles matières, l'exigence de liberté culturelle est explicite : elle découle non seulement de la liberté d'expression garantie par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁷, mais aussi des engagements pris par les États parties au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, instrument dans lequel ils se sont engagés à « respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités artistiques »²⁸. Ce dernier engagement est important car, bien qu'apparentée à la liberté d'expression, la liberté de recherche et de création ne peut être tout à fait assimilée à cette dernière. En effet, un processus de recherche ou de création précède normalement toute expression scientifique ou artistique : la liberté de recherche et de création dont parle le Pacte suppose le respect de ce processus, même lorsque celui-ci n'aboutit pas à un « produit fini ».

Conformément à la nature des obligations qui découlent du Pacte, les États ont une triple obligation envers ce processus de recherche et de création :

- d'abord, celle de *s'abstenir* de porter eux-mêmes atteinte à ce processus (au moyen d'une censure préalable, par exemple) ;
- ensuite, celle de *protéger* ce processus contre l'interférence possible de tiers ;

24. Pour le moment, nous laissons de côté un deuxième sens possible de la liberté culturelle : celui qui consiste à se définir autrement qu'en fonction de son « appartenance » culturelle, voire en rupture avec celle-ci. Cet aspect sera abordé en rapport avec l'exigence identitaire (1.3).

25. R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 65.

26. L. PROTT, « Understanding One Another on Cultural Rights », dans Halina NIEC (dir.), *Cultural Rights and Wrongs*, Paris, UNESCO, 1998, p. 165.

27. PIDCP, art. 19, par. 2. L'expression artistique est explicitement mentionnée dans cet article parmi les formes d'expression protégées.

28. PIDESC, art. 15, par. 3.

- enfin, celle de *mettre en œuvre* des mesures positives (institutions, programmes, voies de recours) facilitant la liberté de création scientifique ou artistique²⁹.

La liberté de recherche et de création reste assujettie aux limites qui découlent du bien-être général et de l'ordre public, bien qu'il soit douteux que la réserve relative à la disponibilité des ressources, mentionnée dans les dispositions générales du Pacte³⁰, s'applique à chacune de ces obligations, notamment les deux premières. Notons que le Pacte impose aussi aux États des obligations particulières en matière de protection des « intérêts moraux et matériels » découlant de la production scientifique, littéraire ou artistique³¹. Elles aussi ont pour but d'encourager les créateurs à contribuer activement aux arts et aux sciences³².

Les obligations que nous venons de décrire illustrent à quel point les droits culturels, même envisagés strictement sous l'angle de la liberté, sont inextricablement liés au *corpus* des droits et libertés dans sa globalité. L'interface entre les droits culturels et les autres catégories de droits est tout aussi manifeste lorsqu'on envisage ces droits sous l'angle de l'exigence d'accès et de participation.

1.2 L'exigence d'accès et de participation

Si l'exigence de liberté culturelle force à diriger le regard vers le créateur de la culture, l'exigence d'accès et de participation concerne plus spécifiquement le citoyen (que nous nous abstenons d'appeler un *consommateur de culture*). Une fois encore, le

29. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties*, Doc. N.U. E/1991/34 ; *Observation générale n° 4 (1991) sur le droit à un logement suffisant*, Doc. N.U. E/C.12/1992/23 ; *Observation générale n° 11 (1992) sur le droit à l'enseignement primaire*, Doc. N.U. E/C.12/1999/4 ; *Observation générale n° 12 (1999) sur le droit à une nourriture suffisante*, Doc. N.U. E/C.12/1999/5 ; *Observation générale n° 13 (1999) sur le droit à l'éducation*, Doc. N.U. E/C.12/1999/10 ; *Observation générale n° 14 (2000) sur le droit à la santé*, Doc. N.U. E/C.12/2000/4 ; *Observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau*, Doc. N.U. E/C.12/2002/11 ; *Observation générale n° 18 (2005) sur le droit au travail*, Doc. N.U. E/C.12/GC/18.

30. Selon les termes de l'art. 2, chaque État partie s'engage à agir en vue de la réalisation progressive des droits prévus au Pacte, « au maximum de ses ressources disponibles ».

31. PIDESC, art. 15, par. 1c).

32. *Observation générale n° 17 (2005) sur le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc. N.U. E/C.12/GC/17, par. 4.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels donne le ton, en reconnaissant à chacun le droit de « participer à la vie culturelle »³³ et celui de « bénéficier du progrès scientifique et de ses applications »³⁴.

Le droit de participer à la vie culturelle, auquel nous nous limiterons ici, comporte plus d'une dimension³⁵. Tout d'abord, bien que le Pacte ne parle que de participation à la vie culturelle, il suppose nécessairement l'accès à la culture. L'absence, le manque ou la mauvaise répartition d'infrastructures culturelles de base permettant cet accès (centres culturels, musées, bibliothèques, théâtres, cinémas...) pourrait donc s'analyser en une violation du droit de participer à la vie culturelle³⁶. Conformément à l'obligation de *mise en œuvre* inhérente aux dispositions du Pacte, des mesures positives d'accès et favorisant la participation pourront ici s'avérer nécessaires. Si la mise en œuvre de ces mesures est nécessairement assujettie au principe de réalisation progressive et à la disponibilité des ressources dont parle l'article 2 du Pacte, les pouvoirs publics devront cependant tenir compte de la situation particulière des groupes vulnérables. Parfois, des mesures particulières seront requises pour favoriser l'accès et la participation de ces groupes vulnérables à la vie culturelle³⁷.

Deuxièmement, conformément aux dispositions générales du Pacte, l'accès et la participation à la vie culturelle doivent se faire sur la base de l'égalité et de la non-discrimination³⁸. Par

33. PIDESC, art. 15, par. 1a).

34. *Ibid.*, art. 15, par. 1b). Ce droit ne fera pas l'objet d'un examen détaillé ici.

35. L'analyse qui suit se fonde sur les dispositions générales du Pacte, sur certaines observations générales formulées par le Comité relativement à d'autres aspects, ainsi que sur certains documents en provenance du Comité. Contrairement à d'autres droits reconnus par le Pacte, le droit prévu à l'art. 15, par. 1a) du Pacte ne fait pas encore l'objet d'une observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU. En mai 2007, le Comité prévoit tenir une journée de débat général sur le droit de prendre part à la vie culturelle.

36. Il est à noter que, dans ses directives aux États pour la préparation de leurs rapports périodiques, le Comité demande aux États de lui fournir des renseignements sur l'existence de ces infrastructures de base. Voir : *Principes directeurs révisés concernant la forme et le contenu des rapports soumis par les États parties*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc. N.U. E/C.12/1991/1, annexe (1991).

37. *Observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties*, *op. cit.*, par. 12. Les « groupes vulnérables » en question n'y sont pas identifiés mais le Comité a déjà dit, dans un autre contexte, que les groupes suivants pouvaient être considérés comme vulnérables aux yeux du Pacte : les paysans sans terre, les travailleurs agricoles, les chômeurs, les pauvres, les travailleurs migrants, les peuples autochtones, les enfants et les personnes âgées. Voir : *Principes directeurs révisés*, *op. cit.* (à propos du droit à une alimentation suffisante).

38. PIDESC, art. 2, par. 2.

exemple, les obstacles qui freinent la pleine participation des femmes à la vie culturelle doivent être supprimés, qu'ils soient d'ordre institutionnel ou issus de traditions culturelles ou religieuses³⁹. Il en va de même des obstacles qui freinent la participation des personnes handicapées⁴⁰. Et, s'agissant de la condition sociale, comment ne pas évoquer les travaux du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, où figure ce témoignage éloquent d'une personne engagée auprès de familles très pauvres, au sujet des obstacles empêchant les personnes vivant dans l'extrême pauvreté d'accéder à la vie culturelle :

J'avais prévu d'emmener un groupe d'enfants du quartier au zoo. C'était une fête pour les enfants, mais lorsque nous sommes arrivés, on nous a refusé l'entrée, à cause de « l'aspect des enfants ».⁴¹

Le « rétablissement du droit à la culture dans les zones de grande pauvreté » devient ici, comme le souligne le rapport, une dimension essentielle de la lutte contre la misère et pour le développement⁴².

Troisièmement, et nous retrouvons ici le thème de l'indissociabilité des droits, le droit de participer à la vie culturelle est lié à d'autres éléments du *corpus* des droits de la personne⁴³. Manifestement, l'exercice de ce droit est inséparable, par exemple, des libertés civiles de base, d'un niveau de vie décent, du droit à l'information. Moins évidente est la dimension culturelle des autres droits et libertés. La « détermination culturelle de l'ensemble des droits de l'homme »⁴⁴ est un facteur dont la prise en compte permet de mieux comprendre la portée de ces derniers. En fait, le concept d'adéquation ou d'acceptabilité culturelle qui émerge peu à peu en droit international est applicable à pratiquement tous les éléments du domaine des droits de la personne. Dans une observation générale consacrée au droit à un logement suffisant,

39. *Observation générale n° 16 (2005) sur le droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels*, Doc. N.U. E/C.12/2005/4 (2005), par. 31.

40. *Observation générale n° 5 (1994) sur les personnes souffrant d'un handicap*, Doc. N.U. E/1995/22, par. 36-38.

41. Cité dans : *Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté* (rapporteur : Leandro Despouy), Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 juin 1996, par. 171.

42. *Ibid.*, par. 173.

43. S. HANSEN, *op. cit.*, p. 290.

44. P. MEYER-BISCH, *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 12.

par exemple, le comité d'experts de l'ONU décrit ainsi la dimension culturelle de ce droit :

Respect du milieu culturel. L'architecture, les matériaux de construction utilisés et les politiques en la matière doivent permettre d'exprimer convenablement l'identité culturelle et la diversité dans le logement. Dans les activités de construction ou de modernisation de logements, il faut veiller à ce que les dimensions culturelles du logement ne soient pas sacrifiées [...].⁴⁵

Une dimension culturelle similaire est manifestement présente dans d'autres droits faisant partie du *corpus* des droits et libertés, tels que le droit à une nourriture suffisante, le droit à la santé ou le droit à l'éducation⁴⁶.

Enfin, la nature des politiques requises pour mettre en œuvre le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle en toute égalité est liée à la notion même de culture, une problématique déjà évoquée en introduction. L'anthropologue Rodolfo Stavenhagen formule la question de façon imagée :

When we speak of more and better education, what will the content of this education be ? When we speak of more museums, what will these museums contain ? The trappings of kings and emperors, or the cultural creations of the peoples in the villages, of the ethnic minorities and the indigenous peoples, or of the various immigrant groups ?⁴⁷

La première conception conduira généralement à des politiques culturelles favorisant une meilleure diffusion et commercialisation des œuvres et produits culturels, ainsi que la professionnalisation des métiers artistiques et culturels. La deuxième valorisera la participation des citoyens à la vie culturelle non pas comme consommateurs, mais comme producteurs de cultu-

45. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 4 (1991)*, *op. cit.*, par. 8g).

46. Pour le droit à une nourriture suffisante : *Observation générale n° 12 (1999)*, par. 11 ; pour le droit à l'éducation : *Observation générale n° 13 (1999)*, par. 6 ; pour le droit à la santé : *Observation générale n° 14 (2000)*, par. 12. Notons que la dimension culturelle inclut aussi une composante religieuse : ainsi, le droit d'une personne détenue d'être traitée avec humanité et respect comprendrait le droit de voir ses croyances respectées par l'administration pénitentiaire, par exemple en ce qui concerne l'alimentation : PIDCP, art. 10 et : *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 (principes 6 et 20).

47. R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 71.

re⁴⁸. Ces deux paradigmes – démocratisation de la culture et démocratie culturelle – pourront évidemment coexister. Entre les deux conceptions, le Pacte ne tranche pas : la « haute » culture doit être rendue accessible, et la culture « populaire » doit être reconnue et respectée. Mais l'évocation des cultures communautaires, minoritaires, voire marginalisées soulève d'autres questions, car elle nous conduit peu à peu sur le terrain de l'exigence identitaire.

1.3 L'exigence identitaire

L'exigence identitaire enrichit la notion de droits culturels : limitée à des « créateurs » et à des « citoyens » qui seraient considérés dans l'abstrait, sans égard à leurs appartenances culturelles, celle-ci risquerait en effet de devenir désincarnée. L'exigence identitaire fait appel à la relation entre l'individu et sa – ou ses – communautés d'appartenance. Elle introduit dans l'analyse une dimension *collective* qui constitue à la fois une chance et un défi. Une chance, souligne Meyer-Bisch, pour qui les droits culturels sont la clé de voûte du système des droits de la personne car, rassemblant les dimensions à la fois individuelles et collectives des droits, ils permettent de tenir compte de « l'indivision de la condition humaine »⁴⁹. L'approfondissement des droits culturels permettrait donc de construire une relation « harmonieuse et dynamique » entre les droits de l'individu et les droits des communautés⁵⁰. Mais un défi aussi, car une trop grande déférence envers ces appartenances collectives risque de rompre l'équilibre qui doit exister entre celles-ci et les droits des individus, au détriment de ces derniers.

L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît la dimension identitaire des droits culturels :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

48. G. BELLAVANCE, « La démocratisation, et après ? », dans G. BELLAVANCE (dir.), *Démocratisation de la culture ou démocratie culturelle ? Deux logiques d'action publique*, Sainte-Foy, Institut québécois de recherche sur la culture, 2000, p. 11-25.

49. P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systématique... », *op. cit.*, p. 47.

50. J.-B. MARIE, « Les droits culturels : interface entre les droits de l'individu et les droits des communautés », dans P. MEYER-BISCH (dir.), *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 199.

Les observations générales ainsi que la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme de l'ONU fournissent certaines indications quant à la nature et la portée de ce droit. Il ressort que le droit à la vie culturelle doit s'entendre de manière large, et que ce droit est loin de se limiter à l'activité artistique ou scientifique. Au soutien de cette vision de la culture, qui doit beaucoup à l'anthropologie, le Comité a fait observer que « la culture peut revêtir de nombreuses formes » et s'exprimer notamment, particulièrement dans le cas des populations autochtones, par un certain mode de vie traditionnel associé à l'utilisation des ressources naturelles⁵¹. La jurisprudence du Comité est éloquent sur ce point⁵².

Par ailleurs, bien que d'autres dispositions du Pacte puissent fonder des revendications vis-à-vis la sphère publique, l'article 27 implique uniquement le droit d'exercer les activités mentionnées (y compris l'exercice de la religion et l'usage de la langue) *à l'intérieur* du groupe concerné (« en commun », « in community »). Si la structure du texte français laisse planer un doute à l'égard de la langue et de la religion, ce doute est vite dissipé à la lecture du texte anglais :

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, *in community* with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

Il n'est pas moins clair que, bien que les droits consacrés à l'article 27 soient des droits individuels, leur respect dépend de la mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture, sa langue ou sa religion. En ce sens, et malgré la formulation apparemment peu contraignante de l'article 27, les États devront parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité

51. Les personnes appartenant aux populations autochtones pourraient ainsi se réclamer de l'article 27 pour exercer des activités traditionnelles de chasse ou de pêche : *Observation générale n° 23 (1994) sur les droits des minorités*, Comité des droits de l'homme, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, par. 7.

52. Voir : *Kitok c. Suède*, communication individuelle n° 197/1985, constatations du Comité des droits de l'homme adoptées le 27 juillet 1988, Doc. N.U. CCPR/C/33/D/197/1985 (empêchement par la loi d'élever le renne, une activité traditionnelle du peuple sami). Également : *Ominayak et Bande indienne du Lac Lubicon c. Canada*, constatations du Comité adoptées le 26 mars 1990, Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984 (politiques d'expropriation ayant porté atteinte aux activités traditionnelles d'une bande indienne).

des minorités⁵³. Ici encore, la problématique des peuples autochtones a fourni au Comité l'occasion d'expliciter les exigences du Pacte⁵⁴.

Si l'exigence identitaire, nourrie des apports de l'anthropologie, permet de situer les droits culturels dans la perspective de l'être humain « vivant ici et maintenant », elle n'est pas exempte de dangers. Le moindre n'est certes pas celui de voir l'individu faire les frais de cette exigence. Les droits des collectivités finissent alors par primer ceux des personnes qui les composent, lesquelles deviennent prisonnières d'une identité « première » immuable, à laquelle elles ne peuvent échapper (et qui pourra se draper des atours du droit à la « vie culturelle »). Ce danger est particulièrement présent si, pour des raisons qui n'ont pas nécessairement à voir avec l'anthropologie, c'est une vision statique de la culture qui est mise de l'avant⁵⁵.

Face à cette dérive possible, il faut revenir à un principe de base. Selon l'article 5 du Pacte, nul ne peut invoquer une disposition de celui-ci pour se livrer à une activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont garantis. Le Comité des droits de l'homme en a tiré des conclusions limpides, dans une observation générale consacrée à l'égalité des droits entre hommes et femmes où sont clairement énoncées les limites du droit prévu à l'article 27 du Pacte. Le Comité rappelle d'abord les déterminants culturels de l'inégalité entre hommes et femmes :

L'inégalité dont les femmes sont victimes partout dans le monde dans l'exercice de leurs droits est profondément ancrée dans la tradition, l'histoire et la culture, y compris les attitudes religieuses. Le rôle subalterne dévolu aux femmes dans certains pays apparaît

53. *Observation générale n° 23 (1994), op. cit.*, par. 6.2. Également : *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, art. 1^{er} : « Les Etats protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité. [Ils] adoptent les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour parvenir à ces fins. » (Doc. N.U. A/RES/47/135 (1992)).

54. V. par exemple : *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte – Observations finales du Comité des droits de l'homme (Canada)*, 28 octobre 2005, Doc. N.U. CCPR/C/CAN/CO/5, par. 10 (mesures à prendre pour assurer la préservation des langues autochtones).

55. S. HANSEN, *op. cit.*, p. 285. L'auteur souligne qu'à la différence de l'anthropologie moderne, les premières conceptions anthropologiques voyaient la culture comme essentiellement homogène et statique.

dans la fréquence élevée de sélection du fœtus en fonction du sexe et d'avortement quand le fœtus est du sexe féminin. Les États parties doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité devant la loi et à la jouissance sur un pied d'égalité de tous les droits énoncés dans le Pacte.⁵⁶

Il en tire ensuite une conclusion pour la portée de l'article 27 du Pacte :

Les droits que l'article 27 du Pacte reconnaît aux membres des minorités pour ce qui est de leur langue, de leur culture et de leur religion ne sauraient autoriser un État, un groupe ou une personne à violer le droit des femmes d'exercer à égalité avec les hommes tous les droits énoncés dans le Pacte, y compris le droit à l'égale protection de la loi.⁵⁷

En somme, une collectivité peut légitimement prétendre à des droits culturels dans la mesure où ceux-ci correspondent à « une expression collective spécifique qui est indispensable au respect de la dignité et à l'épanouissement de tous ses membres »⁵⁸, mais les expressions culturelles incompatibles avec ces dernières, en revanche, sortent clairement du champ de la protection envisagée par le Pacte⁵⁹.

56. Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 28 (2000) sur l'égalité des droits entre hommes et femmes*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, par. 5.

57. *Ibid.*, par. 32.

58. J.-B. MARIE, *op. cit.*, p. 200.

59. Le mouvement qu'on observe actuellement sur la scène internationale en faveur de la « diversité culturelle » ne contredit pas cette primauté ultime des droits et libertés. Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est en effet l'un des principes directeurs de la récente *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 20 octobre 2005. La Convention entrera en vigueur après sa 30^e ratification (au 1^{er} septembre 2006, elle en comptait sept, dont celle du Canada). L'article 2 prévoit que « nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou pour en limiter la portée ». Dans un tel cas, les droits reconnus aux États par la Convention, notamment celui de formuler et mettre en œuvre des politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles (art. 5), ne trouveront pas application. Le principe de primauté des droits et libertés n'est pas nouveau. Déjà, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 17 octobre 2003 (entrée en vigueur le 20 avril 2006, mais non encore ratifiée par le Canada), qui contient des mesures de sauvegarde, de sensibilisation et de coopération en faveur du patrimoine culturel intangible, prévoit qu'« aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme » (art. 2).

Face à la tentation de réduire l'individu à son appartenance d'origine, par ailleurs, il faut rappeler que l'exigence identitaire doit nécessairement coexister avec l'exigence de liberté culturelle. Si cette dernière a un sens, elle doit comprendre également – outre la liberté des créateurs⁶⁰ – celle pour l'individu de se réclamer d'une ou plusieurs communautés culturelles et de modifier ce choix⁶¹.

2. La place des droits culturels dans la Charte québécoise : quelques constats

Nous l'avons vu en introduction, la *Charte des droits et libertés de la personne* ne réserve aucune place particulière aux droits culturels en tant que tels. On aurait pu s'attendre à ce que la Charte québécoise reconnaisse à tout le moins l'existence de ces droits, en écho à la catégorie des droits culturels déjà présente dans les instruments internationaux⁶². Le « sous-développement » des droits culturels contribua sans doute à ce qu'ils ne figurent pas dans la Charte. Mais il faut ajouter qu'en 1975, le Québec, plongé dans un psychodrame collectif autour du statut de la langue française, préféra dissocier le débat linguistique de la protection des droits et libertés⁶³. Ce geste – politiquement habile dans la mesure où il facilita l'adoption éventuelle de la Charte, en évacuant du débat un aspect potentiellement explosif⁶⁴ – contribua

60. V. plus haut (1.1).

61. Voir en ce sens la *Déclaration de Fribourg*, *op. cit.*, art. 4 : « Toute personne a la liberté de choisir de se référer ou non à une ou plusieurs communautés culturelles, sans considération de frontières, et de modifier ce choix ». Le concept de liberté culturelle est au centre des analyses de l'économiste Amartya SEN. Voir : *Identity and Violence : The Illusion of Destiny*, New York, Norton, 2006. Dans un récent rapport sur le développement humain, le Programme des Nations Unies pour le développement, s'inspirant des travaux de Sen, définit la liberté culturelle comme le fait de donner aux individus la liberté de choisir leurs identités et de mener les vies qu'ils tiennent à avoir, sans être exclus d'autres choix qui sont importants à leurs yeux, comme ceux relatifs à l'emploi, à l'éducation ou à la santé. Voir : *La liberté culturelle dans un monde diversifié. Rapport mondial sur le développement humain 2004*, PNUD ; Paris, Economica, 2004, p. 6.

62. Le projet de charte contenu dans le rapport Scott-Crépeau, remis au ministre de la Justice en 1971, comprenait un chapitre intitulé « Droits culturels et sociaux ». Ce chapitre incluait des dispositions concernant la vie culturelle des minorités ethniques mais aussi l'éducation, notamment le droit pour les parents de choisir pour leurs enfants le français ou l'anglais comme langue d'enseignement dans les écoles publiques (art. 38). *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne / Report on a Draft Bill Concerning Human Rights and Freedoms* (25 juillet 1971).

63. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 8.

64. A. MOREL, *loc. cit.* Sur le contexte sociopolitique dans lequel la Charte fut adoptée, voir : L. LAURIN, *Des luttes et des droits : Antécédents et histoire de la Ligue des droits de l'Homme de 1936 à 1975*, Montréal, Méridien, 1985, p. 103.

peut-être involontairement à écarter par association l'ensemble des droits culturels des travaux qui devaient mener à l'adoption de la Charte. En tout cas, les débats parlementaires ne portent aucune trace d'une quelconque préoccupation pour la thématique des droits culturels, comme si, dans ce silence commode, les acteurs politiques de l'époque avaient trouvé leur compte⁶⁵.

En l'absence de dispositions consacrées spécifiquement aux droits culturels (à l'exception de l'article 43, sur lequel nous reviendrons plus loin), c'est sur la base de la jurisprudence que l'on peut se faire une idée de la place que ces droits occupent dans l'univers de la *Charte québécoise*. Comme nous le verrons, cette place n'est souvent perceptible qu'en filigrane, dans la portée ou le sens donné à certaines dispositions de la Charte. Malgré tout, il est possible de décrire cette place en trois brefs constats, que nous ferons en nous référant aux exigences identifiées dans la section précédente, soit l'exigence de liberté culturelle, l'exigence d'accès et de participation à la vie culturelle et l'exigence de respect des identités culturelles.

2.1 Une présence discrète : la liberté culturelle

Sans faire l'objet de dispositions propres dans la Charte québécoise, la liberté des créateurs découle implicitement de certaines autres dispositions. Dans l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, la Cour suprême du Canada confirme que l'expression artistique relève essentiellement de la liberté d'expression, une liberté fondamentale garantie par l'article 3 de la Charte⁶⁶. La Cour était appelée à dire si l'expression artistique – en l'espèce, la publication par un magazine culturel de la photographie d'une jeune femme, prise sans son consentement dans un lieu public – était une exception légitime au droit au respect de la vie privée, droit également reconnu par la Charte. La Cour a refusé de créer un régime d'exception propre à l'expression artistique, préférant subsumer celle-ci sous la garantie générale de la liberté d'expression :

65. Les débats parlementaires ne contiennent aucune mention des droits culturels, aussi bien en séance plénière qu'en commission parlementaire. Seule disposition de la Charte à reconnaître un droit de nature culturelle, l'article 43 (numéroté 42 dans le projet de loi initial) fut adopté sans discussion lors de l'étude article par article. *Journal des débats*, 30^e lég. (3^e sess.), Commission permanente de la justice, 26 juin 1975, p. B-5122.

66. *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591.

Nous croyons que la liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique. [...] Il n'y a donc pas lieu de créer une catégorie particulière pour tenir compte de la liberté d'expression artistique. L'expression artistique n'a pas besoin d'une catégorie spéciale pour se réaliser. Il n'y a pas, non plus, de justification pour lui attribuer un statut supérieur à la liberté d'expression générale.⁶⁷

La Cour se montrait ici logique avec elle-même. En effet, toutes ses décisions en la matière se caractérisent par une conception ouverte, axiologiquement neutre de la liberté d'expression. Est expressive l'activité, non violente, « qui transmet ou tente de transmettre un message »⁶⁸ : cette conception confère une protection constitutionnelle à des formes d'expression diverses sans égard au contenu du message véhiculé : de la sollicitation à des fins de prostitution⁶⁹ à la publication de sondages en période électorale⁷⁰, en passant par l'affichage commercial⁷¹, la distribution de tracts dans un aéroport⁷², l'obscénité⁷³, la propagande haineuse⁷⁴, la publicité s'adressant aux enfants⁷⁵ ou encore le piquetage de grévistes⁷⁶, pour ne citer que ces quelques exemples. L'expression artistique tombe certainement dans le champ d'une protection aussi large, bien que la Cour, toujours conséquente, refuse de lui accorder un degré particulier de protection à ce stade de l'analyse. Il ne fait aucun doute, à notre avis, que l'expression scientifique jouirait de la même protection.

La constance de la Cour sur ce point n'élimine pas la nécessité de s'interroger sur d'autres aspects. En matière de création artistique ou scientifique, la liberté d'expression se limite-t-elle au seul acte de s'exprimer ? Dans l'affaire *Videoflicks*, la Cour d'appel de l'Ontario affirmait que la liberté d'expression s'étendait à toutes les phases de l'expression, du créateur jusqu'à l'auditeur

67. *Ibid.*, par. 55. La Cour invoque aussi le « droit du public à l'information » (par. 57), sans toutefois qu'il soit clair que ce droit correspond bien au « droit de toute personne à l'information, dans la mesure prévue par la loi » dont parle l'article 44 de la Charte.

68. *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 969.

69. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

70. *Thomson Newspapers c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

71. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

72. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

73. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

74. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

75. *Irwin Toy*, précitée, note 68.

76. *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

ou spectateur, en passant par le fournisseur, le vendeur et le locateur⁷⁷. Bien que formulées dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces remarques présentent un intérêt pour la portée de la liberté culturelle en contexte juridique québécois. Comme nous l'avons indiqué dans la section précédente, la liberté de création repose sur un processus de création qui mérite protection en lui-même, bien que ce processus ne conduise pas toujours à un « produit » culturel. En considérant l'expression artistique comme un continuum, les remarques du tribunal ontarien suggèrent que les divers éléments de ce processus – ceux qui précèdent l'expression proprement dite, aussi bien que ceux qui la suivent – pourraient un jour être formellement reconnus comme bénéficiant de la liberté d'expression garantie par la Charte québécoise.

Notons que dans la mesure où elle relève de la liberté d'expression, la liberté des créateurs s'exerce dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens, comme le prévoit l'article 9.1 de la Charte. Cette règle qui rappelle les limites potentielles de la liberté de création fournit également une indication de la manière d'interpréter l'étendue des libertés et droits fondamentaux dans les rapports privés⁷⁸. Toutefois, elle ne dispense aucunement ceux qu'indisposerait une activité artistique, et qui désireraient faire interrompre celle-ci en ayant recours aux tribunaux, de démontrer que cette activité leur cause un préjudice direct et personnel, distinct de celui d'une collectivité⁷⁹.

2.2 Un accès et une participation encadrés par le droit à l'égalité

L'accès et la participation à la vie culturelle ne font l'objet d'aucune disposition particulière dans la Charte québécoise (à l'exception toujours de l'article 43). La Charte n'envisage la question de l'accès et de la participation que sous un seul angle, celui de la discrimination. Dans la mesure où des « biens ou services ordi-

77. *R. c. Videoflicks*, (1985) 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.), conf. à [1986] 2 R.C.S. 713, *sub nom. R. c. Edwards Books and Art*, [1986] 2 R.C.S. 713. (En l'espèce, la Cour faisait face à une revendication fondée sur la liberté d'expression présentée par une entreprise de location de vidéos.)

78. *Ford c. Québec (Procureur général)*, précitée, note 71, par. 63.

79. *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau Monde*, [1979] C.A. 491 (à propos de la pièce de théâtre « Les Fées ont soif »). Autorisation d'appeler refusée : [1980] 1 R.C.S. ix.

nairement offerts au public »⁸⁰ sont en cause, l'accès et la participation à la vie culturelle sont alors visés par l'article 12, suivant lequel nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet de tels biens ou services. L'article 15 ajoute que nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux lieux publics (tels « les théâtres et cinémas », précise la Charte) et d'y obtenir les biens et les services, y compris les biens et services culturels, qui y sont disponibles.

C'est l'accès aux services éducatifs – un domaine où entre aussi en jeu l'article 40 de la Charte, qui prévoit le « droit à l'instruction publique gratuite, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi » – qui fournit les illustrations les plus concrètes, peut-être, de l'application du droit à l'égalité en matière d'accès et de participation à la vie culturelle. Nous en donnerons deux exemples. En matière d'intégration scolaire des enfants présentant une déficience intellectuelle, une lecture combinée de la Charte et de la *Loi sur l'instruction publique*⁸¹ a conduit à conclure que l'exclusion *automatique* des élèves présentant une déficience intellectuelle des classes ordinaires pouvait constituer une forme de discrimination fondée sur le handicap⁸². La Cour d'appel a mis en lumière le fait que « les mesures d'adaptation qui permettent à l'élève handicapé de recevoir des services adaptés dans la classe ordinaire constituent [...] les mesures les plus aptes à atteindre le respect effectif du droit à l'égalité dans l'obtention des services éducatifs »⁸³. Dans un autre domaine, le droit à l'égalité dans l'accès aux services éducatifs est potentiellement compromis par les règlements d'école qui modulent l'accès à ces services en fonction de critères qui sont directement ou indirectement reliés à la religion. Selon la Charte, de tels règlements (par exemple, ceux

80. Dans *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, la Cour suprême énonce un critère dit relationnel qui tient compte de la nature du service concerné. « Chaque service a son propre public et, une fois que ce « public » a été défini au moyen de critères d'admissibilité, la Loi interdit d'établir des distinctions au sein de ce public » (p. 391). Un service n'a donc pas à s'adresser à l'ensemble de la collectivité pour être « offert au public ».

81. *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3.

82. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), p. 1245 ; *Commission scolaire régionale de Chauveau c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [1994] R.J.Q. 1196 (C.A.). Un jugement de la Cour suprême du Canada dans une affaire ontarienne reconnaît la classe ordinaire comme norme. Toutefois, ce jugement refuse d'établir une présomption de *jure* en faveur de l'inclusion : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

83. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), p. 1245.

qui interdisent le port de vêtements ou d'accessoires religieux) peuvent porter atteinte, de manière discriminatoire, tant au droit à l'instruction publique qu'à la liberté de religion : ils doivent alors faire l'objet d'accommodements raisonnables⁸⁴ en faveur des élèves touché(e)s⁸⁵.

L'existence de l'obligation d'accommodement raisonnable appelle certaines remarques quant au lien entre celle-ci et la culture. Au delà du fait que la spécificité des droits culturels n'est pas explicitement reconnue par la Charte, il faut prendre acte, en effet, d'une reconnaissance de la dimension culturelle des droits et libertés de la personne, notamment en matière religieuse. On sait qu'une simple coutume est désormais susceptible d'être protégée par les dispositions de la Charte protégeant la liberté de religion, même en l'absence d'un fondement religieux objectif⁸⁶. Plus spécifiquement, l'obligation d'accommodement raisonnable impose la prise en considération de pratiques ou rituels religieux dont les fondements culturels se trouvent alors à bénéficier d'une protection indirecte, liée au droit à l'égalité⁸⁷.

84. Cette obligation est un corollaire du droit à l'égalité en droit canadien et québécois. *Commission ontarienne des droits de la personne c. O'Malley*, [1985] 2 R.C.S. 536 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

85. Voir : QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Le port du foulard islamique dans les écoles publiques », avis juridique, *op. cit.*, note 87. Dans le même sens : Christian BRUNELLE et Ghislain OTIS, « La Charte québécoise et la tenue vestimentaire à l'école : faut-il un accommodement sur mesure ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit scolaire* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 87 ; et : Pierre BOSSET, « Le port du foulard islamique en milieu scolaire », dans *Congrès du Barreau 1995 (Actes)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 781-807. La port du kirpan à l'école fait l'objet d'un jugement de la Cour suprême du Canada (*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, 2 mars 2006) qui va aussi dans ce sens. Toutefois, ce jugement se fonde sur la garantie constitutionnelle de la liberté religieuse, et non sur le droit à l'égalité garanti par la Charte québécoise en tant que tel.

86. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 68. La Cour formule ainsi cette question rhétorique : « Le yarmulka juif et le turban sikh sont-ils moins dignes d'être reconnus simplement parce que leur port pourrait découler d'une coutume religieuse plutôt que d'une obligation ? [...] Sûrement pas. » Pour retenir une telle conception de la portée de la liberté religieuse, axée sur la sincérité des convictions religieuses personnelles, la Cour se fonde sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu, ainsi que sur l'idée que l'État est mal placé pour agir comme arbitre des dogmes religieux. (*Amselem*, par. 41 et 50). La Charte québécoise garantit la liberté fondamentale de religion à son article 3.

87. Voir, à ce titre, le port du hidjab ou « voile islamique », artefact culturel dont le caractère religieux est souvent contesté. Le port du hidjab dépend aussi de facteurs ethniques, politiques, éducatifs, voire climatiques. Il peut être revendiqué par une croyante, sur une base individuelle, en se fondant sur l'obligation d'accommodement raisonnable. Voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Le port du foulard islamique

Par ailleurs, dans la mesure où l'obligation d'accommodement raisonnable est inhérente au droit à l'égalité⁸⁸ et où ce dernier est lui-même un droit transversal implicitement inclus dans chacun des droits garantis⁸⁹, l'obligation d'accommodement raisonnable a inévitablement un impact sur chaque disposition de la Charte. Les accommodements raisonnables sont accordés sur la base de droits individuels et ne constituent pas des droits collectifs reconnus aux groupes culturels ou religieux (ce qui justifie de les traiter ici séparément de la dimension identitaire)⁹⁰. Néanmoins, via l'obligation d'accommodement raisonnable, la Charte garantit en quelque sorte à l'individu le droit d'exercer ses droits et ses libertés en « apportant avec lui » des aspects de sa culture. On se rapproche ici du concept d'adéquation ou d'acceptabilité culturelle⁹¹. Constatons cependant, ici, l'omniprésence de l'aspect religieux : comme si la religion prétendait incarner à elle seule toutes les dimensions de la culture, les autres motifs de discrimination prévus par la Charte québécoise et qui présentent un lien avec la culture (la race, la couleur et l'origine ethnique ou nationale, ainsi que la langue) n'ont donné lieu, à ce jour, à aucune décision judiciaire fondée sur l'obligation d'accommodement raisonnable.

Notons pour terminer que les limites d'une approche fondée uniquement sur l'interdiction de la discrimination deviennent manifestes lorsque la difficulté d'accéder à la vie culturelle est due, comme elle peut souvent l'être, au manque de ressources financières. On sait que, si le droit à l'égalité reconnu par la Charte québécoise interdit d'exercer une discrimination fondée sur la condition sociale, il n'est pas interdit de tenir compte de la capacité de payer dans l'accès à des biens ou services offerts au public⁹². Bien que la pauvreté soit généralement un facteur qui rend difficile l'accès aux activités culturelles, par exemple les

dans les écoles publiques », avis du 21 décembre 1994, reproduit dans : *Le pluralisme religieux au Québec, un défi d'éthique sociale*, Montréal, La Commission, 1995.

88. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

89. *CS St-Jean-sur-Richelieu c. CDP*, précitée, note 82.

90. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse*, février 2005, p. 15.

91. V. plus haut (1.2).

92. Par contre, on ne peut se fonder sur un motif de discrimination interdit (comme la condition sociale) pour présumer de l'incapacité de payer. Voir : *Commission des droits de la personne c. J.M. Brouillette Inc.*, (1996) 34 C.H.R.R. D/495 (T.D.P.).

arts⁹³, le droit à l'égalité ne pourra donc être invoqué par une personne dont les moyens financiers ne lui permettraient pas d'assister ou de participer à une manifestation artistique ou culturelle. L'absence d'une disposition engageant les pouvoirs publics à favoriser l'accès et la participation à la vie culturelle, sur le modèle du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, est probablement une lacune de la Charte, encore que d'aucuns verront dans le droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, reconnu par l'article 45 de la Charte à toute personne dans le besoin, l'équivalent implicite d'une telle disposition.

2.3 Une dimension identitaire limitée

La dimension identitaire des droits culturels fait appel à la relation entre un individu et une communauté d'appartenance. Comme on le sait, les liens d'appartenance potentiels de l'individu sont multiples⁹⁴. Or, dans la Charte québécoise, la relation d'appartenance collective n'est appréhendée que sous l'angle de l'ethnicité. En effet, seules les personnes appartenant à une minorité ethnique⁹⁵ s'y voient explicitement reconnaître un droit ayant la culture pour objet. Il s'agit du droit que l'article 43 reconnaît en ces termes, au chapitre « Droits économiques et sociaux » :

Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe.

Comme l'ensemble des dispositions figurant dans le chapitre relatif aux droits économiques et sociaux, l'article 43 n'est pas de

93. Hélène TESSIER, « Lutte contre la pauvreté : question de droits de la personne et mesure de prévention contre une violence systémique à l'égard des enfants », (1996) 37 *C. de D.* 475, 494.

94. « Les individus peuvent avoir, et ont, des identités multiples qui sont complémentaires – appartenance ethnique, langue, religion et race, de même que citoyenneté » : PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2004*, op. cit., p. 2.

95. Le sens des mots « minorités ethniques » n'est pas défini. On peut penser que ces mots font appel à un critère numérique (le rapport à une majorité) mais aussi à un critère qualitatif. Dans *Campisi c. Québec (Procureur général)*, [1977] C.S. 1067 (inf. en partie à [1978] C.A. 520, mais pour d'autres raisons), seule décision publiée portant sur l'interprétation de l'article 43, le juge Deschênes se fonde sur leur « tradition immémoriale de puissance économique et culturelle » pour conclure que les anglophones du Québec ne sont pas titulaires du droit mentionné à l'article 43 (à la p. 1075). Dans son esprit, les mots « minorités ethniques » signifient les « groupes ethniques ».

ceux qui bénéficient d'une primauté sur la législation contraire⁹⁶. Il n'est pas pour autant dénué d'effets juridiques, notamment dans les rapports de droit privé⁹⁷. L'article 43 interdit certainement aux particuliers de porter atteinte au droit qu'ont les membres des minorités ethniques de mener en commun leur vie culturelle. Par exemple, la perturbation d'une manifestation culturelle ethnique par les membres d'un mouvement raciste serait susceptible de donner ouverture à un recours fondé sur l'article 43, combiné à l'article 10, qui interdit la discrimination⁹⁸. L'inaction de l'État face à une telle perturbation pourrait même engager sa responsabilité, dans la mesure où il pourrait s'agir là d'un manquement grave à l'obligation de protéger l'exercice de ce droit à l'encontre des tiers.

En revanche, il est moins certain que l'article 43 entraîne des obligations positives pour les pouvoirs publics consistant, par exemple, à soutenir matériellement ou financièrement le développement culturel d'une minorité ethnique. Le jugement de la Cour suprême dans *Gosselin c. Procureur général du Québec*, où les limites des droits économiques et sociaux reconnus par la Charte sont assez bien tracées, milite *a priori* contre une telle obligation⁹⁹. Observons, néanmoins, qu'à la différence d'autres droits économiques et sociaux, l'article 43 ne comporte aucune limite intrinsèque du type « dans la mesure prévue par la loi », facteur qui justifierait – peut-être – une interprétation plus contraignante pour les pouvoirs publics.

L'article 43 trouve sa source dans l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont il fut question plus haut. Toutefois, contrairement au Pacte, le législateur québécois ne fait pas référence aux minorités religieuses et linguistiques, ni (explicitement) au droit de professer ou de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue. Cette dernière omission n'entraîne probablement pas de graves conséquences juridiques, le droit à la vie culturelle étant suffisamment large pour comprendre des dimensions religieuses et linguistiques¹⁰⁰.

96. Cette primauté est réservée aux articles 1 à 38 (art. 52).

97. Sur l'application des droits économiques et sociaux aux rapports privés, voir : P. BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte québécoise ? », *op. cit.*, p. 590-591 et la jurisprudence citée.

98. P. BOSSET, « Les mouvements racistes et la Charte des droits et libertés de la personne », (1994) 35 *C. de D.* 583, 611.

99. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, précitée, note 3.

100. V. plus haut (1.2 et 2.2).

En revanche, l'absence des minorités religieuses et linguistiques soulève la question de savoir si les personnes qui appartiennent à de telles minorités ne devraient pas un jour figurer parmi les titulaires du droit dont parle l'article 43 de la Charte¹⁰¹.

On pourrait avancer que l'article 10 de la Charte, en interdisant la discrimination fondée sur la religion et sur la langue, atteint de toute manière les objectifs visés par l'article 27 du Pacte. Mais une telle interprétation méconnaît la portée que le Comité des droits de l'homme de l'ONU donne à cette dernière disposition, tel qu'il l'a indiqué en avril 1994 dans une observation générale¹⁰². Dans ce document, le Comité souligne en effet que l'article 27 du Pacte « énonce des droits dont la protection impose aux États parties des obligations spécifiques. La protection de ces droits vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées, contribuant ainsi à enrichir l'édifice social dans son ensemble. En conséquence le Comité fait observer que ces droits doivent être protégés en tant que tels et ne doivent pas être confondus avec d'autres droits individuels conférés conformément au Pacte à tous et chacun »¹⁰³. En particulier, le Comité insiste sur le fait que les droits des minorités ne doivent pas être confondus avec le droit à l'égalité (interdiction de la discrimination) conféré par l'article 26 du Pacte.

À l'évidence, l'article 27 du Pacte vise donc davantage que l'interdiction de la discrimination à l'endroit des minorités ethniques, religieuses ou culturelles. Il invite l'État partie au Pacte à mettre en cohérence ses politiques en matière de langue, de religion et de culture et, au besoin, à prendre des mesures positives, de manière à ce que les groupes minoritaires au sein de la société puissent préserver leurs spécificités. L'extension du droit reconnu par l'article 43 aux personnes appartenant aux minorités religieuses et linguistiques, comme toute modification éventuelle de la Charte, supposerait un choix politique, mais ce choix devrait être fait en gardant à l'esprit les engagements internationaux du

101. V. en ce sens la recommandation formulée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans le bilan qu'elle dressait des 25 premières années de la Charte : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1 (Bilan et Recommandations), Montréal, La Commission, 2003, p. 37-39 (recommandation 8).

102. Voir : *Observation générale n° 23 (1994)*, *op. cit.*, note 51.

103. *Ibid.*, par. 9.

Québec, ainsi que l'objet même du droit en question, qui est de permettre l'exercice de la vie culturelle des minorités à l'intérieur du groupe concerné et non dans la sphère publique¹⁰⁴.

Conclusion

Élusifs au point de paraître parfois insaisissables, les droits culturels posent des défis uniques pour l'analyse et la réflexion. Ils sont également susceptibles d'avoir des conséquences importantes pour l'action. Si l'on veut donner corps à ces droits, qui participent de la dignité humaine au même titre que les autres éléments « indivisibles et indissociables » qui forment le *corpus* des droits et libertés, l'approfondissement de la notion de droits culturels devient une nécessité. Cet approfondissement permet, non seulement d'explicitier la notion de droits culturels proprement dite, mais aussi de mettre en lumière le déterminant culturel des autres droits et libertés¹⁰⁵.

Dans le cas spécifique de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, l'absence de ces droits en tant que catégorie propre met en lumière un paradoxe. En effet, bien qu'en tant que catégorie de droits, les droits culturels soient inexistant dans la Charte, ils sont intimement liés à d'autres droits ou libertés, au point d'influencer leur application, voire leur interprétation. Être nulle part et partout à la fois : telle est peut-être, au fond, la place des droits culturels dans la Charte québécoise des droits et libertés.

104. V. plus haut (1.3).

105. P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l'homme ? », dans *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, op. cit., p. 12.

L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne : récit d'une trajectoire*

Marie-France BUREAU et Jacques PAPY¹

INTRODUCTION	111
I- LA LIBERTÉ D'ÊTRE (1975-1977)	114
A- Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	114
1. La situation des gais et des lesbiennes	114
2. Formulation des prétentions	117
B- La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	119
1. Motivations pour agir	119
2. Préoccupations de légitimité	120
II- L'ÉGALITÉ ET L'ÉMERGENCE DU CITOYEN (1977-1993).	122
A- Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	122
1. La situation des gais et des lesbiennes	122

1. Marie-France Bureau est chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. Elle enseigne le droit de la famille et complète son doctorat à l'Université McGill. Jacques Papy est avocat et doctorant à l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier chaleureusement les personnes ayant accepté de répondre à leurs questions et de contribuer ainsi à documenter une histoire trop peu connue. Ils tiennent également à exprimer leur gratitude à Line Chamberland pour ses précieux conseils ainsi qu'à Véronique Fortin pour la sagacité et la rapidité de ses commentaires éditoriaux. Finalement, ils souhaitent remercier Annie Rochette pour ses conseils relatifs à la recherche qualitative et pour ses précieuses suggestions.

2.	Formulation des prétentions	124
B-	La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	125
1.	Motivations pour agir	125
2.	Préoccupations de légitimité	126
III-	LA FRATERNITÉ ET L'ACCUEIL AU SEIN DES INSTITUTIONS (1994-2002)	129
A-	Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	129
1.	Situation des gais et des lesbiennes.	129
2.	Formulation des prétentions	130
B-	La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne	133
1.	Motivation pour agir.	133
2.	Préoccupations de légitimité	134
	CONCLUSION	135
	ANNEXE.	140

Democracy does not speak in unison ; its tunes are dissonant and necessarily so. It is not a predicable process ; it must be undergone, as a passion must be undergone. It may also be that life itself become foreclosed when the right way is decided in advance, or when we impose what is right for everyone, without finding a way to enter into community and discover the “right” in the midst of cultural translation. It may be that what is “right” and what is “good” consist in staying open to the tensions that beset the most fundamental categories we require, to know unknowingness at the core of what we know, and what we need, and to recognize the sign of life – and its prospects.²

INTRODUCTION

Pour les fins de cet article il nous a été suggéré d'étudier l'incidence de l'ajout de l'orientation sexuelle à l'article 10 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* (ci-après la « Charte »), sur la reconnaissance de la conjugalité et de la parentalité des gais et lesbiennes. Un rapide tour d'horizon nous a permis de constater qu'il a fallu près de 25 ans après cette inclusion pour que celle-ci soit pleinement acquise en droit et que les réformes qui y ont mené ont été principalement le fait du législateur.

La consultation d'ouvrages, de mémoires et d'autres travaux scientifiques sur la question, de même qu'une revue de certains travaux parlementaires et d'archives de presse concernant les droits des gais et lesbiennes depuis l'adoption de la Charte, nous a convaincus que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une norme évolutive, qui n'a en rien été figée ou prédéterminée au moment de son adoption en 1977.

Nous nous sommes donc interrogés sur le sens de cette norme en portant une attention particulière aux facteurs qui ont conditionné sa transformation. En nous inspirant du courant théorique de l'herméneutique juridique, nous nous sommes demandé quelles étaient les conditions de recevabilité des demandes émanant d'un groupe minoritaire. Dans son ouvrage intitulé « Quand les minorités font la loi »³, Andée Lajoie montre que la

2. J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York and London, Routledge, 2004, p. 226 et 227.

3. A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

zone d'intersectionnalité dans laquelle les valeurs des minorités sociales et les valeurs dominantes se superposent, conditionne l'étendue de la reconnaissance des valeurs minoritaires par le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique (même si le seuil est différent pour ce dernier), du fait des contraintes de légitimité⁴.

La professeure Lajoie conclut que certaines « valeurs fétiches » comprises dans les valeurs dominantes, comme le mariage et la famille, restent inaccessibles aux homosexuels. L'étude d'Andrée Lajoie a été principalement axée sur la législation fédérale et les décisions de la Cour suprême et s'est arrêtée en 2002, alors qu'au Québec, la loi sur l'union civile et la réforme des règles de filiation était en discussion devant l'Assemblée nationale.

Dans les sociétés occidentales pluralistes contemporaines, le législateur est subordonné à plusieurs ordres de contrainte qui conditionnent la légitimité et l'effectivité des lois qu'il adopte. Ces ordres de contrainte sont articulés notamment autour de la surdétermination, des priorités du gouvernement et des autres formes de représentation de l'opinion qui transportent la délibération publique à l'extérieur de l'enceinte parlementaire.

Gérard Timsit décrit la surdétermination comme l'efficace des valeurs dominantes. Le champ de ces valeurs dominantes définit le périmètre dans lequel le législateur peut reconnaître les valeurs minoritaires à un moment donné⁵. Plus il s'éloigne de ce périmètre, plus la légitimité et l'effectivité de la loi seront remises en question par les groupes dominants qui refuseront d'être soumis (même de manière symbolique) à des normes auxquelles ils n'adhèrent pas⁶. C'est ce qui explique que certaines « valeurs fétiches » restent hors de la portée des minorités⁷.

Les principes de l'école européenne de l'herméneutique juridique et le travail d'analyse du discours judiciaire effectué au

4. *Ibid.*, à la p. 179.

5. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991. Il explique dans cet ouvrage que le champ dans lequel est opéré le décodage de la norme est « en fait l'ensemble des principes, idées, valeurs, croyances ou usages auxquels adhèrent les membres d'une société et qui commandent à leurs comportements, leurs réactions et leurs interprétations – une culture, pour tout dire. C'est cette culture qui surdétermine en définitive les analyses auxquelles se livrent les destinataires de la loi et en oriente, en dernier ressort, la détermination du sens finalement conféré et reconnu à la loi ».

6. A. LAJOIE, *supra*, note 3, à la p. 179.

7. *Ibid.*, à la p. 144.

Québec par André Lajoie et d'autres auteurs⁸ concernant la reconnaissance des droits des minorités sociales ont conditionné notre hypothèse. Nous pensions que la norme n'avait pas pu être interprétée en faveur de la reconnaissance de la conjugalité et de la parentalité des gais et lesbiennes tant que l'opinion publique, ou « l'auditoire universel », pour paraphraser Perelman, n'était pas prête à accepter une telle reconnaissance.

Afin de vérifier notre hypothèse, il nous a semblé qu'une simple analyse des réformes du droit positif ne mettrait pas complètement à jour le processus complexe de transformation du sens de la norme dans son contexte socio-historique. C'est la raison pour laquelle, afin de comprendre la trajectoire de la norme, sa portée et l'évolution de sa signification depuis l'adoption de la Charte, il nous est apparu indispensable de consulter directement les acteurs ayant contribué aux réformes juridiques et aux débats sociaux concernant la reconnaissance du droit à l'égalité des gais et lesbiennes.

Nous avons donc procédé à une série d'entrevues semi-dirigées avec des hommes politiques, des militants de la communauté gaie et lesbienne et un avocat de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse (ci-après la « Commission »)⁹. Leur position de témoins privilégiés et d'acteurs directement impliqués dans les phénomènes sociaux qui nous intéressent nous a permis d'entrevoir les interactions entre les différents protagonistes et la perception qu'ils avaient du rôle de la norme dans l'évolution des réformes.

Bien que nos sources soient limitées à six entrevues d'une durée d'une heure à une heure trente, et malgré la rareté des ressources documentaires et historiques, notre recherche apporte néanmoins un éclairage intéressant sur la question. Et ce, en grande partie parce que nous avons pu obtenir le point de vue des acteurs, ceux-là mêmes qui ont œuvré au sein des organisations et des institutions concernées et qui représentent la mémoire

8. A. LAJOIE, « Dans l'angle mort de l'analyse systémale », dans G. TIMSIT et N. BELLOUBET-FRIER, *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, xxiv, 622A ; A. LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 ; A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002 ; A. LAJOIE, E. GÉLINEAU et R. JANDA, « When silence is no longer acquiescence : Gays and Lesbians under Canadian law », (1999) *Revue Canadienne Droit et Société* 101-126.

9. Voir les renseignements concernant les personnes interviewées ainsi que les lignes directrices utilisées pour les entrevues en annexe.

vivante de cette aventure des 30 dernières années liant tant bien que mal une minorité sociale, ses aspirations, la Charte et l'État québécois.

Nous avons divisé l'article en trois parties de manière à illustrer les trois paradigmes que nous avons identifiés dans le processus de reconnaissance de la parentalité et de la conjugalité des gais et lesbiennes.

Nous avons intitulé le premier paradigme « La liberté d'être ». Il correspond à l'aspiration des gais et des lesbiennes à être reconnus comme un groupe méritant protection contre la violence, en réaction à la stigmatisation dont ils faisaient l'objet et disposant du droit de vivre à l'abri de la répression.

Le deuxième paradigme a pour titre « L'égalité et l'émergence du citoyen ». Il correspond à la volonté des gais et des lesbiennes de dénoncer la violence dont ils étaient toujours l'objet, mais aussi d'obtenir une écoute sociale face à des préoccupations qu'ils peinaient à nommer et qui concernaient aussi le droit à l'égalité.

Le troisième paradigme est intitulé « La fraternité et l'accueil au sein des institutions ». Il correspond à la confiance dans l'État et à un sentiment de légitimité acquis à la suite du dialogue social entrepris à la période précédente et qui s'exprime dans le désir d'être accueilli sur une base d'égalité dans les institutions sociales, y compris celles apparemment réservées à la majorité hétérosexuelle.

I- LA LIBERTÉ D'ÊTRE (1975-1977)

A- Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. La situation des gais et des lesbiennes

En 1968, lors du débat sur la décriminalisation de l'homosexualité, les résultats d'un sondage Gallup montraient que 41 p. cent des personnes interrogées considéraient que l'homosexualité devait rester un crime contre 42 p. cent qui étaient de l'opinion contraire¹⁰. En octobre 1974, lorsque le gouvernement libéral de

10. *Adult Express Views on Laws Regarding Homosexuality*, 14 septembre 1968, The Gallup Report.

Robert Bourassa présenta le projet de Charte québécoise des droits, l'homosexualité n'était plus un crime au Canada depuis seulement cinq ans et n'était plus « officiellement » considérée comme une maladie en Amérique du Nord depuis seulement un an¹¹.

Les gais et les lesbiennes étaient encore considérés avant tout comme des créatures sexuelles. Leur image était celle de « dépravés » à la sexualité honteuse. Il leur était difficile de révéler publiquement leur orientation sexuelle, eu égard aux conséquences que cela aurait pu entraîner dans leur vie (notamment le congédiement) ou des formes diverses de violence (pouvant aller jusqu'à des menaces à l'intégrité physique). Par exemple, en entrevue, Claude Charron nous a déclaré que bien qu'il n'ait pas, à l'époque, publiquement révélé son orientation sexuelle, celle-ci était connue du cercle politique. Conséquemment, alors qu'il était député de l'opposition¹², il se faisait régulièrement « traiter de fifi et de tapette » par certains députés libéraux lorsqu'il prenait la parole à l'Assemblée nationale¹³.

Le climat d'insécurité qui régnait à l'époque était également le fait de l'action de la police qui effectuait fréquemment des descentes musclées dans les bars gais. Les tabloïds se faisaient l'écho du travail policier et le nom des personnes arrêtées fut souvent publié, avec toutes les conséquences que cela pouvait entraîner pour celles-ci. La répression policière s'intensifia à l'approche des jeux olympiques de 1976 à Montréal, avec la volonté de l'administration municipale de cacher la réalité homosexuelle qu'elle considérait comme honteuse.

-
11. L'American Psychiatric Association, à l'instar de la plupart des associations de santé mentale nord-américaines, cesse de considérer l'homosexualité comme une maladie en 1973 et retire l'homosexualité du DSM-II. Voir : APA Fact Sheet : *Gay, Lesbian and Bisexual Issues*, revised May 2000. SOURCE : <<http://www.healthy-minds.org/glbissues.cfm>>.
 12. Claude Charron a été député du Parti québécois dans la circonscription électorale de Saint-Jacques de 1970 à 1982. Il était membre de l'opposition de 1970 à 1976. SOURCE : <<http://www.assnat.qc.ca/fra/membres/notices/c/charc.htm>>.
 13. Extrait de l'entrevue qu'il nous accordait le 1^{er} mai 2006. Dans son ouvrage autobiographique, Claude Charron témoigne de la difficulté pour un homme gai d'entreprendre « un métier qui parmi tous ceux qui existent est des plus réfractaires, intolérants, à l'égard des minorités sexuelles. J'allais, comme aime le dire le Premier ministre, vivre dangereusement. Dans ce métier, le danger qui vous entoure, l'interdit qui vous pèse et le plafond qui vous est fait dès que vous vous y risquez ne conduisent guère à la fierté d'être différent des autres ». C. CHARRON, *Désobéir*, Montréal, VLB éditeur & Claude Charron, 1983, p. 119.

Une précision d'ordre terminologique s'impose ici. Nous avons retenu le terme « communauté » pour des raisons de commodité, cependant il faut mentionner qu'il existait et il existe toujours des clivages importants entre les différents groupes. Ces clivages s'exprimaient à cette époque principalement selon des lignes linguistiques et sexuelles¹⁴. Par ailleurs, en dépit des divisions, tous les témoignages que nous avons entendus dénotent l'importance de la vie associative à cette époque pour l'ensemble des groupes gais et lesbiens.

Ainsi, d'une part, la communauté gaie anglophone, formée en partie d'Ontariens et d'Américains fuyant la guerre du Vietnam, était active et organisée au début des années 70, et comportait plusieurs organisations communautaires qui gravitaient autour de l'Université McGill, dans la tradition militante anglo-américaine.

D'autre part, la relative faiblesse de l'activité associative francophone nous a été expliquée par nos interlocuteurs comme étant la conséquence probable de la grande implication des gais et lesbiennes dans le mouvement syndical, nationaliste et féministe¹⁵. Ces organisations représentaient alors pour eux le progrès social, l'ouverture et le meilleur espoir d'accueil.

En raison de l'isolement des homosexuels, qui n'étaient ni protégés juridiquement ni reconnus socialement, cette époque de partage d'information et de mise en commun d'expériences permit aux différents groupes de sortir d'une image de honte et de se constituer une identité collective positive. Plusieurs des témoignages que nous avons recueillis confirment que c'est au travers de ces échanges communautaires qu'a pu émerger le sentiment que les gais et les lesbiennes constituaient un groupe social qui méritait à tout le moins une protection contre la violence et la répression.

14. Dans l'ouvrage qu'Irène DEMCZUK a codirigé avec Franck W. REMIGGI, *Sortir de l'ombre, histoire des communautés lesbiennes et gaies de Montréal*, VLB Éditeur, Montréal, 1998, elle consacre une partie de l'introduction à expliquer au lecteur que l'idée d'une communauté gaie et lesbienne unique et homogène ne traduit pas la réalité distincte de la vie des gais et des lesbiennes qui forment, en fait, des « communautés » séparées. Elle rappelle néanmoins qu'on « ne peut ignorer le fait que les gais et lesbiennes de Montréal ont été soumis, aux mêmes formes de contrôle que les institutions sociales ont exercé de façon continue à l'endroit de l'homosexualité », p. 17.

15. R. HIGGINS, *De la clandestinité à l'affirmation, pour une histoire de la communauté gaie montréalaise*, Montréal, Comeau & Nadeau & Ross Higgins, 1999, p. 121 ; I. DEMCZUK et F.W. REMIGGI, *ibid.*, p. 15 et 16.

2. Formulation des prétentions

Au début des années 1970, il n'était nullement question de la reconnaissance des unions gaies et lesbiennes, parce que cela était complètement unimaginable dans l'esprit même des militants. Ce qui semblait clair et partagé par tous les membres de la communauté, nous explique Ross Higgins¹⁶ qui militait activement à cette époque, était le danger lié aux arrestations et à la répression, ainsi que le désir d'obtenir la reconnaissance de leur droit de simplement exister au sein de la société. Leur préoccupation centrale était de mettre fin à la violence dont ils étaient l'objet et de prolonger le processus de décriminalisation par l'affirmation positive de leur existence en tant que groupe social.

Le dépôt du projet de Charte en 1974 représenta l'occasion de donner une assise juridique aux préoccupations des gais et des lesbiennes. En janvier 1975, lors des audiences publiques sur ce que devait contenir la future Charte, des groupes gais réclamèrent l'inclusion de l'« orientation sexuelle » comme motif prohibé de discrimination¹⁷. Les associations gaies avaient obtenu l'appui de plusieurs institutions représentatives de la société civile, comme les syndicats, les associations religieuses et d'autres groupes, afin de donner une légitimité à leur démarche.

La proposition d'inclusion de ce motif provoqua de vifs débats en chambre et finit par être rejetée. Le ministre de la Justice de l'époque, Jérôme Choquette, explique ce rejet par la crainte qu'une telle inclusion soit mal acceptée par la population et « qu'une reconnaissance des droits des homosexuels dans la Charte des droits et libertés n'affecte 'le résultat général de l'action de la Charte' c'est-à-dire son autorité morale et sa valeur pédagogique »¹⁸. Cette revendication fut néanmoins soutenue par

16. Propos recueillis lors de l'entrevue qu'il nous accordait le 24 avril 2006.

17. Il s'agit du Centre humanitaire d'aide et de libération, le Centre homophile urbain et l'Association homophile de Montréal, O. SHARECK, *Évolution de l'opinion publique face à la reconnaissance des droits des gais et des lesbiennes au Québec telle que vue dans les journaux montréalais et dans les sondages 1967-1994*, mémoire de maîtrise, Montréal, Département d'histoire, Université du Québec à Montréal, 2003, p. 88 ; voir également, « Les homophiles réclament d'être protégés par la charte des droits », 24 janvier 1975, *Le Devoir*, vol. LXVII (Montréal), p. 7. Ils eurent en plus le soutien de plus de 20 syndicats et organismes divers, dont la CSN, le Barreau du Québec et la Ligue des droits de l'homme. Voir M. ARSENAULT, *Histoire de l'association pour les droits des gai(e)s du Québec (1976-1986)*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Département d'histoire, Université du Québec à Montréal, 2000, p. 33.

18. « Choquette refuse de protéger les homosexuels contre la discrimination », 26 juin 1975, *La Presse*, vol. 91, p. A-6.

le Parti québécois, qui fit la promesse de l'inclure dans la Charte québécoise advenant son accession au pouvoir.

Il semble clair que, dès cette époque, la stratégie des gais était essentiellement axée vers l'État. Plutôt que de prôner l'activisme judiciaire ou culturel qui étaient les voies privilégiées au Canada anglais et aux États-Unis, la voie de la réforme légale fut celle qui fut soutenue par la plupart des groupes.

L'arrivée au pouvoir du Parti québécois en 1976 marqua un virage important dans la vie politique québécoise. Pour les associations gaies et lesbiennes, ce changement était porteur d'espoir en raison de la position du parti pendant le débat sur la Charte québécoise et de sa promesse, faite lors de la campagne électorale de 1976, d'y inclure l'orientation sexuelle¹⁹.

Des démarches furent entreprises dès janvier 1977 par l'Association pour les droits des gai(e)s du Québec (ci-après l'« ADGQ ») auprès du ministre de la Justice Marc-André Bédard en vue d'inclure l'« orientation sexuelle » dans la Charte²⁰. En raison du silence du ministre, l'ADGQ déposa un mémoire en ce sens en octobre 1977, devant la Commission des droits de la personne nouvellement créée²¹. Celle-ci prit position en faveur de l'inclusion quelques semaines plus tard.

Il faut par ailleurs noter que le dépôt du mémoire de l'ADGQ survint quelques jours après une descente policière au bar « le Truxx » le 21 octobre 1977, menée de manière particulièrement brutale et conduisant à 146 arrestations²². Une manifestation fut organisée dans les jours qui suivirent pour dénoncer l'action de la police²³. Le population s'émut, l'opinion publique fut ébranlée et le ministre Bédard demanda une enquête²⁴.

19. O. SHARECK, *op. cit.*, note 17, p. 94.

20. *Ibid.*, p. 93.

21. Association pour les droits des gai(e)s du Québec, « La minorité sexuelle au Québec et la Charte des droits et libertés de la personne », Mémoire présenté à Marc-André Bédard, ministre de la Justice et à la Commission des droits de la personne, Montréal, ADGQ, octobre 1977, p. 16.

22. « 146 Detained Here », 22 octobre 1977, *The Montreal Star*, vol. 109, p. A-2.

23. « City Homosexuals Protest Police Machine-Gun Raid », 24 octobre 1977, *The Gazette*, vol. 200, p. 1 ; « Les Gai(e)s du Québec protestent », 24 octobre 1977, *Le Devoir*, vol. LXIX, p. 6.

24. « Homosexuals Get Hearing by Bedard », 29 octobre 1977, *The Gazette*, vol. 200, p. 3.

B- La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. Motivations pour agir

Afin d'expliquer l'inclinaison du Parti québécois à inclure le motif de discrimination fondé sur l'orientation sexuelle dans la Charte, plusieurs des témoignages que nous avons recueillis mentionnent le fait que, d'une part, le parti voulait soutenir sa base militante dans laquelle se retrouvaient de nombreux gais et lesbiennes et que, d'autre part, le parti avait intérêt à protéger certains de ses ministres homosexuels qui se trouvaient dans une position d'extrême vulnérabilité.

Monsieur Charron nous explique que la jeunesse gaie et lesbienne était très impliquée dans le parti et les associations de comté. Il précise cependant que les homosexuels ne formaient pas une cinquième colonne au sein du parti mais que, sans parler de l'égalité des droits pour les gais et lesbiennes, « on travaillait néanmoins à créer un climat progressiste d'ensemble ». Il nous raconte que, par ailleurs, un véritable travail de sensibilisation et d'éducation à la réalité homosexuelle se faisait sur le terrain dans les associations de comté, au cours d'assemblées ou, de manière plus informelle, autour d'un verre...

En ce qui concerne la protection des ministres gais au gouvernement, monsieur Charron admet que cela a pu avoir une incidence sur l'attitude du parti, et notamment sur celle de son chef, René Lévesque, qui souhaitait que la promesse électorale de 1975 soit tenue. Il ajoute qu'« être un homme politique gai à cette époque mettait dans une position de vulnérabilité extrême. L'homosexuel était une cible potentielle sur laquelle on pouvait toujours tirer ».

Monsieur Charron nous explique que la position du Parti québécois sur cette question était également d'ordre idéologique. Elle s'inscrivait dans la perspective d'un geste de justice envers les gais et lesbiennes « qui n'avaient pas choisi leur condition », geste par ailleurs cohérent avec son positionnement en tant que parti social-démocrate et progressiste.

Il a également souligné le rôle capital joué par les femmes du cabinet dans l'adoption de l'amendement. Celles-ci plaidaient que le parti ne pouvait plus se permettre de perpétuer cette injustice

envers ceux et celles qu'elles et leurs collègues côtoyaient tous les jours. D'ailleurs, il faut dire qu'on assistait à l'époque à une transformation de la perception de l'« homosexuel ». Au sein du Parti québécois, l'homosexuel se détachait du groupe des « Autres » pour s'intégrer au « Nous ». Il faisait partie de « nos collègues », de « nos membres », voire de « nos amis »...

2. *Préoccupations de légitimité*

Par contre, avant l'adoption définitive de l'amendement, certaines dissensions existaient au sein même du cabinet. Monsieur Charron relate que certains ministres opposaient au projet des réticences de nature idéologique ou religieuse. Cependant, lors de la discussion sur l'opportunité de procéder à l'amendement, il affirme que tous s'étaient à ce moment ralliés à la décision du premier ministre d'aller de l'avant. À l'occasion de la rencontre du cabinet sur la question, monsieur Charron se souvient qu'il n'y avait pas eu de débats. Deux des ministres présents, qui étaient également psychiatres, avaient rappelé aux membres du cabinet que l'homosexualité n'était pas une maladie et qu'il n'y avait plus de raison de refuser à ce groupe une protection de la Charte.

Nos interlocuteurs nous ont déclaré aussi que la réaction des éditorialistes de la presse écrite avait été sympathique aux gais et lesbiennes à la suite de la violence de la descente policière au Truxx. Il s'agissait d'ailleurs là d'une nouveauté. Toutefois, cette nouvelle prise de position ne reflétait pas nécessairement l'opinion de la vaste majorité de la population sur l'homosexualité.

Le projet de loi n° 88 visant la modification de la Charte québécoise pour y inclure l'orientation sexuelle fut déposé le 7 décembre 1977. L'opposition était divisée et l'adoption de la modification de la Charte se fit rapidement le 15 décembre 1977²⁵, en fin de session parlementaire, évitant ainsi un large débat public sur cette question qui ne faisait pas l'unanimité.

Avec l'intégration de l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination à l'article 10 de la Charte, le Québec se plaçait parmi les États les plus avancés du monde en matière de protection du droit à l'égalité revendiqué par les homosexuels. La protection accordée ne s'appliquait cependant pas à certains domaines, notamment ceux énumérés à l'article 97 (renuméroté

25. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1977, c. 6, art. 1.

ultérieurement « 137 ») en matière d'assurance et d'avantages sociaux²⁶, ce qui limitait la possibilité de reconnaître des effets à la conjugalité des gais et lesbiennes dans les champs de compétence provinciaux.

Le développement du processus d'incorporation du droit à l'égalité des gais et lesbiennes dans la Charte semble à première vue confirmer la sensibilité du pouvoir politique à l'opinion publique. C'est précisément parce que le ministre Jérôme Choquette percevait des valeurs dominantes hostiles à l'homosexualité qu'il ne se permit pas d'intégrer l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination dans la Charte. En effet, la crainte d'une perte de crédibilité et dans une certaine mesure, d'une perte de légitimité de la Charte auprès du public, semble montrer que dans la perception du gouvernement libéral de 1975, il n'y avait pas de recoupement possible entre la valeur minoritaire d'égalité des homosexuels et les valeurs dominantes. Ce qui, *a priori*, semble valider notre hypothèse de corrélation entre opinion publique et interprétation législative.

En revanche, l'engagement du Parti québécois en faveur de l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la Charte – lorsqu'il était dans l'opposition, puis lors de la campagne électorale et enfin à son arrivée au pouvoir – et sa résolution à procéder à l'amendement malgré l'absence de consensus social sur ce sujet, démontrent que le seuil d'acceptabilité des prétentions d'une minorité n'est pas seulement tributaire de l'opinion publique.

Il faut dire que dans le cas qui nous concerne, la population en général était loin d'être sensibilisée à la discrimination dont les gais et lesbiennes étaient victimes. Et en deux ans, les perceptions n'avaient que peu évolué. Il est ressorti de nos entrevues que les raisons pour agir que nous avons évoquées et les idéaux progressistes du parti ont conditionné la reconnaissance de la validité des prétentions des gais et des lesbiennes en 1977. Or ceci semble indiquer que l'acceptabilité des prétentions d'une minorité sociale relève de mécanismes plus complexes que le simple seuil de tolérance de l'opinion publique, remettant ainsi partiellement en cause notre hypothèse.

26. Cet article visait l'assurance de personnes, les régimes de retraite, les régimes de rentes ou d'autres régimes d'avantages sociaux, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6. Cet article a été renuméroté « 137 » en 1989 par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51.

II- L'ÉGALITÉ ET L'ÉMERGENCE DU CITOYEN (1977-1993)

A- Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. *La situation des gais et des lesbiennes*

Les années 80 ont été marquées par la fragmentation de la communauté gaie et lesbienne ; par un sentiment décrit par la sociologue et militante lesbienne, Irène Demzcuk, comme la « désillusion face à la possibilité d'actualiser le concept d'égalité à travers les instruments que le Québec s'était donné comme la Charte et la Commission des droits de la personne », ainsi que par l'apparition de l'épidémie du VIH-sida. L'heure était davantage au soutien mutuel qu'à la revendication. Et encore, en plus des divisions entre hommes et femmes, une ligne de fracture générationnelle s'ajoutait aux divisions linguistiques à l'intérieur des différents groupes.

Les lesbiennes, sentant que leurs préoccupations étaient peu entendues tant dans les groupes gais qu'au sein des associations féministes, commencèrent à créer leurs propres organisations. Pour plusieurs d'entre elles, la préoccupation principale était liée à la famille. À titre d'illustration, Irène Demzcuk, qui militait au sein d'associations lesbiennes et féministes²⁷, nous explique qu'il existait déjà une association de mères lesbiennes au milieu des années 80. En raison de leur orientation sexuelle, ces mères éprouvaient des difficultés relativement à la garde de leurs enfants. Irène Demzcuk souligne aussi que l'homophobie était telle dans la société et dans le système judiciaire qu'elles ne se nommaient entre elles que par leur prénom de peur que leur homosexualité ne soit divulguée à l'extérieur du groupe.

Ross Higgins nous indique que les hommes gais s'investissaient davantage dans des associations de loisirs et de culture, lesquelles ont majoritairement mis de côté l'activité militante. La plupart des leaders de la communauté avaient le sentiment qu'il n'y avait rien à gagner sur le terrain juridique. Ross Higgins explique que les gais s'apercevaient que l'inclusion de l'orientation sexuelle à la Charte québécoise représentait davantage un gain symbolique qu'un outil de changement social.

27. Propos recueillis lors de l'entrevue qu'elle nous accordait le 27 avril 2006.

Nos interlocuteurs nous ont également mentionné le peu de changement dans leur situation depuis 1977. Les descentes policières continuaient et les plaintes de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle déposées auprès de la Commission des droits de la personne n'aboutissaient pas. Nos interlocuteurs nous ont cité à plusieurs reprises l'effet de découragement causé par le déroulement de l'affaire ayant opposé l'ADGQ à la Commission des écoles catholiques de Montréal (ci-après la « CECM »). Dans cette affaire, la CECM avait refusé à l'ADGQ la location d'un local pour la tenue d'un congrès, alors que ce local était par ailleurs offert à la population en général. La Commission avait tranché en faveur de la CECM et l'ADGQ a dû effectuer une demande en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure, visant à faire déclarer discriminatoire le refus de la CECM²⁸. Cette procédure a eu pour conséquence de fragiliser les finances de l'organisation.

Dans la seconde partie des années 80, l'épidémie de VIH-sida a eu un impact considérable sur la communauté. Les gais se sont alors investis dans les associations de soins et d'accompagnement aux malades. Un grand nombre de militants de la première génération mouraient et leur expérience politique était perdue. Claude Charron affirme que les médias jouèrent à ce moment un grand rôle de sensibilisation auprès du public, en montrant les situations de précarité dans lesquelles se trouvaient les gais et les couples qu'ils avaient formés.

Une nouvelle génération de militants émergea à la fin des années 80. Des jeunes qui n'avaient pas connu la répression des années 70 étaient révoltés par le climat qui régnait alors. En 1989, des militants anglophones fondèrent un comité *Act Up* sur le modèle américain afin de dénoncer publiquement la violence faite aux gais, de même que le silence et l'inaction des autorités publiques face à la crise du sida. Il ressort de toutes les entrevues que nous avons effectuées qu'à cette époque les gais et les lesbiennes se sentaient comme des citoyens de seconde zone : pour eux, il n'y avait rien à attendre des institutions publiques.

Au début des années 90, Daniel Carpentier et Irène Demczuk nous ont souligné, lors de nos entretiens, que des meurtres que l'on avait alors qualifiés de meurtres homophobes (« gay bashing ») étaient survenus à Montréal. En l'espace de quelques

28. *L'association A.D.G.Q. c. La Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93-96.

années, 14 hommes gais avaient été assassinés à Montréal dans des conditions sordides. Face à cette recrudescence de la violence, beaucoup de gais et lesbiennes se sont sentis en situation de danger et d'insécurité. De plus, ils percevaient l'action des autorités publiques, dont la police, comme inadéquate, voire négligente. Ces événements, conjugués à une nouvelle vague d'arrestations violentes dans certains bars du village gai, ont agi comme catalyseur à l'intérieur de la communauté gaie et lesbienne.

Inspirés du modèle de revendication anglo-américain, des leaders de la communauté gaie et lesbienne francophone décidèrent de fonder la Table de concertation des gais et lesbiennes du grand Montréal (ci-après « la Table ») en vue de réagir à l'inactivité de la police et des pouvoirs publics. Le premier mandat de l'organisme était de s'adresser à la Commission afin de demander la tenue d'une enquête publique. Il régnait à cette époque un sentiment d'urgence d'agir et beaucoup de leaders gais, qui se savaient atteints du sida, voulaient rapidement faire progresser la lutte sur le terrain juridique, malgré le peu de confiance qu'ils vouaient aux institutions existantes.

2. Formulation des prétentions

En 1993, les représentants de la Table soumettaient officiellement à la Commission une demande d'enquête publique pour faire la lumière sur la situation de violence dont les gais et lesbiennes étaient victimes. Des représentants de la Commission ont entrepris d'organiser des rencontres expliquant aux demandeurs en quoi il n'était pas dans le mandat de la Commission de mener une enquête publique sur des organisations gouvernementales, précisant par ailleurs qu'elle s'engageait tout de même à tenir une consultation publique pour documenter la situation vécue par la communauté. La Commission exprima le désir d'entendre des témoignages de personnes victimes de violence ou de discrimination. Par ailleurs, elle s'engageait auprès des gais et lesbiennes à ce que toutes les parties intéressées soient présentes, que ce soit la police ou les représentants des divers ministères concernés, afin que chacun d'eux puisse prendre conscience de la réalité vécue par les gais et lesbiennes.

Un comité formé de représentants de la Commission et des organisations gaies a donc été mis sur pied afin de déterminer les sujets qui seraient abordés lors des audiences. Au départ, Irène

Demzcuk explique qu'il y avait beaucoup de méfiance chez les militants. Les gens ne croyaient pas en l'indépendance de la Commission et voyaient tout le processus comme un exercice poli, qui n'aurait pas d'impact réel. Au départ, une faction des militants prônait une stratégie plus agressive, impliquant la divulgation de noms de personnalités publiques (« outing »), croyant que ce serait la seule chance d'attirer l'attention du public sur la gravité de la situation.

S'entama alors un long dialogue et après plusieurs mois de travail, une entente est survenue quant au déroulement de la suite des événements. La majorité des délégués de la communauté gaie et lesbienne a finalement décidé d'accepter la proposition du comité et de participer aux consultations publiques en respectant les balises qu'elle avait fixées. Trois thèmes principaux furent retenus, soit la santé, la sécurité publique et la discrimination dans la législation.

Un comité de la Table formé d'une vingtaine de personnes a alors entrepris un important travail d'information et de sensibilisation auprès des membres de la communauté, dans le but de solliciter des témoignages et d'expliquer aux gais et lesbiennes en difficulté l'importance de se saisir de ce forum pour être entendus. Un travail intensif de communication et de réseautage a alors été mené avec les moyens du bord pour documenter la réalité et les difficultés éprouvées par les gais et lesbiennes. Des bénévoles travaillèrent à temps plein et sillonnèrent les lieux de rencontres de gais et lesbiennes à travers le Québec, n'hésitant pas à organiser des sessions éducatives dans les bars.

B- La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. Motivations pour agir

M^e Daniel Carpentier, juriste à la Commission et responsable du dossier de la consultation publique en 1993, nous a indiqué qu'à la suite de la rencontre avec les membres de la Table, un long travail de coopération avec les organismes gais et lesbiens a été entrepris²⁹. En plus d'étudier leurs demandes et de circonscrire le thème de la consultation, M^e Carpentier explique qu'il

29. Propos recueillis lors de l'entrevue qu'il nous accordait le 26 avril 2006.

fallait créer un climat de confiance. Il confirme ce que les militants nous avaient relaté quant au climat de méfiance, même d'hostilité, qui régnait à l'égard des organismes publics. M^e Carpentier précise que le budget de la Commission était très restreint, mais que les situations de violence dénoncées faisaient clairement partie de son mandat.

Il affirme que le travail de collaboration entrepris lui permettait de prendre conscience de la gravité de la situation, mais explique qu'à cette époque, un énorme travail de sensibilisation restait à faire auprès du public en général, des membres des institutions gouvernementales, y compris auprès des commissaires, pour que des réformes législatives puissent être entreprises.

2. Préoccupations de légitimité

Les thèmes devant être abordés lors de la consultation publique ont été âprement négociés avec les représentants de la communauté pendant les cinq mois du travail de collaboration préliminaire. En effet, la Commission était d'avis que pour atteindre l'objectif de sensibilisation et d'éducation du public à l'égard des situations vécues par les gais et les lesbiennes, certains thèmes qu'elle estimait plus controversés devaient être écartés.

La Commission défendait une vision étapiste de la sensibilisation du public et des institutions. Il fallait tout d'abord montrer les situations les plus criantes et alarmantes. Ainsi, elle estimait que dans l'état des mentalités, les préoccupations liées au système scolaire, à l'enfance et à la religion étaient inabordables.

La Commission pensait que les témoignages individuels étaient nécessaires afin de révéler la situation au public et aux représentants des institutions et de donner une assise à ses recommandations éventuelles aux organismes gouvernementaux appropriés. Les commissaires avaient toutefois accepté que les personnes qui le souhaitaient puissent venir témoigner à huis clos de manière à protéger leur identité, compte tenu des conséquences sociales réelles de la divulgation de leur orientation sexuelle (perte d'emploi, perte de la garde de leurs enfants, etc.).

Les six jours de consultation tenus en novembre 1993 ont été marqués par une imposante couverture médiatique. C'était la première fois, au Québec, qu'un organisme public donnait la

parole aux gais et aux lesbiennes. Des médias du monde entier ont assisté aux sessions et donnaient des comptes rendus quotidiens. M^e Carpentier raconte que cette consultation s'est déroulée dans une atmosphère de grande émotion. Les commissaires, les représentants des ministères ainsi que le public prenaient conscience, au fil des témoignages, de l'étendue des souffrances et des difficultés vécues par les gais et les lesbiennes.

Il est ressorti de la consultation qu'en amont des problèmes reliés à la sécurité publique et à la santé, une dynamique de discrimination transversale affectait la vie des gais et lesbiennes dans toutes les sphères de leur vie. Par-delà les distinctions d'âge, de classe sociale, de région ou de sexe, les témoignages se recoupaient et les enjeux étaient les mêmes.

Les membres de la communauté prenaient conscience qu'ils vivaient une situation de discrimination systématique en matière d'emploi, de services sociaux et de vie familiale et conjugale. Irène Demczuk, rejoignant ainsi les propos de Claude Charron, explique que les leaders de la communauté gaie et lesbienne ne s'estimaient pas victimes de discrimination avant de prendre part à cet exercice. Elle affirme que leurs mécanismes d'adaptation (de « passing ») étaient si bien affinés qu'il avait fallu cet important travail d'éducation et de mise en commun des problèmes pour que les membres de la communauté gaie et lesbienne arrivent à identifier et à nommer les discriminations dont ils étaient en fait victimes. Elle ajoute que le sérieux de la démarche de la Commission, l'écoute généreuse et l'ouverture démontrée par les commissaires et les représentants du gouvernement ont largement contribué à donner une légitimité à leurs préoccupations.

Le thème de l'importance de l'appui des hétérosexuels est revenu souvent au cours de nos entretiens. Le fait que des instances gouvernementales, des organisations de la société civile ou des personnalités publiques endossent ou appuient les revendications a permis en quelque sorte aux membres de la communauté gaie et lesbienne de valider leur propre expérience. À titre d'exemple, Irène Demczuk et M^e Carpentier ont rapporté le poids qu'avait eu le témoignage de l'Archevêque de l'Église Unie qui avait sollicité une rencontre avec les commissaires durant les audiences publiques. Un pasteur d'une paroisse montréalaise de cette Église

avait été assassiné au cours de la semaine pendant laquelle se tenaient les audiences en novembre 1993. L'Archevêque avait tenu à soutenir la communauté gaie dans sa démarche et à exprimer à la Commission l'importance d'une reconnaissance sociale et juridique des gais et lesbiennes afin de mettre un terme à la violence dont ils étaient victimes.

Durant la période allant de 1980 à 1993, il nous a été difficile de vérifier notre hypothèse. Nous avons constaté que sa formulation était inadéquate puisqu'il n'y avait pas de revendications concrètes de la part de la minorité concernée. L'idée selon laquelle les pouvoirs publics ne reconnaîtront des droits à la minorité que dans la mesure où l'opinion publique accepte ses prétentions opère une distinction artificielle entre l'opinion de la minorité et celle de la population en général. En effet, la minorité sociale en question, dans ce cas-ci celle composée des gais et lesbiennes, n'évolue pas en vase clos et en marge de la société à laquelle elle appartient.

Les gais et lesbiennes, le public en général et les décideurs sont tous influencés par les mêmes idées dominantes et sont soumis à des contraintes similaires quant à ce qui est acceptable ou non, quant à ce qui est culturellement intelligible. Or nous avons constaté que, durant cette période, la communauté ne croyait pas avoir de bataille juridique à mener et ne savait pas quoi revendiquer tellement le sentiment d'impuissance était grand. Selon nos interlocuteurs, le sentiment généralement partagé était qu'il n'y avait rien à obtenir des institutions étatiques. Par ailleurs, le manque de dialogue entre la communauté et les instances publiques jusqu'en 1993 avait créé pour les gais et lesbiennes un réflexe de fatalisme et de repli communautaire.

Enfin, nous avons constaté que durant cette période, les gais et lesbiennes ne pouvaient eux-mêmes formuler des prétentions et ne se sentaient pas en position de légitimité pour demander une reconnaissance de leurs droits. Il nous semble donc que la limite à la transformation de la norme n'était pas strictement liée à un manque de recevabilité sociale *a posteriori*, mais plutôt à un climat général qui empêchait même d'imaginer que la norme de non-discrimination puisse signifier autre chose qu'une protection individuelle contre la violence.

III- LA FRATERNITÉ ET L'ACCUEIL AU SEIN DES INSTITUTIONS (1994-2002)

A- Conditions d'émergence des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. *Situation des gais et des lesbiennes*

La Commission des droits de la personne publia son rapport au mois de mai 1994, à peine quelques mois après la consultation publique³⁰. Le rapport formula 41 recommandations précises à plusieurs organismes et personnes. La Commission recommandait en outre que les conjoints de fait homosexuels bénéficient des mêmes avantages sociaux que les conjoints de fait hétérosexuels. Selon M^e Carpentier, il fallait que les gais et lesbiennes, au même titre que les hétérosexuels, aient accès aux avantages accordés aux conjoints par l'État. Mais afin de protéger la légitimité de leurs revendications, il fallait éviter les questions relatives au mariage et à la parentalité. Selon lui, homosexualité et famille n'allaient pas de pair à cette époque dans l'opinion publique. L'approche étapiste était encore nécessaire et une reconnaissance de la conjugalité de fait constituait, à moyen terme, le premier objectif réalisable.

Les leaders de la communauté gaie et lesbienne se sont dits surpris de constater à quel point le rapport de la Commission et ses 41 recommandations reprenaient l'ensemble des préoccupations exprimées dans les 73 mémoires soumis à l'occasion des consultations publiques. « Nous avons été écoutés, c'était extraordinaire ! » souligne Irène Demzcuk. Il y avait un espoir qui renaissait, une confiance renouvelée dans l'État. « Nous étions devenus le groupe dans la société qui croyait le plus à la Charte ». Le rapport devenait ainsi le plan de match de la stratégie juridique de la communauté.

La seconde moitié des années 90 représente le début d'une période d'activité intense pour les représentants de la communauté gaie et lesbienne qui s'étaient organisés et ralliés autour d'objectifs communs. À compter de cette époque, les réformes se succédèrent dans le sens d'une prise en compte des besoins des

30. Commission des droits de la personne du Québec, *De l'illégalité à l'égalité : Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et les lesbiennes*, Montréal, mai 1994.

gais et lesbiennes en tant que citoyens, en tant que personnes et en tant qu'êtres relationnels qui formaient des couples et des familles. Alors que la période précédente est marquée par l'idée de protection contre la violence et l'égalité des choix en matière de sexualité et de vie privée, les revendications avancées par la communauté visent dorénavant l'inclusion des gais et lesbiennes au sein des institutions et des cadres de protection sociale entourant la conjugalité et la famille.

En décembre 1995, le gouvernement péquiste décida finalement d'abroger l'article 137 de la Charte³¹, celui-là même qui faisait obstacle à l'accès des homosexuels aux avantages sociaux. Cette réforme, conjuguée aux recommandations de la Commission, allait permettre aux gais et aux lesbiennes de demander la reconnaissance des unions de fait homosexuelles. Pour Laurent McCutcheon, qui siégeait à l'époque à l'exécutif de la Table, ces deux éléments procuraient, pour la première fois, une assise légitime permettant d'aborder le débat sur la conjugalité. Il nous précise que cela avait permis de passer d'un discours de protection individuelle à un discours sur le couple, mais qu'il n'était toutefois pas question de réclamer un changement aux règles de filiation. « On ne l'imaginait même pas, ce n'était pas dans notre esprit », affirme-t-il.

2. Formulation des prétentions

La Table de concertation mit sur pied en 1996 la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et des conjointes de même sexe. La première stratégie de cette organisation fut de former une coalition aussi large que possible composée d'organisations clés de la société civile. Les membres de la Table rallièrent ainsi à leur cause les principales organisations syndicales québécoises, de même que la Fédération des femmes du Québec. Ce travail s'est échelonné sur deux ans. Forte de ces appuis, la Coalition entreprit de convaincre le gouvernement et les partis d'opposition de modifier la définition du terme « conjoint de fait » afin d'y inclure les conjoints de même sexe.

Au Québec, le couple Hendricks-Lebœuf entama en 1998 des procédures judiciaires en vue de contester la définition tradition-

31. La loi a été adoptée en 1996 : *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 10, art. 4.

nelle du mariage³². Laurent McCutcheon explique qu'il s'agissait là de l'initiative de ce couple en particulier et non d'une action concertée émanant des organisations. Irène Demczuk confirme que la Coalition appuyait leur démarche, mais que la raison d'être de celle-ci, l'objectif primordial dans la création de ce mouvement était « que ce soit le gouvernement qui agisse et non pas des individus qui paient pour aller devant les tribunaux ».

La stratégie visant à obtenir de larges appuis auprès d'organisations de la société civile et à parvenir à des réformes par l'entremise du dialogue avec le législateur s'apparente à la démarche observée en 1975. Cependant, cette fois, la mesure demandée n'était pas simplement symbolique, mais impliquait le débours de deniers publics. Le ministère de la Justice estimait que cette réforme coûterait à l'État environ 50 millions de dollars, alors que l'on se trouvait en période de restrictions budgétaires.

Laurent McCutcheon explique qu'« il fallait éviter un grand débat social sur la question qui aurait pu faire dérailler la réforme ». Le travail de la Coalition a consisté à rallier tous les partis politiques et tous les députés afin que la loi soit adoptée à l'unanimité, ce qui fut réalisé en juin 1999³³. Il ajoute « Il n'y avait pas d'opposition à l'Assemblée nationale, cela envoyait un message clair et important dans la population. Cela donnait une légitimité à la loi ».

Une fois l'étape de la reconnaissance des unions de fait franchie, la coalition « pensait au plan stratégique, devoir se concentrer sur le législateur en ce qui concernait en particulier les questions relatives à la famille et à la filiation qui sont de compétence provinciale », explique Laurent McCutcheon.

Cette étape survint en 2001, lorsque le ministre de la Justice déposa un avant-projet de loi sur l'union civile des conjoints de même sexe. À cette époque, l'opinion publique était largement favorable à la reconnaissance des unions entre conjoints de même sexe. Ce qui préoccupait toutefois davantage les membres de la communauté gaie et lesbienne, était la reconnaissance de la filia-

32. Le couple dépose sa demande de jugement déclaratoire à la Cour supérieure le 14 septembre 1998. *Michael Hendricks et René Leboeuf c. La procureure générale du Canada et la Procureure générale du Québec et Tout greffier de la Cour supérieure*, n° 500-05-059656-007.

33. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 32.

tion homoparentale. Par ailleurs, l'avant-projet de loi fut déposé par le ministre de la Justice en novembre, alors que débutait l'audition en Cour supérieure de la cause *Hendricks-Lebœuf* pour la reconnaissance du mariage entre conjoints de même sexe.

Ce geste fut perçu par les leaders de la communauté comme une tentative du gouvernement de saboter le procès, avec la proposition d'un succédané de mariage qui ne réglait en rien les questions relatives à la parentalité. Les leaders de la coalition sollicitèrent une rencontre avec le ministre de la Justice d'alors, Paul Bégin, à l'Assemblée nationale.

À l'occasion d'une rencontre houleuse, le ministre fit valoir que l'avant-projet de loi était un texte provisoire qui pourrait éventuellement être bonifié à la suite d'une commission parlementaire³⁴. Il affirma être de bonne foi et vouloir éliminer toutes les discriminations qui étaient encore présentes dans le Code civil, en expliquant qu'il fallait, pour procéder sur un sujet aussi controversé, obtenir l'appui de l'opinion publique.

Le ministre donna un délai de 48 heures à ses interlocuteurs de la communauté gaie et lesbienne pour prendre la décision de soutenir le projet de loi, faute de quoi il le retirerait. La coalition accepta finalement de participer au processus et la commission parlementaire se tint en février 2002. Dès le commencement des audiences publiques, il apparut que la proposition d'unions conjugales entre adultes ne posait pas de problèmes, mais que la question de la filiation soulevait encore beaucoup d'opposition.

Dès l'annonce des consultations publiques sur l'avant-projet de loi établissant l'union civile, il a été clair dans la communauté lesbienne et gaie que cette commission parlementaire allait être le forum des femmes, et particulièrement celui des mères. Des centaines de lesbiennes québécoises élevaient déjà des enfants, et pour la première fois dans l'histoire de la communauté au Québec, elles décidèrent d'agir comme leaders dans ce débat. En fait, les revendications pour les droits des homosexuels avaient traditionnellement été dirigées par des hommes gais qui ne se préoccupaient pas nécessairement des besoins et des priorités des femmes. Auparavant, celles-ci n'étaient souvent même pas consultées ou représentées.

34. Propos recueillis lors de l'entrevue qu'il nous accordait le 4 mai 2006.

Or, dans ce cas-ci, des organisations, comme l'Association des mères lesbiennes, ont exprimé haut et fort que leurs membres voulaient être entendus. Au sein de la communauté, c'étaient surtout des lesbiennes qui avaient des enfants. Pour la première fois, elles osaient témoigner en public, malgré le fait qu'elles avaient, dans plusieurs cas, des enfants en bas âge. Jusqu'alors, les mères lesbiennes avaient toujours été réticentes à s'exposer publiquement. Lors de la consultation sur la violence envers les gais et lesbiennes organisée par la Commission des droits de la personne en 1993, la plupart des mères lesbiennes avaient refusé de témoigner. Irène Demczuk se souvient que les rares mères qui avaient accepté, l'avaient fait en exigeant un huis clos et en interdisant l'accès aux journalistes.

Jusqu'en 2002 donc, les mères sentaient toujours qu'être identifiées comme lesbiennes constituait une menace potentielle pour leurs familles. Le dialogue sur la parentalité était conséquemment confiné à la sphère intracommunautaire et la famille homoparentale demeurait invisible aux yeux du public.

B- La reconnaissance de la validité des prétentions de la communauté gaie et lesbienne

1. Motivation pour agir

Paul Bégin, qui était ministre de la Justice en 1995, explique que l'abrogation de l'article 137 et la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe en 1999 étaient le résultat d'un long dialogue entre les leaders de la communauté gaie et le gouvernement. Ces réformes représentaient, de plus, l'aboutissement de plusieurs recommandations de la Commission des droits de la personne.

Paul Bégin, de retour au ministère de la Justice en 2001, se pencha immédiatement sur la question de la discrimination envers les gais et les lesbiennes. Il estimait qu'il fallait continuer le travail amorcé dans les années 90 : « Nous avons une Charte et il restait des discriminations ciblées envers un groupe, c'était inconcevable. » Nous avons demandé à l'ex-ministre si son initiative de 2001 à l'égard de l'union civile provenait de pressions des groupes gais ou résultait de demandes spécifiques de la communauté. Il affirme qu'il n'y avait eu aucune demande en ce sens et qu'il s'agissait plutôt d'une mouvance au sein du Parti québécois.

Il explique que des juristes de son ministère étaient sensibles à la question et suivaient le dossier depuis plusieurs années.

Comme en 1977, il semble qu'une volonté politique à ce sujet animait le parti. Bien que la question des droits des gais et lesbiennes n'ait pas été centrale, Paul Bégin explique que le caucus, de même que le chef du parti à l'époque, Bernard Landry, n'étaient pas opposés à éliminer les discriminations touchant un groupe minoritaire. Il nous a déclaré que « le Parti québécois, ses membres ont une idée d'eux plus progressiste, plus à gauche, plus favorable aux droits des petits et des pauvres [que les membres des autres partis] ».

Il explique que la protection des gais et lesbiennes n'était pas véhiculée de façon aussi forte que celle d'autres groupes, comme les travailleurs par exemple, mais que le parti était disposé à encourager son initiative, dans la mesure où l'opinion publique réagirait favorablement.

Outre les motivations propres au positionnement idéologique du parti pour agir en tant que formation politique se disant progressiste, nous avons perçu, en filigrane des diverses entrevues que nous avons effectuées, un désir du Parti québécois de faire figure de précurseur. Il semble n'avoir voulu ni être à la remorque du reste du Canada, ni se faire dicter sa conduite par la Cour suprême du Canada.

2. Préoccupations de légitimité

Les motivations internes et la volonté d'agir du ministre de la Justice étaient cependant insuffisantes pour proposer une union conjugale semblable au mariage et une reconnaissance de la filiation homoparentale. Le ministre Bégin précise qu'à l'intérieur même du gouvernement « l'idée que deux 'tapettes' puissent être reconnues comme parents par l'État choquait ». Le dossier de la filiation homoparentale « suscitait des tensions viscérales ».

Il fallait tester l'opinion publique sur la question de la filiation en évaluant de quelle façon les débats en commission parlementaire seraient reçus par les députés et la population. Le ministre Bégin rappelle qu'il souhaitait que des individus de la communauté gaie et lesbienne témoignent de leur réalité lors des audiences. Il nous précise qu'il voulait limiter les témoignages de

groupes de défense des droits. Il ajoute que les associations sont « impersonnelles et qu'elles sont perçues comme voulant grappiller des droits ».

Il estime que ce sont les témoignages des gens ordinaires, des mères et surtout des jeunes issus de familles homoparentales qui ont fait la différence. Ces témoignages mettaient un visage sur la famille homoparentale, touchaient la population qui voyait en eux des familles, des parents et leurs enfants qui les aimaient. « Enfants, amour, voilà les deux mots clés », conclut-il. Il nous confie candidement qu'il a toutefois fallu que le paradigme d'égalité des droits des gais et lesbiennes soit transformé en une question de protection et d'égalité des chances pour les enfants issus de ces familles, pour que les députés et l'opinion publique en général appuient la réforme.

La réaction positive des médias, ainsi que les commentaires favorables formulés, dans les diverses circonscriptions électorales, par les citoyens à leur député à la suite de la télédiffusion de la commission parlementaire, a facilité l'adhésion des députés au projet de loi y compris celle des membres de l'opposition. Cet accueil positif a permis l'adoption de la loi à l'unanimité en juin 2002³⁵.

Compte tenu de la rapide succession des réformes entre 1994 et 2002, nous pensions trouver là un terrain favorable à la vérification de notre hypothèse. Cela n'a pourtant pas été le cas. Il semble que les constatations faites dans les sections précédentes soient encore valables. L'opinion publique apparaît plutôt comme un facteur faisant partie d'un faisceau complexe qui, dans ce dossier, comprenait la menace de l'intervention du pouvoir judiciaire, les motivations idéologiques du Parti québécois et la volonté de certains individus au sein des cercles de pouvoir de faire avancer un dossier en particulier.

CONCLUSION

Lorsque nous avons entamé notre recherche, nous avons posé l'hypothèse que la norme de non-discrimination contenue à la Charte ne pouvait être interprétée en faveur de la reconnaissance de la conjugalité et de la parentalité des gais et des lesbiennes.

35. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

nes tant que l'opinion publique n'était pas prête à accepter une telle reconnaissance.

En tentant de vérifier cette hypothèse, nous nous sommes rendu compte que les processus à l'œuvre dans la transformation du sens de la norme étaient infiniment plus complexes. La transformation semble plutôt découler d'un processus de dialogue social entre la communauté gaie et lesbienne et l'État, conditionné par des préoccupations de légitimité. Ces préoccupations concernent autant les conditions de la formulation des prétentions de la communauté, que les conditions de la reconnaissance de leur validité par l'État. Ces constatations nous amènent, pour les raisons qui suivent, à poser l'hypothèse que c'est plutôt le processus communicationnel qui s'est trouvé au cœur de la transformation du sens de la norme prohibant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il nous est apparu que les conditions de la formulation des préoccupations des membres de la communauté gaie et lesbienne ont été d'abord d'ordre interne. En effet, la situation de précarité sociale dans laquelle la minorité se trouvait dans les années 70 a d'abord motivé une prise de conscience collective et le partage d'un vécu commun, avant que n'émerge la possibilité d'une parole publique. Ce processus a conféré aux membres de la communauté gaie et lesbienne un sentiment de légitimité afin d'oser exprimer les préoccupations de base liées à la violence dont ils étaient l'objet.

Afin qu'un dialogue sur le sens de la norme puisse émerger, il était nécessaire pour la communauté gaie et lesbienne d'avoir accès à l'espace public. Cet accès ne sera véritablement consacré qu'à l'occasion de la consultation tenue par la Commission des droits de la personne en 1993.

Le processus communicationnel amorcé à ce moment a permis à la communauté gaie et lesbienne d'exposer son monde vécu et de faire valoir ses préoccupations. Il a également opéré un effet réflexif. La mise en commun des préoccupations et leur validation par l'écoute des autorités publiques a permis aux membres de la communauté, en retour, de se sentir engagés à titre de citoyens. L'authenticité de la démarche, son retentissement public, et la prise en compte de leur réalité, a conféré aux membres de ce groupe social minoritaire le sentiment que l'émancipation pouvait se produire, en partie, à l'intérieur des cadres normatifs étatiques.

De la même manière, le dialogue entamé avec la minorité sociale a permis l'éducation des membres du public et des organismes gouvernementaux et a facilité l'établissement de liens empathiques avec celle-ci.

Comme nous l'avons vu à la fin de l'exposé du deuxième paradigme, la formulation des préoccupations au sein de la communauté gaie et lesbienne était aussi sujette à l'influence des valeurs dominantes. L'effet limitatif de cette influence sur l'ordre des possibles imaginables par les membres de la communauté pourrait expliquer la raison pour laquelle les préoccupations liées à la conjugalité et à la parentalité ont émergé aussi tardivement. Au-delà de la recevabilité d'une revendication pour l'opinion publique, il fallait que les gais et lesbiennes puissent eux-mêmes se projeter publiquement en tant que couples et en tant que parents. Ceux-ci formaient bien sûr des unions et des familles avant que l'État ne les intègre officiellement dans les cadres législatifs. Il se dégage cependant de notre étude que l'ordre des possibles, ce qui paraît imaginable dans un ordre social donné, conditionne autant l'imagination de l'auditoire universel, des pouvoirs publics, que celui de la minorité sociale.

Nous avons par ailleurs constaté que les conditions de la reconnaissance de la validité des préoccupations des gais et lesbiennes ne dépendaient pas nécessairement de revendications particulières. Nous avons vu, en effet, que l'inclusion de l'orientation sexuelle à la Charte en 1977 et la reconnaissance de la parentalité en 2002 étaient aussi le résultat de motivations d'ordre politique et idéologiques propres au parti au pouvoir, en l'espèce le Parti québécois. La reconnaissance de la validité des prétentions est aussi le fait de l'action d'individus en particulier au sein du parti. On peut citer en exemple l'action de Paul Bégin au ministère de la Justice, qui a été particulièrement déterminante en 2002.

L'examen des conditions de la reconnaissance de la validité des préoccupations de la communauté gaie et lesbienne par l'État nous a également amenés à constater que le mythe selon lequel il existerait une séparation nette entre, d'une part, une minorité sociale et, d'autre part, la sphère du pouvoir détenu par la majorité, ne permettait pas de véritablement rendre compte du travail d'éducation et de sensibilisation effectué par les gais et lesbiennes qui évoluent dans plusieurs cercles, y compris au sein des institu-

tions publiques. On pense notamment à l'exemple des militants gais et lesbiens au sein du Parti québécois et des syndicats (particulièrement dans les années 70) ou bien au travail effectué à l'intérieur des ministères par des fonctionnaires sensibilisés aux préoccupations de la communauté (particulièrement à la fin des années 90).

Au cours des entrevues, nos interlocuteurs ont expliqué que la raison pour laquelle la voie judiciaire n'avait pas été le moyen privilégié d'expression des préoccupations de la communauté venait de l'idée que la norme de non-discrimination des gais et des lesbiennes n'aurait de sens véritable que si elle résultait d'un processus dialogique, prenant place dans le cadre des instances de délibération publique, auxquels tous les citoyens peuvent participer. En effet, nos interlocuteurs perçoivent que le débat judiciaire est avant tout propre aux parties et ne favorise pas une construction fluide et continue de la norme, basée sur le consensus.

Les membres de la communauté ne voulaient pas fixer le droit une fois pour toutes mais, au travers du processus de dialogue, ils souhaitaient participer à l'élaboration du contenu de la norme les concernant. Nous avons perçu dans leur discours le désir non pas de prôner un droit individuel, mais celui de rechercher un consensus social autour de valeurs collectives d'égalité, de pluralisme et de protection de la diversité des couples et des familles dans l'ordre juridique. Car, selon eux, ce consensus et le processus de discussion y conduisant est le garant d'une meilleure acceptation sociale.

Il nous est apparu que leur discours s'inscrivait dans une logique de légitimité procédurale. Cette orientation théorique explique l'importance que revêt le fait, pour la minorité gaie et lesbienne de prendre part au processus de délibération collective continu, dans le cadre duquel le sens de la norme pourra être établi. Le Parlement constitue ainsi un forum adéquat à cette fin. Nos interlocuteurs ont également souligné le poids symbolique que ces réformes adoptées à l'unanimité en 1999 et en 2002 pouvaient avoir dans une société de tradition civiliste attachée au symbole du texte.

Cette conception s'inscrit dans la perspective d'un droit post-moderne, caractérisé par le pluralisme et la négociation.

36. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) *Revue du droit public* 3, 673 à 679.

Pour des auteurs tels que Jacques Chevallier³⁶ et Bonaventura de Sousa Santos³⁷, la légitimité du droit contemporain dépend désormais du consensus dont il est entouré. Ce consensus suppose donc que les destinataires soient partie prenante à l'élaboration des normes. Le droit ainsi négocié, entre gouvernants et gouvernés, émane d'une délibération collective. Plutôt qu'être l'expression d'une légitimité transcendante ou hétéronome, le droit acquiert une légitimité procédurale garantie par ses modes d'élaboration³⁸. Ceci correspond à la logique du processus législatif ayant mené à la réforme de 2002 sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation³⁹.

Nous avons amorcé notre recherche en constatant que la norme interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'était ni figée, ni prédéterminée au moment de son adoption. Nous constatons aujourd'hui qu'elle ne l'est pas davantage dans la mesure où son sens est essentiellement dialogique et perpétuellement redéfini.

En terminant, comme le rappelle Didier Eribon, « [...] il convient de souligner que 'les droits' ne sauraient être définis une fois pour toutes. De nouvelles revendications peuvent faire surgir de nouveaux droits, élargir l'espace à de nouvelles réalités, à la prise en compte de situation concrètes »⁴⁰.

37. Voir, par exemple, B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) *Droit et société* 10.

38. Voir J. HABERMAS, *Discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1985.

39. M.-F. BUREAU, « Code et famille : avant-garde ou fixité ? Codification, Don quichotte et autres histoires », (2005) *Cahiers de droit* 46, 404 et 405.

40. D. ERIBON, *Hérésies, essai sur la théorie de la sexualité*, Paris, Fayard, 2003, p. 277.

ANNEXE

I- Présentation des personnes interviewées

M. Paul Bégin :

Député à l'Assemblée nationale du Québec de 1994 à 2003. Monsieur Bégin a dirigé plusieurs ministères dans le gouvernement du Parti québécois. Il a été ministre de la Justice de 1994 à 1997 et de 2001 à 2002. Il a été l'instigateur de la loi de 2002 portant sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation.

M^e Daniel Carpentier :

Coordonnateur de la recherche juridique à la Direction de la recherche et de la planification de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Durant la consultation publique de 1993 sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes, M^e Carpentier coordonnait le comité de consultation et occupait le poste de conseiller juridique, à la même Direction et à la même Commission.

M. Claude Charron :

Député à l'Assemblée nationale du Québec de 1970 à 1982. Entre 1976 et 1982, monsieur Charron a été à la tête de plusieurs ministères, dans le gouvernement du Parti québécois. Monsieur Charron a occupé le poste de leader parlementaire du gouvernement de 1978 à 1982.

M^{me} Irène Demczuk :

Sociologue, agente de développement au service aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal. Elle coordonne le protocole UQAM/Relais Femmes. Madame Demczuk a été membre de l'exécutif de la Table de concertation des gais et lesbiennes du Québec et a dirigé la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe.

M. Ross Higgins :

Chargé de cours, Université Concordia (Département de sociologie et d'anthropologie et Mineur en études interdisciplinaires de la sexualité), monsieur Higgins est le cofondateur et président d'honneur des Archives gais du Québec, ancien militant du Groupe homosexuel d'action politique du Comité gai anti-répresseion et du collectif de la librairie l'Androgyne.

M. Laurent McCutcheon :

Président de Gai Écoute et de la Fondation Émergence. Monsieur McCutcheon a été l'initiateur de la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe. Durant les années 90, il était responsable de l'action sociopolitique à la Table de concertation des gais et lesbiennes du Québec.

II- Lignes directrices utilisées lors des entrevues semi-dirigées

Nous avons contacté sept personnes que nous avons ciblées en raison de leurs connaissances particulières des questions que nous cherchions à étudier. Parmi ces personnes, six ont accepté de participer à notre recherche.

Dans chacune des entrevues, nos questions ont été axées sur les sujets suivants :

- la situation des gais et lesbiennes au Québec des années 70 à aujourd'hui ;
- la signification de la norme de non-discrimination contenue à la Charte des droits de la personne du Québec aux époques pertinentes, tant du point de vue des gais et des lesbiennes que du point de vue des autorités publiques ;
- la formulation des préoccupations et les stratégies de revendication des gais et des lesbiennes aux époques pertinentes ;
- les raisons motivant l'action des autorités publiques aux époques pertinentes.

La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale

Christian BRUNELLE*

I. La dignité comme notion polysémique	147
II. La dignité comme principe fondateur	151
III. La dignité comme droit fondamental	162
Conclusion	172

* Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval, avocat et chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). La présente étude a été rendue possible grâce au soutien financier du *Fonds québécois de recherche sur la société et la culture* et de la *Fondation du Barreau du Québec*. L'auteur désire remercier Tanaquil Burke, Jean-François De Rico et Mathieu Socqué pour leur assistance dans le repérage des sources.

« *Qui ne la respecte pas
ne prend pas à l'autre sa dignité,
mais perd la sienne propre.* »

Robert Spaemann

L'allusion à la « dignité » dans les textes juridiques consacrés à la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine remonterait au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. C'est manifestement à ce moment que la notion connaît juridiquement son essor¹ et qu'elle est « mise en texte »².

Ainsi, le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 reconnaît sans détour « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et proclame la foi des Nations Unies dans « la dignité et la valeur de la personne humaine ». L'article premier affirme pour sa part que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Toujours en 1948, le premier considérant de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* élève cette fois « à l'état de dignité la personne humaine ». Plus près de nous, la *Déclaration canadienne des droits*³ de 1960 apparaît au même effet alors que le Parlement fédéral y proclame « que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent [...] la dignité et la valeur de la personne humaine... ».

-
1. B. MAURER, « Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humaine », dans J.-Y. MORIN (dir.), *Les droits fondamentaux*, Actes des premières journées scientifiques Réseau *Droits fondamentaux* de l'AUFELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 223 ; C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », dans P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Paris, Economica, 1999, p. 41 ; M.-L. PAVIA, « La dignité de la personne humaine », dans R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 128 et s. ; D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) *N.S. R. du B.* 487, 491 ; L. WEIL, « La dignité de la personne humaine en droit administratif », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, vol. 7, Paris, Economica, 1999, p. 86.
 2. B. MELKEVIK, « Les concepts de personne et de dignité : la question de droit », dans J.-H. ROBERT et S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, coll. Droit privé, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2003, chapitre I, p. 82.
 3. L.R.C. (1985), App. III.

En 1975, sans doute inspiré par ces instruments, le législateur québécois dote sa *Charte des droits et libertés de la personne*⁴ d'un préambule dans lequel il énonce « que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité » et où il souligne « que le respect de la dignité de l'être humain » constitue l'un des fondements « de la justice et de la paix ». Toutefois, le législateur va encore plus loin puisqu'il enchâsse, dans le corps même de la Charte, le droit de « toute personne » à la « sauvegarde de sa dignité »⁵.

Ce faisant, le texte québécois s'inscrit dans un courant qui ne semble pas vouloir connaître d'essoufflement. De fait, l'occurrence de la « dignité » dans les textes juridiques apparaît aujourd'hui en pleine expansion⁶, à telle enseigne que la notion semble douée, pour ainsi dire, du don d'ubiquité : on la retrouve partout !

Mais si les références à la « dignité » abondent dans les textes fondamentaux, elle n'y est paradoxalement jamais définie⁷. Cela tient pour beaucoup à l'incapacité d'en arriver à une définition univoque (I.). Certes, il demeure possible de composer avec son « imprécision remarquable »⁸ tant que la « dignité » occupe principalement la sphère des valeurs et donc l'aire philosophique (II.). Toutefois, quand le législateur, par son intervention bienveillante, fait glisser dans la sphère du droit positif ce qui était jusque-là une notion philosophique ou « a-juridique »⁹, cette notion doit pouvoir se matérialiser, sur le plan juridique, puisque sa conversion en « droit » emporte, pour quiconque est atteint dans sa dignité, la possibilité d'obtenir une réparation (III.).

4. L.R.Q., c. C-12 (ci-après : « Charte québécoise » ou « Charte »).

5. Art. 4 de la Charte québécoise.

6. J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme : L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 175 ; J.-M. PONTIER, « Avant-propos », dans J.-M. PONTIER (dir.), *La dignité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2003, p. 9.

7. B. MAURER, « Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central », dans A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, coll. Laboratoire de théorie juridique, vol. 9, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 1996, p. 187 ; P. PEDROT, « Avant-propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire ? », dans P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Paris, Economica, 1999, p. XIV.

8. V. SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, *Chron.* p. 62.

9. T. PECH, « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Éthique publique*, vol. 3, n° 2, automne 2001, p. 93 ; J.-P. THÉRON, « Dignité et libertés : Propos sur une jurisprudence contestable », dans *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 296.

I. La dignité comme notion polysémique

S'il est une chose qui semble faire consensus lorsqu'il est question de la « dignité », c'est bien sa nature insaisissable. En fait, « la fortune du mot semble avoir emporté la clarté de sa signification »¹⁰. Pour les juristes qui, par formation, pratiquent l'art de la définition, la « dignité » appelle forcément à faire acte d'humilité :

Le droit éprouve une certaine difficulté à définir la dignité humaine car il faut pour trouver son contenu définir ce qui fait l'humanité d'un être humain, or, cette réponse est essentiellement philosophique. Les contours juridiques du principe de dignité restent assez incertains. La notion a un sens multiple.¹¹

Alors que les mots manquent pour décrire l'essence même du concept, le vocabulaire semble inépuisable pour expliquer l'échec des tentatives de définition. C'est ainsi que les auteurs déplorent à l'unisson le caractère abstrait, complexe, extensible, flou, fuyant, imprécis, incernable, incertain, indécidable, indéterminé, instable, intuitif, malléable, nébuleux, protéiforme, pluriel, relatif, subjectif ou vague de la notion !

Pourtant, force est d'admettre que les efforts d'élucidation déployés au fil des ans par la doctrine – principalement française, faut-il préciser – n'ont pas été complètement vains. Outre le fait qu'ils aient permis de dégager la nature fondamentalement polysémique¹² de la « dignité », ils nous permettent aujourd'hui d'établir une typologie qui favorise, nous semble-t-il, une meilleure compréhension du concept.

L'on peut ainsi attribuer à la « dignité » au moins trois sens différents¹³. Le premier, parfois qualifié d'*institutionnel* ou de

10. T. DE KONINCK et G. LAROCHELLE, « Avant-propos », dans T. DE KONINCK et G. LAROCHELLE (coor.), *La dignité humaine : philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coll. Débats philosophiques, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 11.
11. C. LAURENT, *Bioéthique et ordre public*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Montpellier I, Lille, Atelier de reproduction des thèses, 2002, p. 219.
12. F. DELPÉRÉE, « Le droit à la dignité humaine en droit constitutionnel belge », dans COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, coll. Science et technique de la démocratie, n° 26, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, p. 63.
13. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Introduction », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : Recherche sur un processus de juridicisation*, coll. Droit et justice, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 23 et s.

*socio-politique*¹⁴, a trait à « une qualité attachée à un rang ou une fonction officielle »¹⁵. C'est la *dignitas* du droit romain¹⁶, une dignité de type « aristocratique »¹⁷ ou élitiste, socialement acquise, tantôt en fonction de sa naissance, tantôt en fonction du prestige inhérent à une charge, une profession ou une occupation donnée¹⁸. Ainsi comprise, la dignité évoque le « statut honorable »¹⁹, la « respectabilité sociale »²⁰ dont jouissent ce que l'on nomme communément les « dignitaires »²¹. Si ce dernier type de dignité s'acquiert, il demeure tout aussi possible d'en être dépossédé²². À titre d'exemple, la législation professionnelle ou les normes de nature déontologique condamnent invariablement les actes dérogatoires à la dignité d'une profession donnée²³, ce qui fait incidemment dire que « c'est le droit disciplinaire qui semble avoir intégré le mieux, et depuis le plus longtemps, la notion de dignité »²⁴.

La « dignité » présente un deuxième sens, que l'on peut qualifier d'*individualiste*. L'on évoque alors la « dignité de la personne humaine », c'est-à-dire la « dignité personnelle »²⁵ ou « actée »²⁶. Cette représentation de la dignité, qui n'est pas étrangère à la

14. C. NEIRINCK, *supra*, note 1, p. 39.

15. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *supra*, note 13, p. 24.

16. J. BARRETT « Dignatio and the Human Body », (2005) 21 *SAJHR* 525, 528 et s. ; E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », (2005) 1 *R.R.J.* 19, 22.

17. L.R. KASS, *Life, Liberty and the Defense of Dignity – The Challenge for Bioethics*, San Francisco, Encounter Books, 2002, p. 15 et 246 ; H. MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », (1999) 1 *Rev. Dr. Pub.* 159, 191.

18. C. LECOMTE, « Des dignités à la dignité », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme : L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 161 et s.

19. P. D'IRIBARNE, *Vous serez tous des maîtres – La grande illusion des temps modernes*, Paris, Seuil, 1996, p. 155.

20. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 23.

21. R. FERNANDEZ, C. LECCIA, M. VELLUTINI, « De la dignité dans l'histoire des idées politiques », dans Jean-Marie PONTIER (dir.), *La dignité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2003, p. 15.

22. C. NEIRINCK, *supra*, note 1, p. 40.

23. Qu'il suffise d'évoquer ici le *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 59, 59.1, 59.2, 87 et 152, le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 1, art. 2.00.01, 4.01.00.02, 4.02.01, 4.02.02 et 7.01 et le *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q., c. T-16, r. 4.1, art. 2. Pour un exemple jurisprudentiel où un agent de police a été suspendu sans traitement de ses fonctions pour avoir « compromis la dignité » du corps policier, voir *Association des policiers provinciaux du Québec c. Boisvert*, C.S. Montréal, n° 500-17-021613-040, 14 juin 2005, AZ-50318563 (J. Roy, par. 62 et 63).

24. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 21.

25. B. MAURER, *supra*, note 1, p. 246.

26. L'expression est celle de Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'Homme*, coll. Monde européen et international, Paris, La documentation française, 1999, p. 50 et s.

notion d'amour-propre, apparaît bidimensionnelle. Sa dimension *morale* recouvre le fait d'adopter un comportement digne, de faire preuve de dignité, d'observer les convenances, le décorum²⁷, que ce soit dans les relations sociales ou dans l'épreuve. Ce sont ici les vertus ou les qualités morales d'une personne qui retiennent l'attention, tels son courage, sa maîtrise de soi, sa modération, sa capacité à accepter dignement une réalité qui lui est douloureuse, à ne pas s'apitoyer sur son sort, à ne pas accabler autrui de ses malheurs, etc.²⁸. C'est en ce sens que l'on dira parfois d'une personne sous l'effet de l'alcool ou d'une passion quelconque – tel ce pauvre Jef dépeint dans la chanson de Jacques Brel ! – qu'elle manque de dignité²⁹.

La dimension *corporelle* vise plutôt le contrôle que l'individu doit pouvoir exercer sur son corps, son apparence physique et sur l'image qu'il projette³⁰, soucieux qu'il est « de trouver dans le regard de l'autre la confirmation de sa dignité »³¹. La dignité réside alors dans « la pleine possession de soi »³². L'on se trouve ainsi sur le terrain de la fierté, de « l'estime de soi »³³, de « l'estimation subjective de ce qui, aux yeux de quelqu'un, le rend digne ou indigne... »³⁴. On aura compris que définie de cette façon, la dignité peut s'appliquer à toute personne, sans égard à son rang social³⁵.

Le troisième sens, qui se caractérise par sa nature *fondamentale* ou *universaliste*, évoque l'idée, largement associée au philosophe Kant, selon laquelle toute personne humaine doit être traitée comme une fin en soi, jamais comme un simple moyen, un

27. A. GEWIRTH, « Human Dignity as the Basis of Rights », dans M.J. MEYER et W.A. PARENT (dir.), *The Constitution of Rights : Human Dignity and American Values*, Ithaca, Cornell University Press, 1992, p. 12.

28. PEDROT, *supra*, note 7, p. XII ; A.I. MELDEN, « Dignity, Worth, and Rights », dans MEYER et PARENT, *ibid.*, p. 36.

29. B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, coll. Partage du savoir, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 125.

30. *Ibid.*, p. 130-131.

31. B. MAURER, *supra*, note 1, p. 237.

32. S. PHILIPS-NOOTENS, « La bioéthique, une menace pour les droits de l'homme ? Du discours à la réalité », dans S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 53.

33. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 499-500 ; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 530 : « La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. » (J. Iacobucci, par. 53).

34. P. VALADIER, *Morale en désordre : un plaidoyer pour l'homme*, Paris, Seuil, 2002, p. 158.

35. B. LAVAUD-LEGENDRE, *supra*, note 29, p. 125.

pur instrument pour atteindre une fin qui lui est étrangère³⁶. Ainsi entendue, la dignité n'est pas tant acquise qu'innée, voire « ontologique »³⁷. La seule appartenance d'une personne au genre humain suffit alors pour lui conférer une dignité³⁸, sans égard aux agissements qu'elle pose ou aux actes qu'elle subit³⁹, « indépendamment de tout ce qui extérieurement et intérieurement peut l'avilir, l'humilier, ou la détruire »⁴⁰. En ce sens, toute personne humaine est *également* digne.

L'expression « dignité humaine » – par opposition à l'expression « dignité de la personne humaine » – semble alors privilégiée par certains, comme pour mieux marquer la volonté de protéger non seulement l'individu mais aussi toute l'espèce humaine :

[...] la dignité humaine, c'est la dignité qui caractérise l'être humain dans ce qui fait son universalité, tandis que la dignité de la personne humaine c'est la dignité qui caractérise l'être humain dans sa singularité, son unicité.⁴¹

Tout bien considéré, le sens premier ou *institutionnel* de la dignité présente fort peu de traits communs avec le sens *universaliste*. D'une part, alors que l'un est « inégalitaire par principe »⁴², l'autre apparaît indissociable du principe d'égalité⁴³. D'autre part, alors qu'une personne peut socialement « perdre sa dignité », soit au sens *institutionnel* du terme en étant privée du rang ou de la fonction éminente qu'elle occupait, soit encore au sens *individuel* du terme en raison de sa conduite ou de sa condition avilis-

36. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 497-498.

37. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, coll. de droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 460 ; B. LAVAUD-LEGENDRE, *supra*, note 29, p. 146 ; C. MILLON-DELSOL, « Les fondements de l'idée de dignité humaine », *Éthique*, n° 4 (L'embryon (II)), printemps 1992, p. 96.

38. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 23.

39. P. FRUMER, *supra*, note 37, p. 460.

40. B. MAURER, *supra*, note 7, p. 207.

41. J.-M. PONTIER, *supra*, note 6, p. 12.

42. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Analyses », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : Recherche sur un processus de juridicisation*, coll. Droit et justice, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 236.

43. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 23 ; S. ÉVAIN, « Liberté religieuse et respect de la dignité humaine : l'exemple de la question du port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement en France », (1999) 40 *C. de D.* 911, 923 ; R. FERNANDEZ, C. LECCIA et M. VELLUTINI, *supra*, note 21, p. 17 ; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 33, 530 : « Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi... » (J. Iacobucci, par. 53).

sante, elle conserve à jamais sa dignité au sens *universaliste*, laquelle reste « totale », « indestructible », « inamissible »⁴⁴.

Cela dit, il y a cependant une parenté réelle entre le sens *individualiste* et le sens *universaliste* de la dignité. De fait, le sens *universaliste* de la dignité inclut manifestement toutes les dimensions du sens *individualiste* mais ne s'y réduit pas puisqu'il aspire à être encore plus englobant⁴⁵.

Maintenant que la notion de « dignité » est un peu mieux circonscrite – à défaut de pouvoir être définie ! – il faut s'interroger plus à fond sur sa nature véritable dans le contexte de la Charte québécoise.

II. La dignité comme principe fondateur

Si l'intégration de la « dignité » dans des textes juridiques est un phénomène relativement récent, le concept lui-même a des assises millénaires. En rappelant que l'homme est créé à l'image de Dieu, « le premier livre de la Bible, le texte de la Genèse, souligne, dès le départ, la dignité de l'homme »⁴⁶. Cette représentation de l'être humain comme étant intrinsèquement digne n'est évidemment pas propre à la pensée judéo-chrétienne. Elle a une résonance dans la tradition spirituelle chinoise⁴⁷, dans l'Islam⁴⁸ et, pour tout dire, dans toutes les civilisations, quoique à des degrés variables selon les époques et la culture des peuples⁴⁹.

44. B. MAURER, *supra*, note 1, p. 245.

45. Un auteur exprime l'idée autrement alors qu'il évoque « une double dignité, celle de l'être humain (humanité) et celle de la personne humaine (personnalité), la seconde englobant la première » : X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2003, p. 416 (par. 798) (nos italiques).

46. C. AUDEOUD, « L'apport de la pensée chrétienne : entre nouveauté et paradoxe », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme : L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 76. Voir également P. FRAISSEIX, « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo », (2000) 2 *R.I.D.C.* 371, 377 ; T.A. SHANNON « Grounding Human Dignity », (2004) 43(2) *Dialog : A Journal of Theology* 114.

47. Q. ZHANG, « The Idea of Human Dignity in Classical Chinese Philosophy : A Reconstruction of Confucianism », (2000) 27(3) *Journal of Chinese Philosophy* 299.

48. J.J. SHESTACK, « The Philosophical Foundations of Human Rights », dans J. SYMONIDES (dir.), *Human Rights, Concept and Standards*, Jaipur (India), Unesco Publishing, Rawat Publications, 2002, p. 31.

49. T. DE KONINCK, « Archéologie de la notion de dignité humaine », dans T. DE KONINCK et G. LAROCHELLE (coor.), *La dignité humaine : philosophie, droit,*

C'est Kant qui semble avoir le mieux décrit le sens de la « dignité » à l'époque moderne. Pour le philosophe, toute personne humaine est une « fin en soi » et ne doit jamais être utilisée comme un simple moyen, un pur instrument pour atteindre une fin qui lui est jugée supérieure. L'être humain est au-dessus de tout prix⁵⁰, il a une valeur intrinsèque, incommensurable, absolue et immuable qui lui confère une dignité fondamentale, laquelle commande, en toutes circonstances, un infini respect.

Cette « dignité » constitue même la « source », le fondement ultime des droits et libertés de la personne⁵¹. C'est parce qu'elles sont intrinsèquement dignes que l'on doit reconnaître aux personnes humaines des droits et libertés⁵². C'est sans doute là l'idée que cherche à exprimer le législateur quand il affirme, dès les premières lignes du préambule de la Charte québécoise, « que tout être humain possède des droits et libertés *intrinsèques* ». La dignité, au sens *universaliste* du terme, garantit donc, en quelque sorte, « le droit à avoir d'autres droits »⁵³. Ainsi, il y a :

[...] un lien causal étroit entre, d'une part, le concept de dignité et, d'autre part, la reconnaissance des droits fondamentaux : puisque les droits de la personne *découlent* de la dignité humaine, cela implique en effet que celle-ci en constitue la cause et, partant, le *principe fondateur*.⁵⁴

politique, économie, médecine, coll. Débats philosophiques, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 13 et s. ; N. JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law : National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 7.

50. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme », dans E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 125 : « Alors que le prix s'attache à ce qui, dans le commerce, se remplace, la dignité, en revanche, caractérise ce qui demeure hors commerce et inaliénable – la dignité, précisait Kant, s'attache à ce qui est une « fin en soi », alors que le prix n'a jamais qu'une valeur relative. ».
51. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *supra*, note 13, p. 31 ; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 467 ; O. SCHACHTER, « Human Dignity as a Normative Concept », (1983) 77 *A.J.I.L.* 848, 853.
52. A. GEWIRTH, *supra*, note 27, p. 10 ; R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 534 (J. Lamer).
53. X. BIOY, *supra*, note 45, p. 399 (par. 759) (citant D. ROUSSEAU) ; M.-A. RICARD, « Le défi du politique », dans T. DE KONINCK et G. LAROCHELLE (dir.), *La dignité humaine : philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coll. Débats philosophiques, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 110 ; P. VALADIER, *supra*, note 34, p. 168.
54. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 492 (nos italiques). C'est aussi l'expression « principe fondateur » que retiennent É. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 165 (par. 130).

Cela étant, quand le législateur affirme, au deuxième considérant du préambule de la Charte, que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité », il n'énonce pas tant un « droit » qu'un « principe » :

[...] la dignité de l'être humain est le principe d'où découlent « en conséquence » les droits fondamentaux ; ils prennent vie et intelligence par et dans lui, mais, en retour, le principe de dignité ne s'accomplit, ne devient effectif que par eux.⁵⁵

La dignité serait donc un principe antérieur, « préexistant à toute construction juridique »⁵⁶, qui innerve et irrigue le droit. L'on dira ainsi de ce « principe » qu'il est « agrégateur de droits »⁵⁷, « matriciel »⁵⁸, « organisateur des libertés »⁵⁹, « régulateur des autres droits »⁶⁰, bref « supérieur »⁶¹.

Il est vrai que, parfois, la « dignité » est plutôt assimilée à une « valeur »⁶², la « valeur des valeurs »⁶³ dit-on, laquelle est tour

55. D. ROUSSEAU, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 70.

56. B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, *Chron.* p. 284.

57. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et dignité », dans P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Paris, Economica, 1999, p. 124.

58. B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », dans A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, coll. Laboratoire de théorie juridique, vol. 9, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 1996, p. 230.

59. T. PECH, *supra*, note 9, p. 116.

60. J.M. CARDOSO DA COSTA, « Le principe du respect de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes », dans COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, coll. Science et technique de la démocratie, n° 26, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, p. 56 ; L. JEANNIN, « Le principe de dignité en droit allemand : L'interprétation et le renforcement de la valeur axiologique des droits fondamentaux », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : Recherche sur un processus de juridicisation*, coll. Droit et justice, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 174.

61. J. FIERENS, *supra*, note 6, p. 178 ; C. LAURENT, *supra*, note 11, p. 218 ; P. PEDROT, *supra*, note 7, p. XIII ; J.-P. THÉRON, *supra*, note 9, p. 305.

62. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 42 ; N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, Paris, Economica, 1999, p. 119 et s. ; T. PECH, *supra*, note 9, p. 93.

63. P. PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », dans P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Paris, Economica, 1999, p. 59.

à tour qualifiée de « consubstantielle »⁶⁴, « fondatrice »⁶⁵, « inconditionnelle »⁶⁶, « métaphysique »⁶⁷, « suprême »⁶⁸...

Peut-être ne faut-il pas s'étonner que l'on confonde ainsi « principe » et « valeur ». De fait, la Cour suprême du Canada semble utiliser indifféremment les deux termes⁶⁹. Pour elle, « le respect de la dignité inhérente de l'être humain » fait partie intégrante « des *valeurs* et des *principes* essentiels à une société libre et démocratique »⁷⁰. Alors que le libellé de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷¹ ne fait pas même allusion à la notion de « dignité humaine »⁷², la Cour considère cette notion comme une « *valeur* essentielle », une « *valeur* sous-jacente »⁷³ qui « inspire la Charte » et « sous-tend tous les droits garantis » par elle⁷⁴.

En fait, l'on est sans doute en présence d'un véritable « principe juridique »⁷⁵, c'est-à-dire « un énoncé significatif de justification, de direction et d'adaptation, traduisant des valeurs sociales dominantes et des finalités particulières du droit »⁷⁶. Or, ce principe, que les juges ont « dégagé » d'une Charte canadienne pourtant muette sur la question de la « dignité », est pour sa part consacré explicitement dans le préambule de la Charte québécoise.

64. R. FERNANDEZ, C. LECCIA et M. VELLUTINI, *supra*, note 21, p. 28.

65. B.-M. DUFFÉ, « Une éthique de la dignité humaine peut-elle avoir un sens sans prendre appui sur le principe de la réciprocité ? », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme : L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 168 ; BARRETT, *supra*, note 16, p. 546.

66. P. FRUMER, *supra*, note 37, p. 459 (par. 615).

67. L. JEANNIN, *supra*, note 60, p. 167.

68. B. MATHIEU, *supra*, note 58, p. 214.

69. D. ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 65.

70. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 (J. Dickson) (nos italiques).

71. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après : « Charte canadienne »).

72. L.E. WEINRIB, « Human Dignity as a Rights-Protecting Principle », (2004) 17 *N.J.C.L.* 325 (note 1), rappelle qu'une tentative visant à faire ajouter, dans le préambule de la Charte canadienne, une mention évoquant notamment « la dignité et la valeur de la personne humaine » a échoué lors des travaux parlementaires qui ont mené à l'adoption du texte constitutionnel.

73. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 353 (J. Bastarache, par. 77 et 78) (nos italiques).

74. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1167 et 1179 (J. Cory, par. 86 et 120).

75. La démonstration en a été faite, de façon magistrale, par MAURER, *supra*, note 25.

76. Nous retenons ici la définition proposée par le professeur ROUX, *supra*, note 69, p. 69.

Cela signifie que lorsqu'ils sont appelés à interpréter les droits quasi constitutionnels, à déterminer leur sens, à préciser leur portée ou à établir leurs limites, les tribunaux doivent sans cesse garder à l'esprit que toute personne possède une dignité inhérente que le droit doit reconnaître, respecter et préserver. Le préambule constitue en cela un « guide »⁷⁷ susceptible de produire « d'importants effets juridiques » non seulement en facilitant l'interprétation des « termes ambigus » de la Charte québécoise mais en favorisant l'observance des « principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles » du texte quasi constitutionnel⁷⁸ :

[...] la dignité se pose en tant que valeur transcendante à tous les droits et libertés et inscrite dans le préambule de la *Charte*, ce qui en fait un principe premier d'interprétation de celle-ci. La *Charte* consacre ainsi cette valeur [...] en tant que principe constituant le fondement de tous les droits et libertés...⁷⁹

Cela dit, si le principe fondateur de la dignité peut manifestement servir de guide, il peut aussi mener le convoi judiciaire à des destinations parfois inhospitalières. Ainsi, dans l'arrêt *Lambert c. Québec (Procureur général)*⁸⁰, un prestataire de la sécurité du revenu avait conclu, avec le Centre Travail-Québec, un contrat afin d'effectuer un stage en milieu de travail à titre d'agent de bureau à la photothèque du ministère du Tourisme. L'horaire de travail était de 35 heures par semaine. Pour toute rémunération, monsieur Lambert touchait sa prestation mensuelle de 613 \$, à laquelle s'ajoutait un montant de 100 \$ et une prime de 4 % pour vacances. Fait à noter, la *Loi sur la sécurité du revenu* alors applicable prévoyait expressément que le bénéficiaire d'une telle mesure de développement de l'employabilité ne bénéficiait pas de la protection de la *Loi sur les normes du travail* et, par voie de conséquence, du droit au salaire minimum. Selon monsieur Lambert, cette exclusion législative était discriminatoire à son égard.

77. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 546 (j. McIntyre).

78. Voir, par analogie, *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 69 et 75 (j. Lamer, par. 95 et 104).

79. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Transport en commun La Québécoise inc.*, T.D.P. Longueuil, n° 505-53-000001-013, 30 août 2002, AZ-50143931 (j. Rivet, par. 31).

80. [2002] R.J.Q. 599 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [2003] 1 R.C.S. xii).

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel du Québec jugeait que le législateur n'avait pas contrevenu à la norme d'égalité de la Charte québécoise dans les circonstances. Certes, jugeait la Cour, monsieur Lambert était l'objet d'une distinction fondée sur sa « condition sociale » de prestataire de la sécurité du revenu⁸¹. Toutefois, cette distinction n'avait nullement pour effet de détruire ou de compromettre son droit à la pleine égalité dans l'emploi. Selon la Cour, l'appelant n'est pas parvenu à prouver qu'il était l'objet « d'une atteinte à la dignité humaine », vu son incapacité à « démontrer que la loi repose sur des stéréotypes ou qu'elle a pour effet de les renforcer à l'endroit de certains individus ou de groupes de personnes »⁸² :

Loin de porter atteinte à la dignité humaine, les mesures visent précisément à améliorer la situation des personnes qui, au sein de la collectivité québécoise, sont défavorisées. Ces personnes ne peuvent pas, du même souffle, se prévaloir de l'exclusivité des mesures et se plaindre de ne pas être considérées sous certains aspects limités, lors de leur application, comme des employés sur le marché régulier du travail.⁸³

C'est ainsi que le principe de la dignité humaine est utilisé non pas pour accroître la protection de l'égalité mais plutôt pour en restreindre la portée. Qu'il y ait des rapports de promiscuité entre le principe de dignité et le principe d'égalité, c'est là l'évidence : l'un est pour ainsi dire la source de l'autre. Toutefois, le mariage des principes célébré ici par la Cour d'appel n'apparaît pas particulièrement heureux.

Dans les faits, le renvoi qu'elle fait au principe de dignité est tout droit tiré de la jurisprudence développée en application de la garantie d'égalité de la Charte canadienne⁸⁴, laquelle présente pourtant des différences importantes par rapport à la norme québécoise d'égalité. Premièrement, comme la Charte canadienne est de nature pleinement constitutionnelle, elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la seule volonté du Parlement fédéral ou d'une assemblée législative provinciale. Cette réalité impose donc aux tribunaux une prudence accrue dans l'interprétation du texte constitutionnel puisque la capacité des élus de

81. *Ibid.*, 610 (par. 74 à 78).

82. *Ibid.*, 611 (par. 84).

83. *Ibid.*, 612 (par. 95).

84. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 33, 529 et s. (j. Iacobucci).

refondre la Constitution pour corriger, par hypothèse, le « tir judiciaire » apparaît fort réduite dans le contexte actuel. Il va de soi que le législateur québécois ne fait pas face à des contraintes d'une telle ampleur s'il souhaite apporter des modifications à la Charte québécoise, toute « quasi constitutionnelle » soit-elle⁸⁵. Deuxièmement, alors que la garantie constitutionnelle d'égalité est sans cesse invoquée à l'encontre de mesures gouvernementales qui, par essence, cherchent à servir l'intérêt public, la norme québécoise d'égalité s'applique aussi aux activités de nature purement privée, lesquelles ne commandent évidemment pas le même degré de déférence⁸⁶. Troisièmement, alors que la garantie constitutionnelle d'égalité comporte une énumération non limitative des caractéristiques personnelles susceptibles de fonder une discrimination illicite⁸⁷, la liste des motifs de discrimination prohibés par la Charte québécoise est pour sa part exhaustive⁸⁸.

À la lumière de ces divers éléments contextuels, l'on comprend peut-être un peu mieux certaines des raisons⁸⁹ qui incitent la Cour suprême du Canada à imposer à toute personne qui souhaite se prévaloir de son droit à l'égalité, au sens de la Charte canadienne, la démonstration que la mesure gouvernementale qu'elle attaque porte atteinte à sa dignité fondamentale. D'une certaine manière, c'est là un moyen pour la Cour : *i*) de composer avec la rigidité inhérente à notre régime constitutionnel ; *ii*) d'aménager à la faveur des gouvernements une marge de manœuvre apte à mieux servir l'intérêt public et ; *iii*) de contenir les contestations futiles qu'une énumération non limitative de caractéristiques personnelles pourrait potentiellement susciter.

Or, ces considérations nous apparaissent bien peu pertinentes dans le contexte de la Charte québécoise. D'une part, dans l'état actuel des choses, le législateur conserve la pleine maîtrise

85. A. MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, 54 ; A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise mise en péril », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif* (1993), vol. 45, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 71 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La dynamique juridique de la Charte*, Étude n° 6 (rédaction : M. COUTU et P. BOSSET), Montréal, CDPDJ, 2003, p. 264 et s.

86. *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1123 (j. Cory).

87. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 175 (j. McIntyre).

88. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 696 (j. L'Heureux-Dubé, par. 69) ; *Modes Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.), 2806 (*per curiam*) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1994] 1 R.C.S. ix).

89. Le professeur D. PROULX, *supra*, note 1, p. 505 et s., en évoque quelques autres également pertinentes.

de la Charte et peut la modifier à sa guise, au même titre que toute autre loi québécoise⁹⁰. Ainsi, comme la Charte québécoise ne présente pas le « degré élevé de rigidité »⁹¹ de la Charte canadienne, les tribunaux n'ont pas à craindre de commettre « l'erreur irréparable » qu'ils peuvent par ailleurs appréhender au contact du texte constitutionnel. D'autre part, cette pleine maîtrise du processus législatif permet justement au législateur d'aménager la marge de manœuvre qu'il estime requise pour assurer l'intérêt public. C'est incidemment ce qu'il a fait au sujet des distinctions fondées sur l'âge⁹². Dans la mesure où celles-ci sont prévues par la loi, elles demeurent inattaquables. Par ce mécanisme d'autoprotection, le législateur met donc à l'abri des contestations judiciaires les dispositions législatives qui comportent des distinctions fondées sur l'âge. Logiquement, il faut donc en déduire, *a contrario*, qu'il n'entendait offrir aucune protection particulière aux lois qui comportent des distinctions fondées sur un motif de discrimination autre que l'âge, telle la loi en cause dans l'arrêt *Lambert*. Du reste, pour ce qui est des risques que la norme québécoise d'égalité puisse être invoquée pour des raisons futiles, le droit québécois aménage déjà des mécanismes suffisamment efficaces pour contrer les abus⁹³, le cas échéant, sans qu'il soit nécessaire de poser un obstacle additionnel à la partie demanderesse en exigeant d'elle la preuve d'une atteinte à sa dignité.

En somme, sans nier la pertinence du principe de dignité comme « guide » dans l'interprétation de la norme québécoise d'égalité, ce principe ne devrait pas servir à alourdir le fardeau de preuve de la personne qui s'estime, à première vue, victime de discrimination. Dans l'esprit du législateur, croyons-nous, toute distinction fondée sur l'un ou l'autre des motifs de discrimination énumérés dans la Charte québécoise est, *en soi*, susceptible de miner la dignité de la personne.

90. Voir à ce propos QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1 (Bilan et recommandations), Montréal, CDPDJ, 2003, p. 103. Notons d'ailleurs que la Commission souhaiterait qu'il en soit autrement, d'où sa recommandation, énoncée à la page 104 de ce même Bilan, « que toute modification aux dispositions de la Partie I de la Charte (actuels articles 1 à 48) doive être adoptée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale ».

91. QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *supra*, note 85, p. 271.

92. Selon le libellé même de l'article 10 de la Charte québécoise, seule « une distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] l'âge *sauf dans la mesure prévue par la loi* » (nos italiques) est interdite.

93. Voir, à titre d'exemples, l'article 77, al. 2(2) et (3) de la Charte québécoise ou encore les articles 55 et 165 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après : « *Code de procédure civile* »).

C'est pourquoi dès qu'une distinction préjudiciable à un individu ou à un groupe d'individus repose sur l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles limitativement énumérées par la Charte québécoise, il faudrait *présumer* qu'il y a atteinte à la dignité humaine de manière à provoquer, comme il se doit⁹⁴, le renversement du fardeau de la preuve⁹⁵. Il appartiendrait alors à la partie défenderesse de convaincre le tribunal que des raisons impérieuses justifient une telle entorse à la norme québécoise d'égalité, ce qu'elle pourrait faire en se fondant sur des considérations proprement égalitaires, en démontrant une atteinte sérieuse aux droits et libertés d'autrui ou en s'appuyant sur les dispositions justificatives de la Charte québécoise expressément applicables en matière de discrimination⁹⁶. Si, par hypothèse, ces dernières s'avéraient insuffisantes, c'est au législateur que devrait revenir la tâche de combler les lacunes « structurelles »⁹⁷ de la Charte⁹⁸, lui qui a la pleine maîtrise du processus législatif⁹⁹.

94. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 88, 701 (J. L'Heureux-Dubé, par. 84).

95. D. ROBITAILLE, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », (2002) 62 *R. du B.* 321, 336 et s.

96. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 535-540.

97. Ces lacunes nous semblent particulièrement évidentes en matière de justification : C. BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive ? », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 351-352 et 376. Dans l'immédiat, à la lumière de la jurisprudence dominante, peut-être convient-il de faire une distinction entre l'*insuffisance* et l'*inexistence* d'une disposition justificative dans un cas donné. Par exemple, l'article 20 de la Charte québécoise montre *explicitement* que le législateur se souciait de la question des justifications possibles face à une allégation de discrimination en matière d'emploi. Aussi devrait-on postuler la plénitude du moyen de défense qu'il y aménage, que l'on se situe en droit public ou en droit privé. En revanche, dans les cas où il y a *inexistence* d'un moyen de défense *explicite* aménagé par la Charte dans un domaine donné, les tribunaux, affranchis des contraintes textuelles, pourraient créer, par interprétation et sans forcément faire violence au texte, un moyen de défense relatif à l'existence d'une « contrainte excessive », ce qu'ils ont d'ailleurs fait à quelques reprises. Voir, à ce propos, C. BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, vol. 7, Collection de droit 2006-2007, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 66-67.

98. C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 101 (note 520) et 143 ; D. PROULX, *supra*, note 1, p. 540 ; *contra* : ROBITAILLE, *supra*, note 95, p. 339 ; D. ROBITAILLE, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus », (2004) 35 *R.D.U.S.* 103, 125-126 (note 81).

99. Manifestement, la Cour d'appel du Québec ne l'entend toujours pas ainsi. Si elle a fait récemment un pas dans la bonne direction en se montrant prête à ne pas appliquer le critère de l'atteinte à la dignité dans les cas où l'allégation de discrimination serait portée contre un particulier ou une personne morale de droit

L'on comprend dès lors que le gouvernement québécois a eu la partie plutôt facile dans l'arrêt *Lambert*. La chose s'explique d'autant plus mal que, dans le contexte du travail, rémunération et dignité entretiennent des liens très étroits¹⁰⁰. En effet, « les niveaux de rémunérations qui expriment une faible reconnaissance des travaux réalisés s'opposent à une pleine dignité professionnelle »¹⁰¹. D'ailleurs, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* rappelle bien, au paragraphe 23(3), que « [q]uiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine ». De même, l'alinéa 7a)(i) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* reconnaît le droit de « toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables » qui lui assure, notamment, un « salaire équitable ». Selon l'interprétation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels :

L'article 7 établit le *droit à une rémunération minimum* du travail et stipule (sic) d'une part que le salaire doit être juste et suffisant pour garantir une existence décente et d'autre part que les conditions de travail doivent être justes et favorables. Un salaire est jugé juste quand il est équitable et équilibré¹⁰².

Or, dans son étude des programmes d'employabilité mis sur pied par plusieurs provinces canadiennes, dont le Québec, « le Comité s'est montré préoccupé par l'insuffisance du salaire minimum, lequel n'est généralement pas assez élevé pour garantir au travailleur ou à sa famille un niveau de vie suffisant »¹⁰³. D'ailleurs, encore tout récemment, le Comité déplorait toujours cette même situation¹⁰⁴. Ainsi, compte tenu de la présomption

privé, elle persiste à appliquer le critère dans les cas où ce sont des « normes législatives ou réglementaires » ou encore une « politique gouvernementale » qui sont en cause : *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2006] R.J.Q. 378 (C.A.).

100. T. REVET, « La dignité de la personne humaine en droit du travail », dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, vol. 7, Paris, Economica, 1999, p. 140, illustre d'ailleurs la chose en citant, notamment, les constitutions belge et italienne.
101. P. D'IRIBARNE, *supra*, note 19, p. 153.
102. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Fiche d'information No. 16 (Rev. 1) [En ligne : http://www.ohchr.org/french/about/publications/docs/fs16_fr.htm] (nos italiques) (page consultée le 31 août 2006).
103. D. ROUX, *supra*, note 69, p. 141.
104. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – Canada*, E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006, par. 11f, 18 et 47 [En ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/427/84/PDF/G0642784.pdf?OpenElement>] (page consultée le 31 août 2006).

selon laquelle « il faut interpréter le droit national à la faveur des obligations internationales du Canada »¹⁰⁵, il nous semble que le constat d'une atteinte à la dignité s'imposait dans l'arrêt *Lambert* :

Le fait de ne pouvoir recevoir le même salaire et les mêmes avantages que les autres travailleurs et d'être exclu de la protection offerte par les normes minimales de travail par l'effet d'un traitement différent fondé sur la condition sociale, n'est-ce pas là un indice de taille qui tend à démontrer l'existence d'une atteinte à la dignité ?¹⁰⁶

Somme toute, la décision de la Cour d'appel du Québec nous apparaît bien peu convaincante pour illustrer en quoi l'utilisation de la dignité, en tant que principe juridique, peut contribuer à affermir la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne¹⁰⁷. Ce principe peut pourtant jouer efficacement ce rôle. À preuve, il est parfois appelé en renfort pour étayer un droit (ou une liberté) déjà consacré dans la Charte québécoise. L'atteinte à ce droit agit alors comme un « révélateur » d'une atteinte à la dignité qui se matérialise, pour ainsi dire, par procuration. À titre d'exemples, les tribunaux n'hésitent pas à conclure que des atteintes aux droits à la protection contre le harcèlement discriminatoire¹⁰⁸ ou l'exploitation des personnes âgées¹⁰⁹ sont aussi, en soi, attentatoires à la « dignité » de la personne.

105. Voir, à ce propos, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *supra*, note 85, p. 283 ; Gilles TRUDEAU, « Les droits fondamentaux de l'Homme au travail : de la logique internationale à la logique canadienne », dans Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 324 et s.

106. D. ROUX, *supra*, note 69, p. 440.

107. Comme le souligne avec à-propos B. LAVAUD-LEGENDRE, *supra*, note 29, p. 123, la notion de dignité « peut en effet répondre à plusieurs aspirations du droit : assurer une protection accrue des droits et libertés individuelles ou, à l'inverse, renforcer l'intérêt public face à des revendications particulières » (nos italiques). L'arrêt *Lambert* s'inscrit clairement dans cette seconde aspiration.

108. C. BRUNELLE, « La protection quasi constitutionnelle contre le harcèlement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2000)*, vol. 134, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 191 (note 25) ; PROULX, *supra*, note 1, p. 501 ; C. SHEPPARD, « Harcèlement en milieu de travail : vers une approche systémique », dans J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 142.

109. *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Vallée*, [2003] R.J.Q. 2009 (T.D.P.Q.) (j. Rivet, par. 103) ; confirmé : *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bilodeau*, J.E. 2006-420 (T.D.P.Q.).

Cela dit, la Charte québécoise va encore plus loin dans la protection de la dignité fondamentale de l'être humain puisqu'elle ne se limite pas à consacrer la « dignité » comme « principe fondateur ». En effet, contrairement à la Charte canadienne qui ne garantit pas la dignité sous forme d'« un droit constitutionnel distinct », « autonome » ou indépendant »¹¹⁰, la Charte québécoise élève formellement la « dignité » au rang des « droits ». Il importe donc de mesurer les conséquences de cette mutation...

III. La dignité comme droit fondamental

L'article 4 de la Charte québécoise affirme que « [t]oute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation ». Cette disposition fut intégrée dès le départ dans le texte quasi constitutionnel.

L'on sait que la Charte résulte en partie des travaux de l'ancien Office de révision du Code civil (O.R.C.C.)¹¹¹. Au moment de déposer son rapport à l'O.R.C.C., le Comité sur les droits civils, présidé par le professeur Frank R. Scott et constitué des juristes Jean Beetz, Gérald Ledain – qui, incidemment, siégeront tous les deux à la Cour suprême du Canada plus tard – et Jacques-Yvan Morin, disait avoir « voulu rassembler les grands principes qui consacrent la place centrale de la personne en droit privé [...] d'une manière suffisamment précise pour que tribunaux et juristes puissent les appliquer dans les faits »¹¹².

Au sujet de ce qui allait devenir l'actuel article 4 de la Charte, le Comité sur les droits civils écrivait ce qui suit :

Le Comité n'a point l'intention, en proposant cet article, de créer de nouvelles causes d'action. Les arrêts mentionnent surtout l'honneur et la réputation, mais on y trouve également l'idée de la sauvegarde de la dignité humaine.

Il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre la dignité, l'honneur et la réputation. Par exemple, il peut y avoir des préjudices tels que l'infliction de traitements humiliants, en l'absence de témoins, qui ne portent pas strictement atteinte à l'honneur et à la

110. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, *supra*, note 73, 353-355 (J. Bastarache, par. 77 à 80).

111. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 4 et s.

112. QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des droits civils*, Montréal, 1966, p. 1.

réputation, mais qui néanmoins blessent la dignité. Le Comité estime qu'il est nécessaire d'employer ces trois termes pour donner plein effet aux principes qui se trouvent dans la jurisprudence.¹¹³

Nous trouvons dans ces mots les seules explications avancées pour justifier le libellé de l'article 4 de la Charte. De fait, la consultation du journal des débats parlementaires révèle que cette disposition fut adoptée... sans le moindre débat¹¹⁴ !

D'emblée, quelques remarques s'imposent. Premièrement, la reconnaissance du « droit à la sauvegarde de sa dignité » s'inscrirait ainsi dans une volonté de « rassembler les grands principes [...] d'une manière suffisamment précise ». D'une part, en insérant une référence à la « dignité » non seulement dans le préambule mais aussi dans le corps même de la Charte québécoise, le législateur délaisse forcément le domaine des « principes » pour investir plutôt celui du « droit », avec les conséquences pratiques que nous verrons. D'autre part, le souhait de précision fait ici sourire tant la « dignité », nous l'avons vu, apparaît indéfinissable. Deuxièmement, il semble que le recours à la notion de « dignité » à l'article 4 de la Charte n'avait pas pour but « de créer de nouvelles causes d'action ». Si l'affirmation a pu en rassurer certains à l'époque¹¹⁵, elle montre aussi que l'on a sans doute sous-estimé l'évolution qu'allait connaître, par la suite, le concept de « dignité ».

Cela dit, l'association de la « dignité » avec les concepts d'« honneur » ou de « réputation » n'est pas sans précédent¹¹⁶. Sans que l'on puisse établir avec certitude une quelconque filiation entre la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹¹⁷ de 1969 et la Charte québécoise, il n'est pas sans intérêt de rappeler que la première prévoit, à son paragraphe 11(1), que « [t]oute

113. QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des droits civils*, vol. IV, Montréal, 1968, p. 16.

114. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, commissions parlementaires, 3^e session, 30^e Législature, 25 juin 1975, n° 153, p. B-5008.

115. Le Barreau du Québec était semble-t-il du nombre, lui qui concluait que la disposition proposée exprimait simplement « dans un texte des principes déjà reconnus mais non écrits » : BARREAU DU QUÉBEC, « Opinions sur le rapport du Comité des droits civils créé par l'Office de révision du Code civil », (1967) 27 *R. du B.* 406, 407.

116. D. FELDMAN, « Human Dignity as a Legal Value – Part I », (1999) *P.L.* 682, 687 et 696 ; B. MATHIEU, *supra*, note 58, p. 221. Par exemple, l'article 17(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *R.T. Can.* 1976 n° 47, énonce que « Nul ne sera l'objet [...] d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ».

117. 1144 *R.T.N.U.* 123.

personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité »¹¹⁸.

De manière générale, l'honneur et la réputation sont considérés comme des composantes de la dignité¹¹⁹. L'honneur peut être défini « comme étant soit la voix intérieure de la conscience, soit l'exigence de la vie civique »¹²⁰. Ainsi compris, il peut recouper à la fois le sens *institutionnel* et la dimension morale du sens *individualiste* de la dignité. L'honneur peut donc s'acquérir mais aussi se perdre – ne dit-on pas, d'ailleurs, « perdre son honneur », d'où la nécessité, parfois, de le « défendre » pour éviter pareille humiliation... – en fonction des faits et gestes de la personne, sous le regard du corps social. Dans les faits, la dignité subsume l'honneur qui apparaît, pour ainsi dire, comme un héritage du passé¹²¹. La réputation est aussi au cœur des relations sociales. Tandis que la bonne réputation « rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne »¹²², « représente et reflète sa dignité inhérente »¹²³, l'atteinte à sa réputation a précisément pour effet de lui faire « perdre l'estime ou la considération » dont elle jouit en suscitant, contre elle, « des sentiments défavorables ou désagréables »¹²⁴.

Mais si l'« honneur » et la « réputation » participent de la « dignité » de la personne, la notion de « dignité » recoupe une réalité infiniment plus vaste que ces deux concepts auxquels le légis-

118. Malheureusement, cette disposition d'intérêt à des fins comparatives semble avoir retenu très peu l'attention jusqu'ici : S. DAVIDSON, *The Inter-American Human Rights System*, Aldershot/Brookfield (USA), Dartmouth, 1997, p. 308 ; H. TIGROUDJA et I.K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'Homme : Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 215 (par. 163).

119. É. DELEURY et D. GOUBAU, *supra*, note 54, p. 166 (par. 130).

120. B. BEIGNIER, « Honneur », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 790.

121. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *supra*, note 42, p. 234 ; L. INGBER, « De l'égalité à la dignité en droit : De la forme au contenu », dans *Pouvoir et Liberté*, Études offertes à J. MOURGEON, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 912. Comme l'affirme D.G. RÉAUME, « Discrimination and Dignity », dans F. FARADAY, M. DENIKE et M.K. STEPHENSON (dir.), *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2006, p. 144-145 : « In its modern guise, [dignity's] role has been to give an egalitarian twist to notions of worth that had previously been defined by hierarchical understandings of relations between people. Before Enlightenment, worth was identified with honour, which cannot be equally distributed without destroying its meaning. Those honoured were the social superiors of those not. ».

122. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, *supra*, note 74, 1175 (j. Cory, par. 108).

123. *Ibid.*, 1179 (par. 120).

124. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 684 (j. L'Heureux-Dubé, par. 33, citant avec approbation *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), 1818).

lateur l'associe. L'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*¹²⁵ en constitue encore aujourd'hui l'exemple le plus révélateur. Les salariés d'un centre hospitalier spécialisé dans les soins pour personnes atteintes de déficience intellectuelle craignaient les effets d'une restructuration administrative envisagée par l'employeur. Malgré un avis défavorable de l'exécutif syndical, 82,5 % des membres du syndicat votaient, lors d'un référendum, en faveur du déclenchement d'une grève illégale, laquelle allait durer 33 jours. L'exercice de ce moyen de pression illicite allait avoir des conséquences réelles sur les bénéficiaires : accentuation des troubles de comportements (automutilation, bousculade, crises d'impatience, incontinence, pleurs...), climat agité, confinement dans leur unité, erreurs dans l'administration des médicaments, maintien prolongé dans leurs souillures, port « obligé » de la jaquette plutôt que de leurs vêtements personnels, privation de collations, réduction appréciable des soins d'hygiène de base, suspension des activités d'éveil et de divertissement, etc.). Le curateur public allait subséquemment être autorisé à exercer un recours collectif contre les instances syndicales impliquées (soit le syndicat local, la fédération et la centrale syndicales auxquelles il appartient) au nom des 703 bénéficiaires privés, pendant la période de débrayage, de certains des soins et services généralement dispensés par le personnel. Parmi les droits invoqués au soutien de ce recours se trouvait le « droit à la sauvegarde de sa dignité ».

Prenant acte du fait que la dignité constitue, dans le cadre de la Charte québécoise, non seulement « une valeur sous-jacente aux droits et libertés qui y sont garantis » mais aussi « un droit protégé spécifiquement », la Cour suprême du Canada jugeait « que l'art. 4 de la Charte vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même »¹²⁶.

Ainsi, selon la Cour, il y avait bel et bien, en l'espèce, atteinte à la dignité des bénéficiaires. Le fait qu'en raison de leur condition mentale, ceux-ci n'aient pas été en mesure d'avoir pleine conscience ni des perturbations engendrées par l'exercice illégal de la grève sur leur milieu de vie, ni de l'inconfort dont ils avaient souff-

125. [1996] 2 R.C.S. 211.

126. *Ibid.*, 254 et 256 (j. L'Heureux-Dubé, par. 100 et 105).

fert en conséquence n'y changeait rien puisque la dignité commande résolument une « appréciation objective »¹²⁷.

C'est donc le sens *universaliste* de la dignité qui est au cœur du droit garanti par l'article 4 de la Charte québécoise. Qu'une personne soit réduite à l'état de « loque », de « légume » ou même de « déchet » – pour utiliser un odieux jargon populaire – n'altère en rien sa qualité d'être humain qui mérite, à ce seul titre, considération et reconnaissance :

Reconnaissance à l'adresse aussi bien de celui qui n'a pas encore accédé au langage ou qui a partiellement perdu cet accès, de celui dont la liberté est entravée, diminuée, disloquée, que de celui qui par ses forfaits ou ses crimes semble avoir renié notre commune humanité. Envers tous ceux-là, et même envers ces derniers, nous ne pouvons pas renoncer à confesser notre solidarité humaine et donc à agir en conséquence. La dignité humaine ainsi conçue engage envers autrui quand bien même autrui semble avoir perdu toute apparence d'humanité, et ne plus être à même d'exhiber les attributs (autonomie, langage, mémoire) que l'on s'accorde à reconnaître à cet animal étrange qu'est l'homme. Il faut même aller jusqu'à dire que nous nous honorons d'autant plus comme hommes que nous tenons pour digne de notre regard et de notre commisération (ou de notre bienveillance) celui ou celle qui a perdu toute apparence humaine honorable ou socialement repérable...¹²⁸

Voilà pourquoi l'expression « droit à la dignité » n'a pas véritablement de sens¹²⁹, si ce n'est pour valoir comme ellipse. Puisque la dignité est innée chez l'être humain, qu'« elle s'impose à lui »¹³⁰, qu'elle est une qualité inhérente et que chacun en est forcément doté peu importe sa condition ou ses actions, il est donc vain de la « réclamer »¹³¹, de chercher à la « gagner » ou à l'« obtenir »¹³², même en justice¹³³. Manifestement, la dignité tient de l'être bien plus que de l'avoir¹³⁴, d'où la formulation privilégiée par

127. *Ibid.*, 256-257 (par. 108). Voir dans le même sens : *Groupe Champlain inc. c. Lauzon*, D.T.E. 2001T-544 (C.S.) ; X. BIOY, *supra*, note 45, p. 727 (par. 1355).

128. P. VALADIER, *supra*, note 34, p. 168.

129. B. MAURER, *supra*, note 25, p. 54-55.

130. B. LAVAUD-LEGENDRE, *supra*, note 29, p. 144.

131. L.R. KASS, *supra*, note 17, p. 247.

132. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 36 : « [...] la formule du « droit à » paraît maladroite car l'on ne peut perdre sa dignité et prétendre en acquérir une autre. ».

133. D. FELDMAN, *supra*, note 116, p. 687 : « By its nature, dignity can be neither pursued nor used, but only lived, fostered, enhanced and admired. It follows that it can generally make little or no sense to talk of a right to dignity. »

134. B. KLEIN GOLDEWIJK, « From Seattle to Porto Alegre : Emergence of a New Focus on Dignity and the Implementation of Economic, Social and Cultural

le législateur qui consacre, comme il se doit, un « droit à la sauvegarde de sa dignité ».

Selon certains, cette notion de « sauvegarde » serait encore plus exigeante que la simple notion de « respect »¹³⁵ puisqu'elle impliquerait un devoir d'agir encore plus affirmé¹³⁶. Cette nuance fine, qui distingue en apparence les deux notions mais qui ne transpire pas vraiment de la jurisprudence québécoise, ne suffit pas à gommer les traits communs qu'elles partagent indéniablement. De fait, l'une et l'autre impliquent que la dignité est préexistante¹³⁷, la Charte se bornant à commander que l'on n'y porte pas atteinte.

Ainsi entendue, la conception universaliste de la dignité n'emporte peut-être pas tant un « droit » qu'un devoir¹³⁸. Elle renvoie en fait à au moins deux exigences fondamentales, l'une de respect (ou de sauvegarde), l'autre de solidarité (ou de générosité)¹³⁹.

L'obligation de *respect* impose à l'être humain de respecter, d'une part, sa propre dignité – c'est le volet dit « interne » ou « subjectif » de l'obligation – et, d'autre part, la dignité de l'autre – c'est le volet dit « externe » ou « objectif » de l'obligation¹⁴⁰. De même qu'« il est contraire à la dignité d'un individu de « porter atteinte à

Rights », dans B. KLEIN GOLDEWIJK, A. CONTRERAS BASPINEIRO et P. CÉSAR CARBONARI (dir.), *Dignity and Human Rights : The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Anvers, 2002, p. 6 ; Jackie JONES, « “Common Constitutional Traditions” : Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice ? », (2004) *P.L.* 167, 169 : « [Dignity] cannot be taken away or be given. *It simply is* » (nos italiques).

135. Notons que c'est cette notion de « respect » que le législateur a plutôt retenue à l'article 5 de la Charte québécoise alors qu'il consacre, cette fois, le « droit » de « toute personne [...] au respect de sa vie privée » (nos italiques).

136. S. CURSOUX-BRUYÈRE, « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (1^{re} partie) », (2005) 3 *R.R.J.* 1378, 1402 : « Le respect est le souci de ne pas porter atteinte, tandis que la sauvegarde est plutôt la protection accordée au principe par une autorité. Le terme de sauvegarde permet plus de faire ressortir une obligation de l'État afin qu'il protège la dignité. Si le Conseil avait utilisé le terme de respect, il faudrait plus y voir une interdiction pour l'État comme pour quiconque de porter atteinte à la dignité » (nos italiques).

137. B. MAURER, *supra*, note 25, p. 55.

138. N. MOLFESSIS, *supra*, note 62, p. 129-130.

139. E. DECAUX, « Dignité et universalité », dans S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 179.

140. D. FELDMAN, *supra*, note 116, p. 685 ; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, *supra*, note 125, 254 (J. L'Heureux-Dubé, par. 101).

la dignité » d'une autre personne », l'on ne saurait davantage admettre qu'il puisse agir envers lui-même « de façon inhumaine »¹⁴¹. Chacun est ainsi « redevable du respect de sa propre dignité à la communauté humaine tout entière »¹⁴² parce que, précisément, « chaque reniement individuel de sa dignité est supporté par la collectivité entière »¹⁴³.

Reconnaître en l'autre son égal, le considérer comme son semblable, le traiter avec respect emporte une autre obligation, celle d'être *solidaire* avec lui. La dignité condamne ainsi l'indifférence à la faveur d'un « devoir de réciprocité »¹⁴⁴. De fait, « il suffit que l'autre ne puisse pas vivre en homme, pour que l'homme en moi se trouve nié, privé du respect qui lui est dû »¹⁴⁵. Chacun apparaît dès lors « tributaire d'une relation normative avec lui-même et simultanément avec l'ensemble des autres hommes » tant et si bien que la dignité s'assortit d'« une injonction de reconnaissance »¹⁴⁶, d'un « devoir d'action »¹⁴⁷ qui « engage envers autrui »¹⁴⁸. En somme, tout être humain serait à la fois créancier d'un droit à la sauvegarde de sa dignité et débiteur de ce même droit à son propre égard¹⁴⁹ et envers l'autre¹⁵⁰.

L'on touche ici à ce qui distingue fondamentalement le « principe de dignité », enchâssé dans le préambule de la Charte québé-

-
141. B. MAURER, *supra*, note 1, p. 248. Voir dans le même sens : François BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », dans Philippe PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Paris, Economica, 1999, p. 35 : « Les atteintes à sa propre dignité sont alors des atteintes à la personne humaine en général. »
 142. P. FRUMER, *supra*, note 37, p. 456 ; B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », (1999) 1 *Rev. Dr. Pub.* 197, 214 ; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *supra*, note 50, p. 109.
 143. H. MOUTOUH, *supra*, note 17, p. 184.
 144. X. BIOY, *supra*, note 45, p. 736 (par. 1371) ; B.-M. DUFFÉ, *supra*, note 65, p. 170 ; P. VALADIER, *supra*, note 34, p. 166.
 145. J. HERSCH, « Les fondements des Droits de l'Homme dans la conscience individuelle », dans COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'Homme en questions*, Livre Blanc, Paris, La documentation française, 1989, p. 81.
 146. T. PECH, *supra*, note 9, p. 95.
 147. L.-E. PETTITI, « La dignité de la personne humaine en droit européen », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, vol. 7, Paris, Economica, 1999, p. 54.
 148. P. VALADIER, *supra*, note 34, p. 168.
 149. S. GANDREAU, « Des Droits de l'Homme aux droits de l'humanité », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme : L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 251.
 150. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 30 et s.

coise, et le « droit à la sauvegarde de la dignité » que consacre l'article 4. La différence n'en est pas d'abord une de contenu mais bien d'*effectivité*. Si le préambule peut inspirer des normes ou des interprétations, le principe de dignité qu'il héberge demeure essentiellement « incantatoire »¹⁵¹, c'est-à-dire « insusceptible de juridicisation »¹⁵². Cependant, l'émancipation, la mutation de ce « principe » en « droit » par l'effet de l'article 4 ouvre « la voie à un recours et à une demande de réparation en justice fondés sur une atteinte à la dignité en soi »¹⁵³.

Toutefois, la question de savoir qui sont les véritables *titulaires* de ce « droit à la sauvegarde de la dignité » ne connaît pas de réponse très claire. Puisque ce droit « vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain »¹⁵⁴, il devrait forcément être réservé aux seules personnes physiques¹⁵⁵. Partant, si la personne morale peut défendre sa « réputation » au moyen de la Charte québécoise¹⁵⁶, elle ne devrait pas pouvoir défendre de la même manière sa « dignité », faute d'en être pourvue, tout simplement. Toute « large et libérale »¹⁵⁷ qu'elle doive être, l'interprétation de la Charte québécoise ne devrait pas banaliser la « dignité » au point de lui faire perdre sa spécificité en faisant d'elle un attribut de l'entreprise ou encore d'une association, d'une institution ou d'un organisme quelconque¹⁵⁸.

151. J.-P. THÉRON, *supra*, note 9, p. 304.

152. P. MARTENS, « Encore de la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », dans *La dignité humaine, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 564 ; PECH, *supra*, note 9, p. 93. C'est sans doute ce qu'il faut comprendre quand S. CURSOUX-BRUYÈRE, *supra*, note 136, p. 1417, affirme que « placer la dignité au fondement de tous les droits fondamentaux revient à la priver d'une réelle effectivité juridique » (nos italiques).

153. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 497.

154. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, *supra*, note 125, 256 (j. L'Heureux-Dubé, par. 105).

155. A. LAURIOL-SARTHOU, « Le principe de dignité humaine », dans J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, coll. Droit et justice, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 228.

156. Voir notamment *Voltec ltée c. CJMF FM ltée*, [2002] R.R.A. 1078 (C.A.) ; *Association des médecins traitant l'obésité c. Breton*, [2003] R.R.A. 848 (C.S.).

157. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, *supra*, note 125, 256 (j. L'Heureux-Dubé, par. 105) ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 88 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 237 (j. Deschamps, par. 10).

158. Pour des exemples d'une telle vision extensive du concept de dignité, voir S. RETTERER, « Le concept de dignité en droit communautaire : du droit positif au droit prospectif », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, vol. 7, Paris, Economica, 1999, p. 97 et s.

Par ailleurs, si le « droit à la sauvegarde de la dignité » emporte, comme nous l'avons vu, une obligation, pour chaque individu, de respecter sa propre dignité afin de ne pas saper, par ricochet dirions-nous, celle d'autrui et même celle de toute l'espèce humaine, la sanction d'une telle obligation demeure problématique. De fait, les tiers témoins d'un tel « auto-manquement » à la dignité pourraient-il exercer, contre la personne fautive, le droit que leur confère l'article 4 de la Charte québécoise pour obtenir réparation face à ce qu'ils estiment être un affront à leur propre dignité ? En clair, la communauté humaine est-elle aussi titulaire du « droit à la sauvegarde de sa dignité » au même titre que l'individu lui-même ?

Pour certains, une réponse affirmative s'impose :

[...] la spécificité du droit au respect de la dignité réside dans son « invocabilité » par toute personne qui se sent atteinte, en tant qu'être humain, par une pratique ou un discours *qui ne la met pourtant pas en cause personnellement*. Le bénéficiaire du droit au respect de la dignité de la personne humaine n'est alors plus un individu en particulier, mais toute personne appartenant à un groupe stigmatisé, *même si elle-même n'est pas directement visée*. Chacun devient alors le garant du respect de la dignité de la communauté, qu'il s'agisse de l'ensemble de la communauté humaine ou d'un sous-groupe.¹⁵⁹

Si une telle interprétation devait prévaloir, il faudrait conclure que l'article 4 de la Charte québécoise protège à la fois la dignité de l'être humain et la dignité de l'espèce humaine. Non seulement l'être humain pourrait l'invoquer en sa faveur, cela va de soi, mais ses semblables pourraient l'invoquer contre lui en raison d'un manquement à sa propre dignité, un peu à la manière d'un « contre-droit »¹⁶⁰.

Ainsi, transposée dans la sphère du droit, la dignité peut mener sur « un étroit chemin de crête entre deux précipices : celui de l'individu-roi, d'un côté, et celui d'une religion de la personne humaine qui menace d'asphyxier l'individu, de l'autre »¹⁶¹. Toutefois, il nous semble que la Charte québécoise permet de négocier ce

159. S. GANDREAU, *supra*, note 149, p. 242-243 (nos italiques).

160. L'expression est de D. COHEN, « Le droit à... », dans *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 400. Pour leur part, C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *supra*, note 42, p. 248, font plutôt allusion à une « dignité-opposée-à-l'homme-par-des-tiers ».

161. T. PECH, *supra*, note 9, p. 109.

parcours tout en hauteur en minimisant les risques de chute. Ainsi, le « droit à la sauvegarde de la dignité » est d'abord et avant tout un droit individuel, rattaché à la personne. Pour qu'il donne droit à une réparation, la partie demanderesse doit pouvoir convaincre le juge qu'elle est elle-même « victime »¹⁶² d'une atteinte à sa propre dignité¹⁶³. S'il appert, à l'analyse, qu'elle n'est pas directement visée, le tribunal pourrait bien juger son intérêt insuffisant et lui nier, conséquemment, le droit d'obtenir une réparation. Si tel était le cas, il reviendrait plutôt à la puissance publique, par la voie du droit criminel ou d'autres régimes législatifs de protection, d'assurer la sauvegarde de la dignité de l'espèce humaine si celle-ci se trouvait véritablement compromise dans une situation donnée¹⁶⁴ :

[...] il n'est jamais entré dans l'intention du législateur d'ouvrir les prétoires à toute personne justifiant d'un préjudice moral dès lors que, à la suite d'une faute, il aurait été porté atteinte à la dignité d'autrui. Sauf à consacrer une *actio popularis* peu conforme à notre tradition juridique, ceux qui assistent à l'indignité d'autrui ne peuvent en demander réparation.¹⁶⁵

Cela dit, le « droit à la sauvegarde de sa dignité », entendue dans son sens *universaliste*, apparaît néanmoins très « riche en potentialités »¹⁶⁶. De fait, toute situation d'abus ou d'injustice qui se traduit par une déshumanisation, une déconsidération de la personne humaine, une humiliation ou un manque de respect à son endroit peut paver la voie à l'intervention de la juridiction compétente. Le respect de la dignité peut alors devenir « la seule justification à des mesures qui ne pourraient trouver aucun autre fondement légal »¹⁶⁷.

162. Cela ressort clairement du libellé de l'article 49, al. 1, de la Charte québécoise : « Une atteinte illicite à un droit ou une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte » (nos italiques).

163. Sous réserve, évidemment, des cas où la loi autorise un tiers à plaider sous le nom d'autrui (art. 59 du *Code de procédure civile*), comme c'était incidemment le cas du curateur public dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, *supra*, note 125.

164. S. CURSOUX-BRUYERE, *supra*, note 136, p. 1410-1411 : « La dignité agit comme une interdiction faite à l'homme de se rabaisser et ce, même s'il y consent. Si une personne tend à renoncer à sa dignité, l'État doit la forcer à la respecter. Il ressort que le principe de la dignité est indisponible à la personne humaine qui, bien qu'elle en soit le titulaire, ne peut en disposer totalement » (nos italiques).

165. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 37. Voir dans le même sens JORION, *supra*, note 142, p. 231-233.

166. B. MAURER, *supra*, note 7, p. 204.

167. J.-M. PONTIER, *supra*, note 6, p. 12.

On aura dès lors compris que le répertoire des atteintes à la dignité est en phase de rédaction perpétuelle sous la plume tantôt hésitante, tantôt « militante » du juge :

[...] il y aurait une imprudence à clôturer la liste des atteintes possibles à la dignité. L'absence de définition positive substantielle [...] est une indispensable prévention pour faire face aux sombres réserves du possible.¹⁶⁸

Certes, à l'heure actuelle, au Québec comme ailleurs, « la dignité comme concept normateur ne semble pas avoir acquis dans la jurisprudence la place et le rôle que suscitent les espoirs mis en elle »¹⁶⁹. Il n'en reste pas moins qu'elle peut constituer un « tremplin pour l'entreprise juridique »¹⁷⁰ pourvu, évidemment, que les tribunaux acceptent de procurer au texte de la Charte québécoise « les virtualités qu'il recèle »¹⁷¹.

Conclusion

La consécration en droit québécois d'un « droit à la sauvegarde de la dignité » ouvre des perspectives exaltantes. Certes, la notion de « dignité », par sa nature polysémique, comporte une large part d'imprécision mais c'est précisément là que réside sa force¹⁷² : elle permet de nourrir de grandes ambitions refondatrices.

168. T. PECH, *supra*, note 9, p. 106. J. ROBERT, « Le principe de la dignité de la personne humaine », dans COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, coll. Science et technique de la démocratie, n° 26, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1999, p. 48-49, se hasarde tout de même à en énumérer un certain nombre : « [...] les photographies d'un mourant, d'un homme en train de souffrir, les mauvais traitements où qu'ils se produisent (en prison, dans les maisons de retraite, dans des ateliers, dans des établissements scolaires ou hospitaliers), l'état d'extrême pauvreté dans lequel se trouvent encore de nombreuses personnes, même dans les pays riches, les conditions d'expulsion ou de détention de certains étrangers, l'insalubrité des logements qu'habitent marginaux, nomades ou chômeurs... tout cela constitue d'intolérables atteintes à la dignité de la personne humaine. On y ajoutera l'exploitation du travail des enfants, la traite des femmes, la vente – dans certains pays – d'adolescents promis à la prostitution ou à la mutilation d'organes... »

169. M. BENCHIKH, « La dignité de la personne humaine en droit international », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Études juridiques, vol. 7, Paris, Economica, 1999, p. 49.

170. B. MELKEVIK, *supra*, note 2, p. 79.

171. L'expression est empruntée à F. DELPÉRIÉE, *supra*, note 12, p. 62.

172. D. PROULX, *supra*, note 1, p. 501.

Il n'est évidemment pas aisé de transposer dans le droit positif l'impératif kantien selon lequel toute personne est une fin en soi et ne doit jamais être traitée comme un sous-être ou utilisée comme une chose ou un simple moyen pour atteindre une fin qui lui est étrangère. Si cette définition universaliste emporte d'emblée l'adhésion, encore faut-il que les tribunaux l'appréhendent de manière à la rendre juridiquement praticable. Le défi est redoutable mais nous aimons croire que la notion de dignité est suffisamment riche pour que le seuil de l'indignité puisse être dégagé progressivement, avec pragmatisme et une relative précision, par la jurisprudence.

Notre enthousiasme connaît toutefois des limites. En effet, l'accession de la notion de dignité au rang de « droit » ne saurait être la panacée à tous les maux qui accablent l'être humain. D'une part, l'évolution du droit en cette matière apparaît largement tributaire de la prédisposition des juges à faire œuvre créatrice dans l'exégèse des textes et donc à se prêter volontiers à l'activisme judiciaire. D'autre part, à compter du moment où la dignité se mue en « droit » et délaisse l'univers du droit naturel pour intégrer pleinement celui du droit positif, elle risque de perdre son statut de « principe fondateur » ou « matriciel » pour être plutôt mise en concurrence avec d'autres droits¹⁷³. Ce faisant, elle appelle les tribunaux à certains arbitrages dont l'issue, selon les cas, pourrait ne pas toujours être à son avantage... ou encore l'être trop !

À titre d'exemple, si l'on peut concevoir que la « dignité » ait pu justifier l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nain » où une personne handicapée, munie d'une poignée de valise attachée dans le dos, était réduite à l'état de projectile aux mains de participants appelés à la propulser le plus loin possible sur un matelas pneumatique¹⁷⁴, en viendra-t-on également à prohiber – toujours au nom de la dignité humaine – la boxe, la lutte, la pornographie, le strip-tease, la tauromachie, le travail dans l'industrie du sexe... et quoi encore ? On le voit, une conception par trop hégémonique

173. P. MARTENS, *supra*, note 152, p. 569-570.

174. Conseil d'État, Ass., Req. n° 136727, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* (Affaire *Wackenheim*) [En ligne : <http://www.rajf.org/ce/ce27101995.php>] (page consultée le 31 août 2006). Saisi, en dernier recours, d'une plainte individuelle portée par le salarié débouté, en vertu du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies l'a finalement rejetée : *Wackenheim c. La France*, CCPR/C/75/D/854/1999, 26 juillet 2002 [En ligne : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/acc0fabbbd2f3de2c1256c4600441d73?Opendocument>] (page consultée le 31 août 2006).

de la dignité « pourrait à terme la rendre liberticide »¹⁷⁵, en favorisant le « réarmement moral »¹⁷⁶ et la résurgence d'un certain paternalisme¹⁷⁷. Ainsi, il y a un risque réel que la dignité puisse être instrumentalisée par le droit au point « d'aboutir à une conception totalitaire de ce qu'est la personne, inclinant vers ce qu'elle *devrait* être »¹⁷⁸.

Cela dit, même si le « droit à la sauvegarde de sa dignité » porte effectivement son lot d'incertitudes et de périls, il porte surtout en lui une promesse, celle d'assurer une meilleure protection des droits et libertés de la personne. Pourvu que les juges se montrent dignes... de la réaliser !

175. B. JORION, *supra*, note 142, p. 224.

176. P. MARTENS, *supra*, note 152, p. 578 ; C. NEIRINCK, *supra*, note 1, p. 47.

177. D. BEYLEVELD et R. BROWNSWORD, « Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics », (1998) 61 *Modern L. Rev.* 661, 662 et 669 ; D. FELDMAN, *supra*, note 116, p. 697.

178. E. DREYER, *supra*, note 16, p. 30 (nos italiques).

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?*

Anne-Françoise DEBRUCHE

Introduction	177
I. Une peau de chagrin utilisée avec parcimonie	178
A. L'article 6 en réduction	180
1. Une lecture circonspecte de la notion de « bien »	180
2. L'absence de contrôle des « lois » dérogatoires	185
B. L'article 6 en extension	187
II. De la peau de chagrin au diable dans la bouteille : éclairages de droit comparé	192
A. L'art de la courteline à la Cour européenne des droits de l'homme	192
1. Le droit de propriété et la Convention européenne des droits de l'homme	192

* Une partie de la recherche documentaire afférente à la rédaction de ce texte a été rendue possible par une subvention accordée par l'Université d'Ottawa. L'auteur souhaite remercier Naomi Metallic, Gabriel Girouard, Jean-François Venne-Pronovost et Patrick Plante, ses assistants de recherche, pour leur dévouement et leurs suggestions. Ces remerciements s'adressent également aux collègues Sébastien Grammond, Mathieu Devinat, Mario Naccarato, Thuy Nam Tran, Robert Jacob et tout particulièrement Nicolas Thirion pour leurs encouragements et leur aide matérielle lors de la genèse du texte.

a) L'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme	192
b) Une mise en œuvre modérée mais créative.	193
(i) Une définition très large du droit de propriété	194
(ii) Un contrôle croissant mais mesuré . . .	197
2. L'inadéquation entre l'approche européenne et le système québécois	201
B. La Cour suprême, la Charte canadienne et le diable dans la bouteille	202
1. La Cour et la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	203
2. Le droit de propriété et la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	209
3. L'inadéquation entre l'approche canadienne et le système québécois	213
Conclusion	215

INTRODUCTION

J'ai offert le terrible pouvoir que donne ce talisman à des hommes doués de plus d'énergie que vous ne paraissez en avoir ; mais, tout en se moquant de la problématique influence qu'il devait exercer sur leurs destinées futures, aucun n'a voulu se risquer à conclure ce contrat si fatalement proposé par je ne sais quelle puissance. Je pense comme eux, j'ai douté, je me suis abstenu, et...¹

La protection de la propriété² par un texte sacralisant juridiquement des droits et libertés de nature fondamentale représente-t-elle une boîte de Pandore aux mains des juges chargés d'en dispenser les bienfaits ? Le spectre de ce « diable dans la bouteille »³ semble avoir échaudé les rédacteurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, qui ont par suite omis d'y inclure la protection du droit de chacun au respect de ses biens⁵. Par contre, les auteurs de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ du Québec n'ont pas hésité à y enchâsser la protection de la propriété dans une disposition particulière, l'article 6.

La présente contribution, incorporée à un volume thématique coïncidant avec le trentenaire de la *Charte* québécoise, a pour objet de dresser un état des lieux de l'application de l'article 6 et de mettre celle-ci en perspective au moyen du droit comparé. Nous montrerons donc dans un premier temps que la mise en œuvre de cette disposition a débouché sur l'élaboration d'une jurisprudence relativement modeste qui rappelle davantage la peau de chagrin de Balzac que la libération contestable d'un diable quelconque⁷. Dans une seconde partie, nous tenterons de

1. H. DE BALZAC, *La peau de chagrin*, Paris, Presses pocket, 1989, p. 51.
2. La notion de « propriété » revêt ici un sens générique englobant l'ensemble des « biens » dont la jouissance est protégée, et dont la nomenclature sera précisée *infra*, p. 178 (droit québécois) et 192 (droit européen).
3. L'expression est empruntée à P. ESMEIN, « Le diable dans la bouteille », *J.C.P.* 1954, I, 1163. L'idée est relayée, quant à l'inclusion de la propriété en droit constitutionnel canadien, par J. McBEAN, « The Implication of Entrenching Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights », (1988) 26 *Alta L.R.* 548, 549 (« dangerous vehicle [...] which some perceive will take away the hard won rights of Canadian workers [...] »).
4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (la « *Charte canadienne* »).
5. Cette omission sera examinée plus en détail ci-dessous : *infra*, p. 209 et s.
6. L.R.Q., c. C-12 (la « *Charte* québécoise » ou la « *Charte* »).
7. Le quasi-désintérêt doctrinal qu'elle a suscité s'en fait d'ailleurs l'écho. Deux contributions seulement ont été, à notre connaissance, directement consacrées à

suggérer des remèdes au chagrin⁸ de l'article 6 en le plaçant sous l'éclairage du droit comparé. Les lumières du droit européen des droits de l'homme et celles de la *Charte canadienne des droits et libertés* seront ainsi sollicitées tour à tour dans le but d'examiner s'il est possible de revitaliser la protection de la propriété assurée par la *Charte* québécoise. Le droit européen nous permettra de montrer comment un texte plus restrictif encore que l'article 6 a pu faire l'objet d'une interprétation extrêmement inspirée et extensive. De son côté, le traitement de la *Charte canadienne* par la Cour suprême conduira à s'interroger sur les variations du lien unissant le juge à la norme qu'il est appelé à mettre en œuvre lorsque cette norme jouit d'un statut particulier dans l'ordre juridique interne, celui d'une charte plutôt que d'une simple loi.

I. UNE PEAU DE CHAGRIN UTILISÉE AVEC PARCIMONIE

Le symbolisme de la peau de chagrin comme un bien allant toujours s'amenuisant est proverbial. Dans le roman de Balzac, cette peau est un talisman magique qui exauce les désirs et souhaits de son possesseur Raphaël. Mais le talisman est maudit car il rétrécit à chaque vœu exaucé, diminuant d'autant la vie de Raphaël qui lui est mystérieusement reliée. La manière dont les juges québécois ont utilisé l'article 6 de la *Charte* rappelle beaucoup la réticence de Raphaël à faire usage de la peau de chagrin après en avoir découvert la propriété. Quant au symbolisme de la

l'article 6 : une thèse de maîtrise (M. GAGNON, *La Charte québécoise et la protection du droit de propriété sous l'éclairage des justifications de celui-ci et du droit comparé*, Montréal, Université de Montréal, 1995) et un article (D. LAMER, « La Charte des droits et libertés de la personne et la protection de la propriété : bilan critique », (1995) 9 *R.J.E.U.L.* 167). Le plus souvent, l'article 6 n'est traité qu'en relation avec d'autres dispositions de la *Charte* (ainsi dans Y. BOLDUC, « Les droits à la dignité, au respect de la vie privée et à la jouissance de ses biens », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 99-105 ou dans L. OTIS et al., « Les autres droits fondamentaux garantis par la Charte des droits et libertés de la personne », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, 179) ou dans un contexte particulier, ainsi la copropriété (P.-G. CHAMPAGNE et Y. JOLI-CŒUR, « L'application des Chartes des droits de la personne en matière de copropriété », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la copropriété* divise, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 85-96) ou le droit de l'environnement (H. HÉTU, « L'intérêt à poursuivre du citoyen québécois en droit de l'environnement », (1988) 29 *C. de D.* 183, 206-208).

8. Le mot « chagrin » utilisé par Balzac dans son conte fantastique revêt un double sens. Outre la tristesse, il désigne également un cuir fait de peau de mouton, de chèvre ou d'âne.

peau de chagrin lui-même, il évoque de manière éloquente le peu d'ampleur de la jurisprudence découlant de l'application de l'article 6 de la *Charte*, qui énonce succinctement que :

Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Ce texte inscrit dans la *Charte*, aux côtés des autres droits et libertés qui y sont garantis, la protection de la propriété qui sous-tendait déjà les articles 947, al. 1^{er} et 952 du *Code civil du Québec* dans les termes suivants :

La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et conditions d'exercice fixées par la loi (art. 947 C.c.Q.)

et

Le propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voie d'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 952 C.c.Q.).⁹

La disposition protectrice de la *Charte* évoque davantage l'article 947 que l'article 952 C.c.Q., mais les réserves de ce dernier en matière d'expropriation (l'utilité publique et le paiement d'une indemnité) sont implicitement subsumées à la fin de l'article 6 dans l'expression « sauf dans la mesure prévue par la loi »¹⁰.

L'article 6 ne se démarque donc guère, sauf sur le plan terminologique par sa référence aux « biens » plutôt qu'à la propriété¹¹, des dispositions complémentaires du code civil. Les « personnes » susceptibles de s'en prévaloir peuvent être physiques ou morales, au même titre qu'une personne physique ou morale peut être

9. Ces deux articles prolongent eux-mêmes les articles 406 et 407 C.c.B.-C. La parenté existant entre la *Charte* et le code civil quant à la défense du droit de propriété a été mise en exergue notamment dans l'arrêt *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, 356 et par D. LAMER, *supra*, note 7, p. 172 et les références citées par cet auteur.

10. L'expression peut évidemment être interprétée comme faisant aussi référence aux lois relatives à l'expropriation (et à l'art. 952 C.c.Q. lui-même) en plus des lois et réglementations diverses limitant l'exercice du droit de propriété.

11. Le terme « bien » désigne en effet tant la chose matérielle susceptible d'appropriation (par exemple à l'art. 916 C.c.Q.) que les droits de nature patrimoniale (ainsi dans les art. 899 ou 1261 C.c.Q.) : P.-A. CRÉPEAU et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, v^o *Bien*.

propriétaire d'un bien quelconque¹². La jurisprudence a confirmé le caractère superfétatoire de l'article 6 en lui assignant un champ d'application relativement restreint (1). Le seul trait spécifique de cette disposition découle alors de l'architecture générale de la *Charte* québécoise et plus particulièrement de la possibilité d'allouer des dommages-intérêts punitifs en cas d'atteinte à un droit ou à une liberté protégé (2).

A. L'article 6 en réduction

Le champ d'application de l'article 6 a été défini avec parcimonie. Les tribunaux québécois des différents degrés de juridiction appelés à en préciser les contours ont interprété de manière relativement restrictive la notion de « biens » protégés (a) et ne contrôlent guère, voire pas du tout, la substance des « lois » qui portent atteinte à ces biens, ou « lois » déroatoires (b).

1. Une lecture circonspecte de la notion de « bien »

La *Charte* ne réserve pas le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des « biens » aux seuls titulaires de droits réels sur ceux-ci ; les droits personnels reliés à un bien quelconque ne sont donc pas exclus *a priori* du bénéfice de l'article 6. En l'absence d'une distinction établie par le législateur lui-même, les tribunaux québécois des différents degrés de juridiction avaient les coudées franches pour interpréter extensivement la notion de « biens » protégés par la *Charte*. Pourtant, elles n'en ont pas tiré avantage autant qu'elles l'auraient pu car elles ont dans l'ensemble privilégié une interprétation relativement concrète de ces « biens ».

Lorsque le bien litigieux est un bien corporel mobilier ou immobilier sur lequel la victime jouit d'un droit réel, le comportement incriminé relève sans discussion de l'article 6 de la *Charte*. Ainsi, pour le propriétaire d'un immeuble, les troubles de voisinage¹³, le harcèlement incessant¹⁴, les empiétements¹⁵, les coupes

12. D. LAMER, *supra*, note 7, p. 170-171 et les références citées à la note 2 par cet auteur, ainsi que par exemple l'affaire *Hôtel de l'aéroport de Mirabel inc. c. Aéroports de Montréal*, [2002] R.J.Q. 1721 (C.S.).

13. Par exemple *Guérette c. Béland*, [2006] R.D.I. 25 (C.S.) ; *Bernard c. Loignon Champ-Carr inc.*, J.E. 2004-1686 (C.S.) ; *Gauthier c. Roy*, [1999] R.D.I. 87 (C.S.).

14. *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44 (C.A.).

15. Voir notamment *Turcotte c. Veilleux*, [2005] R.D.I. 815 (C.S.) ; *Perreault c. Dravigné*, [2004] R.D.I. 706 (C.S.) ; *Place des Galeries inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1997] R.R.A. 438 (C.S.).

d'arbres non autorisées¹⁶, les vues illégales¹⁷ et les dépassements de servitude¹⁸ représentent en principe une violation de l'article 6, au même titre que l'interdiction d'accéder à son habitation¹⁹, l'expulsion par un huissier sans tenir compte d'un sursis accordé²⁰ ou toute autre expropriation illégale²¹. Si ce propriétaire est un locateur, le fait que son locataire endommage les lieux ou refuse de les quitter lorsqu'il le devrait constitue également une atteinte aux « biens » au sens de la *Charte*²². Il en va de même du titulaire d'un droit réel de copropriété lorsqu'on accapare illégalement les parties communes de l'immeuble²³, ou du propriétaire du fonds servant que l'on empêche d'exercer sa servitude²⁴. Les propriétaires de meubles corporels, qu'il s'agisse par exemple d'argent²⁵, de marchandises volées dans un grand magasin²⁶, d'une voiture injustement immobilisée²⁷ ou d'un cheval abusivement saisi et vendu²⁸, sont également protégés par l'article 6.

L'interprétation de la notion de « bien » se fait un peu plus audacieuse lorsque la violation alléguée de l'article 6 implique un droit personnel sur un bien corporel ou un droit quelconque sur un bien incorporel. Dans le premier cas, il s'agit de droits personnels qui concernent directement la jouissance paisible d'un immeuble

16. Comme dans *Landry c. Gestion Montcalm Ouellet inc.*, J.E. 2003-1636 (C.S.) et *Ostiguy c. Wilson*, [1991] R.R.A. 798 (C.S.).
17. *Côté c. Dakin*, [1991] R.J.Q. 2751 (C.A.).
18. *Lacasse c. Christiano*, J.E. 2000-46 (C.S.).
19. *Oxford (Municipalité du canton d') c. Ferland*, J.E. 96-2219 (C.S.) et aussi *Laferrière c. Montréal*, J.E. 2004-1724 (C.S.).
20. *Bélisle c. Dion*, [1999] R.R.A. 999 (C.Q.).
21. Voir notamment *Entreprises Roger Pilon inc. c. Bois-des-Filion (Ville de)*, J.E. 2001-1573 (C.S.) ; *Larouche c. Hervé Pomerleau inc.*, [1998] R.J.Q. 2853 (C.Q.) ; *Val-Bélair (Corp. municipale de la ville de) c. Leiriao*, [1989] R.J.Q. 2668 (C.A.). Les perquisitions abusives peuvent également contrevenir à l'article 6, qui est alors souvent associé aux articles 7 (l'inviolabilité de la demeure) et 8 (l'interdiction de pénétrer chez quelqu'un et d'en emporter quoi que ce soit sans permission) de la *Charte*, comme à l'article 5 de celle-ci (respect de la vie privée) : voir par exemple *Bouchard c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 1304 (C.S.).
22. Un exemple de litige en deux temps entre les mêmes parties : *Ouellette c. Forgeot*, [1992] R.R.A. 940 (C.S.) et *Forgeot c. Ouellette*, [2001] R.R.A. 64 (rés.) (C.A.). Voir aussi *Côté c. Darkin*, [1991] R.J.Q. 2751 (C.A.).
23. *Duval c. Office national du film*, [1988] R.R.A. 288 (C.S.).
24. Par exemple *Pelletier c. Pelletier (Ferme Dave et Dorothée Pelletier)*, [2005] R.D.I. 646 (C.S.) ; *Normandin c. Hôtel Le Chantecler inc.*, [1994] R.D.I. 395 (C.S.).
25. Ainsi dans *Wood c. Commer-Tech America Inc.*, J.E. 2004-53 (C.S.) et 9021-2648 *Québec inc. c. Bourbeau-Gauthier*, J.E. 2003-134 (C.S.).
26. *Zellers inc. c. Lessard*, [1997] R.R.A. 1159 (C.Q.).
27. *Québec (Procureur général) c. Enchères d'autos St-Pierre ltée*, J.E. 90-1560 (C.Q.) ; la voiture pouvant aussi être remorquée (*Pearl c. Investissements Contempra ltée*, [1995] R.R.A. 1151 (C.S.)) ou saisie illégalement (*Teoli c. Compagnie d'assurance Bélair*, [1990] R.R.A. 990 (C.Q.)).
28. *Stranger c. Bélanger*, [1993] R.R.A. 580 (C.S.).

dont la victime est en possession²⁹. Il en va ainsi du droit de créance de l'acheteur contre le vendeur en relation avec la garantie contre les vices cachés ou l'éviction³⁰, du droit personnel du locataire d'obtenir du locateur qu'il lui assure la jouissance paisible d'un immeuble en bon état³¹, voire d'un droit de passage de nature personnelle plutôt que réelle³². La seconde hypothèse recouvre la protection d'un droit extrapatrimonial comme le droit au nom ou à l'image, qui est considéré par les juges québécois comme visé par l'article 6³³. Elle concerne également la protection de droits réels portant sur une universalité incorporelle tel le patrimoine. Ainsi, dans le cas d'un cautionnement forcé, le fait de « forcer une personne à s'engager personnellement pour une dette d'une autre empêche la jouissance paisible et la libre disposition de ses biens qui lui sont garanties par l'art. 6 de la *Charte* », en réduisant potentiellement son patrimoine pour l'avenir³⁴.

Les diverses hypothèses évoquées au paragraphe précédent semblent relever naturellement de l'article 6 parce qu'elles conservent un côté réel, que le « bien » soit suffisamment proche ou tangible même si le droit est personnel (ainsi les droits de la personnalité au nom ou à l'image et les droits des acheteurs et locataires) ou que le droit dont la jouissance est contestée soit réel même si le « bien » est incorporel (comme le patrimoine). La Cour supérieure a en effet affirmé que les biens incorporels sont protégés par l'article 6 au même titre que les biens corporels car la *Charte*

29. Ou dont elle a l'usage : *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés*, 2006 QCCA 560.

30. Comme dans *Pigeon c. L. Dubord Entrepreneur inc.*, J.E. 2004-806 (C.Q.) ou *Paquin c. Territoire des lacs Inc.*, J.E. 2003-315 (C.S.).

31. Voir par exemple *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés*, 2006 QCCA 560 et *Ouellette c. Tardif*, J.E. 2000-1910 (C.S.), ainsi que les références citées par D. LAMER, *supra*, note 7, p. 175.

32. *2171-7087 Québec inc. c. Gemme*, 2006 QCCS 1621.

33. *Malo c. Laoun*, [2000] R.J.Q. 458 (C.S.) (droit à l'image); *Éthier c. Boutique à coiffer Tonic*, [1999] R.R.A. 100 (C.S.) (droit à l'image); *Société Radio-Canada c. Courtemanche*, [1999] R.J.Q. 1577 (C.A.) (droit à l'image) et *Laurier c. Fontaine*, D.T.E. 93T-72 (C.Q.) (droit à l'image); *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général Inc.*, J.E. 84-992 (C.S.) (droit au nom), ainsi que M. GAGNON, *supra*, note 7, p. 120-122. L'association de l'article 6 avec l'article 4 (droit à l'honneur, la dignité et la réputation) ou l'article 5 de la *Charte* (droit au respect de la vie privée) conforte la qualification du nom ou de l'image comme des « biens » protégés par l'article 6 : *Piscines Trevi inc. c. Lanthier*, J.E. 94-276 (C.S.) et aussi *Drolet c. Durand*, [1992] R.R.A. 17 (C.S.).

34. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Caron*, [1992] R.J.Q. 1084, 1088 (C.S.). Voir toutefois *Cameron c. Cameron*, B.E. 2005BE-136 (C.A.) et *Jean Fortin & Associés Syndics c. Dufresne*, J.E. 2001-999 (C.A.), où la Cour d'appel précise que le recours judiciaire à l'évidence mal fondé ne relève pas *a priori* du champ d'application de l'article 6.

elle-même ne distingue pas³⁵. Mais cette règle de portée générale est incertaine à l'égard de certains biens incorporels comme les droits d'auteur³⁶, voire contredite dans le cas du fonds de commerce ou de la clientèle³⁷. Elle est particulièrement douteuse lorsque le droit mis en cause est un droit purement personnel – donc, en d'autres termes, quand le « bien » est une créance. En effet, l'article 6 ne s'applique pas à une créance, même si cette créance se rapporte à un bien³⁸. La Cour d'appel a confirmé qu'il était « farfelu » d'affirmer que le fait de ne pas payer une créance équivalait à priver quelqu'un de son bien³⁹. Dans la même veine, les affaires mettant en cause le non-respect de clauses de non-concurrence sont unanimement considérées comme extérieures au champ d'application de l'article 6⁴⁰. Quelques zones d'ombre demeurent cependant. Tantôt la protection de la *Charte* est déniée au légataire d'une succession en raison du caractère incorporel d'un tel « bien »⁴¹, tantôt elle est accordée au bénéficiaire d'une

35. *Automobiles Jalbert inc. c. BMW Canada inc.*, J.E. 2005-869 (C.S.) et *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général Inc.*, J.E. 84-992 (C.S.). Voir aussi *Québec (Commission des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] R.C.S. 228.
36. Le droit d'auteur est considéré comme un « bien » dans *Société Radio-Canada c. Amberola Les disques*, J.E. 2001-1737 (C.S.) (enregistrements d'Édith Piaf) et *Prud'homme c. Enseignes Normand Russell inc.*, J.E. 96-1741 (C.S.). Par contre, il ne l'a pas été dans *Poirier c. Construction Joma inc.*, J.E. 2003-1094 (C.S.) (plans d'une maison). D'autres décisions ne se montrent pas très claires à ce sujet : *Azoulay c. Azoulay*, J.E. 2001-92 (C.A.) ; *Groupe Polygone-éditeurs inc. c. Serna Communications inc.*, J.E. 95-118 (C.S.) ; *Cartes-en-ciel inc. c. Boutique Elfe inc.*, [1991] R.J.Q. 1775 (C.Q.).
37. *Québec (Procureur général) c. Club Price Canada inc.* [1992] R.J.Q. 475 (C.S.) et *Québec (Procureur général) c. Marché Bonanza Jean-Talon Inc.*, J.E. 87-274 (C.S.) : l'article 6 ne protège pas le droit des commerçants à ouvrir leur magasin le dimanche. Lorsque le fonds de commerce est considéré comme un « bien », une réglementation réissant les jours d'ouverture relève alors du champ d'application matériel de l'article 6 : *Mode Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.) et *Marché Richard Novak Inc. c. Fromagerie Cavallaro d'Anjou ltée*, J.E. 90-960 (C.S.) (où cette réglementation est considérée comme justifiée par l'article 6 *in fine*). Voir aussi *Laurent Brodeur inc. c. Québec (Procureur général)* [1997] R.R.A. 316 (C.A.).
38. *Boismenu (Succession de) c. Hubert*, J.E. 2003-1817 (C.S.).
39. *Shama Textiles Inc. / Tissus Shama inc. c. Certain Underwriters at Lloyd's*, [2000] R.R.A. 889 (rés.) (C.A.). Voir aussi *Médias Transcontinental inc. c. Bernatchez*, J.E. 2005-38 (C.S.) ; *Arb Val Paysagiste inc. c. Porco*, J.E. 2005-964 (C.Q.) et *Rocha-Souza c. Novack*, J.E. 2000-61 (C.S.).
40. Voir par exemple *2632-7502 Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, J.E. 95-1568 (C.S.) ; *Proviso Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.) ; *Arb Val Paysagiste inc. c. Porco*, J.E. 2005-964 (C.Q.) ; *Médias Transcontinental inc. c. Bernatchez*, J.E. 2005-38 (C.S.). Cette exclusion s'accorde avec le rejet de la qualification de la clientèle et du fonds de commerce comme des « biens » protégés par l'article 6 : *supra*, note 37.
41. *Rocha-Souza c. Novack*, J.E. 2000-61 (C.S.), en contradiction avec l'affirmation de principe dans *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général Inc.*, J.E. 84-992 (C.S.).

fiducie contre un fiduciaire indélicat⁴². De plus, les manquements par les bailleurs et vendeurs à leurs obligations personnelles en liaison avec la jouissance des lieux qu'occupe le demandeur relèvent également sans discussion de l'article 6⁴³. Mais ces quelques tempéraments dans le sens de la prise en compte des droits de créance ne suffisent pas à inverser la tendance majoritaire à l'exclusion.

Sur le plan théorique, le fait de dénier aux créances la qualification de « biens » protégés par l'article 6 de la *Charte* témoigne de la fidélité des tribunaux québécois de différents degrés de juridiction à la conception classique du droit réel et du droit personnel⁴⁴. Par ailleurs, des arguments d'opportunité confortent cette préférence. En effet, protéger les créances à titre de « biens » au sens de l'article 6 impliquerait la mise en cause possible d'innombrables normes légales d'intérêt public, par exemple les législations sur les pensions⁴⁵ ou des ententes sur les plafonnements d'honoraires médicaux⁴⁶. L'extension du champ d'application matériel a en effet une répercussion immédiate sur l'aire du contrôle des « lois » dérogatoires, qui va faire l'objet du point suivant⁴⁷. Or les juges sont déjà sollicités quant à la conformité à l'article 6 des multiples lois et règlements interférant avec les biens corporels (expropriation, urbanisme, etc.)⁴⁸. On comprend dès lors qu'ils se défont d'étendre la protection de la *Charte* à toutes les créances sans distinction et aux droits économiques qu'elles pourraient sous-tendre⁴⁹.

Ainsi, l'interprétation de la notion de « bien » n'est pas aussi large qu'elle pourrait l'être compte tenu des possibilités offertes

42. *Bilodeau c. Dufort*, J.E. 2000-547 (C.S.).

43. Le fait de plafonner un salaire sans respecter les règles de la négociation collective a justifié l'application de l'article 6 de la *Charte* sans prendre argument du caractère personnel du droit à la rémunération, mais cette décision est plus ancienne : *Guimond c. Université de Montréal*, [1985] C.S. 360.

44. S. NORMAND s'en fait l'écho en ne mentionnant pas les créances parmi les « nouveaux » biens (« Les nouveaux biens », (2004) 16 *R. du N.* 177). Au sujet de cette problématique ainsi que pour un état des lieux au Québec, voir tout particulièrement Y. EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *C. de D.* 905.

45. *Mackprang c. Commission des affaires sociales*, [1986] D.L.Q. 416 (C.S.).

46. *Association des radiologistes du Québec c. Rochon*, [1997] R.J.Q. 1642 (C.S.), conf. à J.E. 99-851 (C.A.), autorisation d'appeler refusée [2000] 1 R.C.S. vi.

47. Voir également *infra*, p. 197 pour le lien entre l'extension du champ d'application et celui du contrôle en droit européen.

48. Ainsi que nous le verrons ci-dessous : *infra*, p. 185.

49. Pour un exemple de déclaration que l'article 6 ne protège pas les droits économiques, voir *Lalande c. Québec (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 1629 (C.S.).

par le texte de l'article 6. C'est ce que nous confirmerons, en seconde partie, en comparant à cet égard le droit québécois et le droit européen.

2. L'absence de contrôle des « lois » dérogatoires

L'article 6 garantit, nous l'avons vu, le droit à la propriété uniquement « dans la mesure prévue par la loi ». Il énonce ainsi une limite particulière, très générale, qui se substitue en principe à la restriction plus nuancée prévue à l'article 9.1 de la *Charte* à l'égard de l'ensemble des droits et libertés protégés⁵⁰. Cette limitation *ad hoc* du droit au respect des biens a été interprétée comme déniaut à celui-ci tout statut supralégal⁵¹ et comme lui assignant un rang inférieur à celui des autres droits et libertés⁵².

Les « lois » dérogatoires visées à l'article 6 peuvent être des lois au sens strict du terme mais aussi des règlements, décrets, ordonnances ou arrêtés en conseil pris sous l'autorité d'une loi⁵³. À titre d'exemple et sans prétention à l'exhaustivité, ont été ainsi mis en cause des lois (par exemple en matière fiscale⁵⁴ ou sur la

50. Article 9.1 qui s'exprime comme suit : « 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 » et, dans un second alinéa, « La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ». Sur la primauté de la limite formulée dans l'article 6 sur celle de l'article 9.1, voir *Québec (Procureur général) c. Société canadienne des métaux Reynolds*, [1993] R.J.Q. 98 (C.A.), ainsi que F. CHEVRETTE, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* : le dit et le non-dit », (1987) *R.J.T.* 463, 468-469 ; D. LAMER, *supra*, note 7, p. 173-174 et M. GAGNON, *supra*, note 7, p. 123-128 (qui se réfère aux documents parlementaires). L'article 9.1 ne serait donc pertinent que lorsque l'invocation du droit au respect des biens est combinée à un ou plusieurs autres droits ou libertés garantis par la *Charte* (ainsi par exemple dans *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse du Québec c. Desnoyers*, J.E. 2005-428 (C.Q.), avec l'art. 7). Mais tous les juges n'ont pas des choses une vision aussi tranchée, comme dans *Gopaulen c. Directeur du service des permis et inspections de la Ville de Montréal*, J.E. 2000-2029 (C.S.) ou *Constructions S.P. inc. c. Sauvé*, [1996] R.D.I. 427 (C.S.).

51. *Regroupement des propriétaires contre la taxe immobilière par Germain Geffard c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2879 (C.S.) ; *Québec (Procureur général) c. Société canadienne des métaux Reynolds*, [1993] R.J.Q. 98 (C.A.) ; *Mode Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.). Voir toutefois en sens inverse *Benjamin c. Montréal (Ville de) (citée de Côte St-Luc)*, J.E. 2004-1605 (C.S.), où le droit de propriété se voit reconnaître de par son insertion dans la *Charte* un caractère « quasi constitutionnel » en dépit de l'affirmation relative qui en est faite.

52. *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).

53. Art. 56(3) de la *Charte*.

54. *Regroupement des propriétaires contre la taxe immobilière par Germain Geffard c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2879 (C.S.).

protection du territoire agricole⁵⁵), des articles du Code civil⁵⁶, des règlements de zonage ou d'urbanisme⁵⁷, etc.

Les tribunaux québécois ne cherchent guère à exercer un contrôle sur les normes qui restreignent le droit de propriété. Bien souvent, le simple fait qu'une « loi » dérogatoire existe leur suffit à tenir l'atteinte pour justifiée, la protection de l'article 6 ne trouvant à s'appliquer que « si la loi ne régit pas le problème en litige »⁵⁸. En matière d'expropriation, ils exigent certes que la « loi » dérogatoire soit d'intérêt public et qu'une juste indemnité soit versée au propriétaire spolié, mais il ne s'agit là que de compléter l'article 6 par le droit commun découlant du Code (spécialement l'art. 952 C.c.Q.), de la *Loi sur l'expropriation*⁵⁹, des coutumes constitutionnelles et des principes relatifs à l'interprétation des lois⁶⁰. L'exigence d'intérêt public semble avoir été élevée au rang d'exigence générale quant à l'ensemble des « lois » dérogatoires⁶¹, mais le contrôle est bien souvent de pure forme car les autorités sont présumées intervenir avec mesure et tenir compte de l'intérêt public⁶². Par ailleurs, les tribunaux requièrent des normes lésant le droit au respect des biens qu'elles soient clai-

55. Notamment dans *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 859.

56. Ainsi par exemple l'article 992 (*Constructions S.P. inc. c. Sauvé*, [1996] R.D.I. 427 (C.S.)), art. 441 et s. (*Landreville c. Péloquin-Braley*, [1994] R.D.I. 122 (C.S.) et art. 1981 (*Rice c. Grosz*, J.E. 92-67 (C.Q.)).

57. Parmi de nombreuses décisions, voir *Néron c. St-Eustache*, J.E. 2002-2032 (C.S.) ou *Lebeuf c. Ste-Barbe (Corp. municipale de la paroisse de)*, J.E. 2001-2202 (C.Q.).

58. *Club Beauchâteau inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 949, par. 18. Voir aussi, parmi de multiples exemples, *Cinar Corporation c. Weinberg*, J.E. 2006-629 (C.S.) ; *Néron c. St-Eustache*, J.E. 2002-2032 (C.S.) ; *Lebeuf c. Ste-Barbe (Corp. municipale de la paroisse de)*, J.E. 2001-2202 (C.Q.) ; *Québec (Ville de) c. Marché Trait-Carré inc.*, J.E. 2000-2224 (C.S.) ; *Abitibi (Municipalité régionale du comté d') c. Ibitiba ltée*, [1993] R.J.Q. 1061 (C.A.) ; *Mode Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.) ; *Lalande c. Québec (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 1629 (C.S.) ; *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839 ; *Gestion Avono ltée c. Montréal (Ville de)*, J.E. 88-195 (C.S.) ; *Commission de protection du territoire agricole c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542 et aussi les références citées par D. LAMER, *supra*, note 7, p. 178-179.

59. *L.R.Q., c. E-24 et Val-Bélair (Corp. municipale de la ville de) c. Leiriao*, [1989] R.J.Q. 2668 (C.A.).

60. Au sujet de ces deux derniers, voir M. GAGNON, *supra*, note 7, p. 119. Voir cependant *Benjamin c. Montréal (Ville de) (cité de Côte St-Luc)*, J.E. 2004-1605 (C.S.).

61. D. LAMER, *supra*, note 7, p. 180 et 181-182. Voir toutefois en sens inverse, dans le cas d'une expropriation déguisée, *Benjamin c. Montréal (Ville de) (cité de Côte St-Luc)*, J.E. 2004-1605 (C.S.).

62. *Hull c. 163495 Canada inc.*, J.E. 2001-122 (C.S.). Mais un contrôle voilé de l'intérêt public est parfois exercé, même s'il est généralement positif : *Roy c. Québec (Ministère du Loisir, de la Chasse et de la Pêche)*, J.E. 93-1461 (C.S.) (sauvegarde du saumon atlantique).

res et précises, mais là encore, le constat est à notre connaissance toujours positif⁶³. Enfin, certains prônent une interprétation stricte des « lois » dérogatoires et corrélativement, une interprétation large des exceptions qui permettent de s'y soustraire⁶⁴. Mais cette position ne fait pas l'unanimité⁶⁵.

Comment expliquer la retenue des tribunaux québécois ? Sur le plan procédural, le fait de devoir mettre le gouvernement du Québec en cause lorsque l'article 6 est invoqué pour contester l'une de ses normes alourdit le formalisme de l'instance ; en l'absence d'une telle mise en cause, les juges évitent de se prononcer sur l'existence d'une quelconque violation⁶⁶. Mais plus fondamentalement, c'est surtout la crainte de ne pas pouvoir imposer une juste mesure à l'exercice du contrôle qui hante les tribunaux. Les magistrats redoutent d'ouvrir la porte aux contestations dirigées contre les « lois » qui réglementent le droit de propriété de peur de les mettre toutes en danger. C'est surtout pour cette raison que « l'article 6 signifie peu dans un contexte de droit public, comme le droit municipal »⁶⁷.

B. L'article 6 en extension

L'article 49, al. 2 prévoit qu'en cas d'atteinte « illicite et intentionnelle » à un droit ou une liberté reconnu par la *Charte*, « le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs ». Ce recours en responsabilité civile⁶⁸ innove par rapport au droit commun de la protection de la propriété extérieur

63. Quant au principe, voir D. LAMER, *supra*, note 7, p. 182 et également *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, 356 ; *Mode Cohoes inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.) ; *Québec (Procureur général) c. Société canadienne des métaux Reynolds*, [1993] R.J.Q. 98 (C.A.). Pour des exemples commentés, voir M. GAGNON, *supra*, note 7, p. 129-140 et plus récemment *Club Beauchâteau inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 949.

64. Qui peut alors jouer des tours à l'autorité municipale qui aurait pris quelques libertés avec la *Loi sur l'expropriation : SNF Immeubles (Québec) inc. c. Lévis (Ville de)*, J.E. 2006-603 (C.S.). Voir aussi *Brensim Corp. c. Montréal (Ville de)*, [1986] D.L.Q. 269 (C.S.) et en général D. LAMER, *supra*, note 7, p. 182-183.

65. Voir par exemple *Poelman c. Bois-des-Filion (Ville de)*, J.E. 2000-613 (C.S.), infirmé par [2001] J.Q. n° 1196 (Quicklaw) (C.A.), où l'expropriation que la Cour supérieure jugeait illégale a été tenue pour conforme au droit administratif par la Cour d'appel grâce à une interprétation des lois et règlements applicables très favorable à la municipalité.

66. Ainsi par exemple dans *Bossé c. Hydro-Québec*, J.E. 2005-878 (C.S.).

67. *Hull c. 163495 Canada inc.*, [2000] J.Q. n° 5262 (Quicklaw), par. 55 (C.S.). Voir dans le même sens *Chamandy c. Westmount*, J.E. 2001-1424 (C.S.) et *Québec (Procureur général) c. Marché Bonanza Jean-Talon Inc.*, J.E. 87-274 (C.S.).

68. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 395.

à la *Charte*⁶⁹. La possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs, aussi appelés dommages exemplaires, doit en effet être prévue explicitement par la loi (art. 1621, al. 1^{er} C.c.Q.)⁷⁰. Notion issue de la common law⁷¹, les dommages exemplaires se distinguent des dommages-intérêts compensatoires classiques par leur double vocation punitive et dissuasive⁷² mais comme eux, ils sont versés à la victime et non à l'État⁷³.

Quels sont les critères d'octroi de tels dommages-intérêts punitifs ? Ils ne peuvent se substituer aux dommages-intérêts purement compensatoires sous peine de faire double emploi⁷⁴, même si comme eux ils requièrent la preuve d'un dommage⁷⁵. L'article 49, al. 2 précise que l'atteinte doit être illicite et intentionnelle, la charge de la preuve incombant au demandeur⁷⁶. Le terme « illicite » implique non seulement la violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte*, mais également que cette vio-

69. Exception faite de législations particulières comme la *Loi sur la protection des arbres* (L.R.Q., c. P-37, art. 1), qui prévoit aussi la possibilité d'accorder de tels dommages-intérêts notamment en cas de coupe illicite. Cette hypothèse recoupe évidemment le champ d'application de l'article 6. Les dommages-intérêts punitifs ne sont alors accordés qu'une seule fois, soit par application de la seule *Loi sur la protection des arbres* (ainsi dans *Daviault c. Boisvert*, J.E. 2003-2075 (C.Q.) ou *Landry c. Gestion Montcalm Ouellet inc.*, J.E. 2003-1636 (C.S.)), soit par application simultanée de cette *Loi* et de la *Charte* (par exemple dans *Ostiguy c. Wilson*, [1991] R.R.A. 798 (C.S.)). Il en va de même de l'article 1902 C.c.Q., qui instaure la même possibilité dans le cadre du droit du bail : *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés*, 2006 QCCA 560.

70. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 395.

71. Au sujet de cette parenté qui rend parfois malaisée la définition d'un régime distinct pour les dommages exemplaires en droit québécois, voir notamment *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 ; *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.) et S. BEAULAC, « Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire *Whiten* et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois », (2002) 36 *R.J.T.* 637.

72. Pour le principe, voir notamment *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 408 et *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44, 45 (C.A.). On peut aussi considérer qu'ils ont un but incitatif (C. DALLAIRE, *La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des Chartes*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 20). En général, voir aussi S. LUSSIER, « Les dommages exemplaires : réflexions d'un praticien à la suite de la trilogie de la Cour suprême », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 187.

73. Au contraire donc d'une amende en droit criminel : *Zellers inc. c. Lessard*, [1997] R.R.A. 1159 (C.Q.).

74. Par exemple *Paquin c. Territoire des lacs inc.*, J.E. 2003-315 (C.S.).

75. *Charland c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2003-629 (C.S.).

76. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 262 ; *Construction Val-d'Or ltée c. Gestion LRO (1997) inc.*, J.E. 2006-209 (C.A.) et C. DALLAIRE, *supra*, note 72, p. 78-94.

lation corresponde à une faute au sens quasi délictuel⁷⁷. Quant au caractère intentionnel de l'atteinte, la Cour suprême du Canada a précisé qu'il porte sur le résultat du comportement fautif et non sur le comportement lui-même⁷⁸. Il s'agit donc d'une définition particulièrement large puisqu'elle n'exige ni faute lourde ni négligence grossière⁷⁹. Même la bonne foi du défendeur est en principe sans pertinence lorsqu'il a désiré produire le résultat critiqué et que son comportement était fautif⁸⁰. La Cour d'appel discerne dès lors un volet subjectif dans le contrôle du caractère intentionnel de l'atteinte (le fait de vouloir les conséquences de l'acte commis) en plus d'un volet objectif (le fait que ces conséquences soient prévisibles par une personne raisonnable)⁸¹.

Ces principes, familiers aux juristes de common law en matière de *torts* intentionnels⁸², doivent toutefois être combinés avec le caractère discrétionnaire de l'octroi des dommages-intérêts punitifs⁸³. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est encadré par la liste non-exhaustive de critères énoncés à l'art. 1621 C.c.Q. et les critères ajoutés à celle-ci par la Cour suprême en 1996⁸⁴. Quant

-
77. Donc, au sens de l'article 1457 C.c.Q. puisque le recours fondé sur l'article 49, al. 2 est un recours ressortissant de la responsabilité civile : *supra*, note 68 et aussi *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 260.
 78. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 260 et pour plus de précisions, C. DALLAIRE, *supra*, note 72, p. 138-145. Pour une application récente en relation avec l'article 6, voir par exemple *Wood c. Commer-Tech America Inc.*, J.E. 2004-53 (C.S.), où le défendeur sur reconvention qui avait détourné des fonds appartenant au demandeur est condamné à payer 5 000 \$ de dommages exemplaires au motif « qu'il ne pouvait ignorer les conséquences de sa conduite fautive ».
 79. Un courant antérieur de jurisprudence incarné notamment, dans le domaine de l'article 6, par *Piscines Trevi inc. c. Lanthier*, J.E. 94-276 (C.S.), où l'insouciance « déréglée et téméraire du respect du droit d'autrui » du défendeur sur reconvention faisait en sorte que sa « faute lourde » était également intentionnelle.
 80. Antérieurement, la jurisprudence québécoise relative à l'article 6 exigeait une atteinte malveillante (*Ostiguy c. Wilson*, [1991] R.R.A. 798 (C.S.)) ou abusive (*Normandin c. Hôtel Le Chantecler inc.*, [1994] R.D.I. 395 (C.S.)) ou à tout le moins exempte de bonne foi (*Duval c. Office national du film*, [1988] R.R.A. 288 (C.S.)).
 81. *Construction Val-d'Or ltée c. Gestion LRO (1997) inc.*, J.E. 2006-209 (C.A.) et aussi *Brais c. D'Amico*, [2005] R.D.I. 718 (C.A.).
 82. G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Torts in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2002, p. 20-21.
 83. Pouvoir discrétionnaire déduit de l'utilisation du mot « peut » dans l'article 49, al. 2 de la Charte : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 264, ainsi que tout récemment *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés*, 2006 QCCA 560.
 84. Nommément, la durée de la conduite repréhensible, la provocation de la victime, les autres modes de punition déjà imposés à l'auteur et également, en matière de recours collectif, le nombre de victimes et leur vulnérabilité éventuelle : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*,

au montant des dommages exemplaires accordés, il relève du même pouvoir discrétionnaire⁸⁵.

Dans le cadre de l'application de l'article 6, le caractère malveillant de l'atteinte portée aux biens du requérant plaide évidemment en faveur de l'octroi de dommages-intérêts punitifs⁸⁶, tout comme la mauvaise foi et le fait d'avoir agi de manière excessive et déraisonnable ou d'avoir fermé les yeux sur la violation⁸⁷, ou encore la récidive et l'absence de regrets⁸⁸, voire la durée de la violation⁸⁹. Les tribunaux sanctionnent également volontiers par des dommages-intérêts punitifs les abus de pouvoir imputables aux entreprises irrespectueuses des formalités d'expropriation⁹⁰ ou aux représentants de l'autorité ayant méconnu les règles en matière d'expulsion⁹¹. Par ailleurs, le comportement hostile ou inconséquent du demandeur peut le priver des dommages exemplaires qu'il réclame⁹². Bref, la simple négligence ne suffit pas au stade de l'appréciation discrétionnaire, ce qui contraste avec la définition très large du caractère intentionnel de l'atteinte⁹³. La

[1996] 3 R.C.S. 211, 264-265. Au sujet des critères destinés à encadrer le pouvoir discrétionnaire afférent aux dommages exemplaires, voir C. DALLAIRE, *supra*, note 72, p. 101-164.

85. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 264 pour le principe.
86. *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, J.E. 2004-1250 (C.S.) ; *Wood c. Commer-Tech America Inc.*, J.E. 2004-53 (C.S.) ; *Simard c. Grenier*, J.E. 99-830 (C.S.) ; *Gauthier c. Roy*, [1999] R.D.I. 87 (C.S.) ; *Stranges c. Bélanger*, [1993] R.R.A. 580 (C.S.). Voir aussi *Caron c. De Vos*, [1999] R.R.A. 724 (rés.) (C.S.) (mensonges pour obtenir un permis de construire un immeuble privant les requérants d'une servitude de vue).
87. *Bernard c. Loignon Champ-Carr inc.*, J.E. 2004-1686 (C.S.) et aussi *Lacasse c. Christiano*, J.E. 2000-46 (C.S.) (mauvaise foi avérée).
88. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Poirier*, J.E. 2004-1016 (T.D.P.Q.) ; *Daviault c. Boisvert*, J.E. 2003-2075 (C.Q.) ; *Larouche c. Hervé Pomerleau inc.*, [1998] R.J.Q. 2853 (C.Q.) ; *Pearl c. Investissements Contempra ltée*, [1995] R.R.A. 1151 (C.S.).
89. Des empiétements incessants pendant plus de six ans dans *Turcotte c. Veilleux*, [2005] R.D.I. 815 (C.S.).
90. *Larouche c. Hervé Pomerleau inc.*, [1998] R.J.Q. 2853 (C.Q.) : « Les dommages exemplaires doivent être suffisamment importants pour dissuader le contrevenant de faire prévaloir ses intérêts sur les droits fondamentaux de la personne lésée ».
91. *Bélisle c. Dion*, [1999] R.R.A. 999 (C.Q.) : « la violation du domicile par un officier de justice doit être dénoncée en raison de sa gravité objective évidente ».
92. *Perreault c. Dravigné*, [2004] R.D.I. 706 (C.S.) ; *Forgeot c. Ouellette*, [2001] R.R.A. 64 (rés.) (C.A.).
93. Pour le principe, *Construction Val-d'Or ltée c. Gestion LRO (1997) inc.*, J.E. 2006-209 (C.A.). De plus, dans *Azoulay c. Azoulay*, J.E. 2001-92 (C.A.), la Cour d'appel a réitéré que la mauvaise foi au sens des articles 6 et 7 C.c.Q. était indispensable pour accorder des dommages-intérêts punitifs sur la base de l'article 6 de la *Charte*. Pour des illustrations de ce contraste entre les deux étapes du raison-

fonction punitive de l'octroi, ou son éventuelle absence, pèse dans la balance également⁹⁴. Lorsque la violation de l'article 6 résulte d'un vol ou d'un quelconque acte criminel, la double raison d'être (punitive et dissuasive) des dommages exemplaires est souvent naturellement satisfaite⁹⁵, mais le cumul des tels dommages-intérêts avec la sanction pénale proprement dite est problématique⁹⁶.

Quant aux critères présidant à l'évaluation des dommages exemplaires accordés en cas de violation illicite et intentionnelle de l'article 6, ils sont rarement détaillés. Ils devraient cependant être appréciés en fonction de la gravité de la faute plus que de celle du préjudice, ainsi qu'en fonction de la capacité de payer du défendeur⁹⁷. La somme accordée à titre de dommages-intérêts punitifs est très variable et son rapport au montant des dommages-intérêts compensatoires obtenus en parallèle⁹⁸ l'est tout autant⁹⁹.

Au vu de ces quelques développements, il apparaît que le traitement de l'article 6 de la *Charte* par les tribunaux québécois ressortit bien plus de la peau de chagrin que de la libération d'un diable en bouteille. Les « biens » protégés sont définis de manière étriquée et le contrôle judiciaire sur les « lois » qui y portent atteinte est quasiment inexistant. Seul le possible octroi de dommages exemplaires constitue une certaine extension par rapport au droit commun de la protection de la propriété.

nement relatif à l'octroi des dommages-intérêts punitifs, voir par exemple *Propane Frigon inc. c. Régie de l'électricité et du gaz*, J.E. 2002-48 (C.S.); *Couture c. Habitat Urbain*, [2003] R.D.I. 797 (C.S.).

94. *Lambert c. Macara* [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.).

95. Par exemple *Zellers inc. c. Lessard*, [1997] R.R.A. 1159 (C.Q.), dans le cas d'un vol à l'étalage « avec préméditation ».

96. En common law, les dommages exemplaires ne se superposent pas en principe à une sanction pénale; l'argument a été utilisé dans *Papados c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.). Mais la Cour suprême a simplement placé l'existence d'une sanction pénale parmi les critères à prendre en considération par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'octroi des dommages exemplaires: *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 265.

97. *Teoli c. Compagnie d'assurance Bélair*, [1990] R.R.A. 990 (C.Q.).

98. Les dommages exemplaires peuvent évidemment être alloués seuls: voir par exemple *Place des Galeries inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1997] R.R.A. 438 (C.S.).

99. Il peut s'agir d'un rapport de stricte égalité, ainsi dans *Patrice c. Dugas*, J.E. 2003-1012 (C.Q.). Mais en général, la proportion est défavorable aux dommages exemplaires (1/120^e par exemple dans *Ostiguy c. Wilson*, [1991] R.R.A. 798 (C.S.), quoique le plus souvent la proportion est d'un demi ou d'un tiers par rapport aux dommages-intérêts compensatoires). Il arrive aussi, plus rarement, que les dommages exemplaires excèdent les dommages compensatoires (comme dans *Adraoui c. Vandal*, J.E. 2004-1149 (C.Q.)).

II. DE LA PEAU DE CHAGRIN AU DIABLE DANS LA BOUTEILLE : ÉCLAIRAGES DE DROIT COMPARÉ

Le chagrin de l'article 6 est-il sérieux et plus encore, est-il irrémédiable ? Un éclairage comparatif va nous permettre de mieux y réfléchir. L'exemple européen montre en effet qu'un texte protégeant plus imparfaitement encore le droit de propriété a pu susciter une jurisprudence pleine de vitalité mais aussi empreinte de mesure (A). Parallèlement, le lien unissant la Cour suprême à la *Charte canadienne des droits et libertés* indique que la relation du juge à une charte peut être le lieu d'une interprétation plus créative encore que le lien qui l'unit à une simple loi (B). Nous examinerons tour à tour ces deux cas de figure, en nous interrogeant sur leur pertinence au regard de la protection québécoise du droit de propriété.

A. L'art de la courtepoinTE à la Cour européenne des droits de l'homme

L'exemple de la protection européenne du droit de propriété représente le triomphe de la créativité judiciaire. À partir d'un texte plus étiéqué encore que l'article 6 de la *Charte* québécoise, les tribunaux européens ont su élaborer un canevas interprétatif sophistiqué, qui évoque heureusement davantage l'art de la courtepoinTE que les ravages d'un diable en liberté (1). Ce modèle pourrait-il être transposé au Québec (2) ?

1. *Le droit de propriété et la Convention européenne des droits de l'homme*

Le droit de chacun au respect de ses biens est consacré par l'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) (1). Après en avoir brièvement précisé les contours, nous évoquerons la mise en œuvre extensive mais modérée qui en a été faite par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour E.D.H.) (2).

a) *L'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme*

Le texte de l'article premier du Premier Protocole additionnel à la C.E.D.H. est le suivant :

Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens.
Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité

publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes.

Si la protection du droit de propriété figure dans le premier des protocoles additionnels à la Convention plutôt que dans la Convention elle-même, c'est parce que cette protection suscitait de vifs débats et que les Hautes Parties contractantes (les États membres du Conseil de l'Europe) n'étaient pas parvenues à s'entendre sur ce sujet « complexe et difficile » au moment de parachever la C.E.D.H.¹⁰⁰. Ces réticences transparaissent dans la facture même de l'article premier et de son second alinéa, qui exprime clairement l'intention de préserver la sphère d'action et d'autonomie normative des États¹⁰¹. Au final, le texte de l'article premier apparaît donc plus limité encore au regard du droit protégé que l'article 6 de la *Charte* québécoise. Pourtant, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme¹⁰² ont su lui conférer une amplitude inversement proportionnelle à ses contours initiaux.

b) *Une mise en œuvre modérée mais créative*

La destinée de l'article premier du Premier Protocole a démenti la piètre configuration de son ciel de naissance. La Cour

100. De l'aveu de la Cour E.D.H. elle-même dans *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, A n° 52, § 69. La protection de la propriété renvoie en effet à des « questions politiques, économiques et sociales sur lesquelles de profondes divergences d'opinion peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique » : *James c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, A n° 98, § 46 et en général L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel – Article 1 », dans L. PETTITI et al., *La convention européenne des droits de l'homme article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 2002, p. 971-972. Nous retrouverons ce type de débat en évoquant la problématique de l'enchâssement du droit de propriété dans la *Charte canadienne* : *infra*, p. 209 et s.

101. Et également dans l'absence de toute allusion à une indemnité compensatoire en cas d'expropriation, subsumée dans la vague référence aux « principes généraux du droit international ».

102. Compte tenu de la suppression de la Commission, nous nous référerons ici à la seule Cour E.D.H. au titre de juridiction européenne en charge de l'application de la C.E.D.H. Mais ce raccourci terminologique ne doit pas faire oublier le rôle prépondérant joué par la Commission dans l'élaboration de la jurisprudence afférente à l'article premier, comme du reste aux autres dispositions de la C.E.D.H.

E.D.H. entreprit tout d'abord d'étendre la notion de biens protégés (I), puis d'accroître l'importance de son contrôle sur les restrictions étatiques qui leur étaient apportées (II).

(i) Une définition très large du droit de propriété

La terminologie utilisée dans l'article premier est éclectique¹⁰³, mais la Cour E.D.H. en affirme l'unité à travers la notion de « droit de propriété », notion autonome qu'il lui appartient de définir au fil de sa jurisprudence¹⁰⁴. Il s'agit également d'une notion évolutive, ce qui signifie que les catégories de droits ou de biens protégés ne sont jamais closes¹⁰⁵.

Que comprend ce « droit de propriété » protégé par l'article premier ? Comme dans la *Charte* québécoise, il s'agit bien entendu du droit de propriété au sens traditionnel sur des meubles ou immeubles¹⁰⁶, auquel il convient d'ajouter les droits réels autres que le droit de propriété (comme la servitude ou l'emphytéose)¹⁰⁷, mais aussi les droits réels accessoires telles les sûretés¹⁰⁸. Les

103. On y trouve ainsi les expressions suivantes : « respect des biens » (*peaceful enjoyment of possessions* dans la version anglaise), « propriété » (*possessions*) et « usage des biens » (*use of property*).

104. Cette autonomie implique d'une part que le droit protégé n'a pas besoin d'être établi par une décision judiciaire dans l'ordre interne pour bénéficier de la protection de l'article 1^{er} dans la sphère européenne (il peut donc être litigieux) et d'autre part, que le fait que l'intérêt en cause ne soit pas considéré comme un bien ou un droit réel par le droit national n'est d'aucune incidence au regard de la protection européenne puisque la Cour E.D.H. forge ses propres catégories : F. SUDRE, « Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », dans Institut de droits de l'homme des avocats européens, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 5-6 et T. ALLEN, « The Autonomous Meaning of 'Possessions' under the European Convention on Human Rights », dans E. COOKE (dir.), *Modern Studies in Property Law*, Oxford, Hart Pub., 2001-2003, vol. 1, p. 57-77 et pour des exemples, A. RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot (UK), Ashgate Publishing, 2004, p. 147-148.

105. Caractère évolutif découlant de l'affirmation selon laquelle l'article premier vise « essentiellement » (*De Buck c. Belgique*, décision de la Commission du 20 décembre 1960, *rec.* 13, p. 71) ou « substantiellement » (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, A n° 31, § 63) le droit de propriété : L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 971 et 975.

106. Par exemple *Azas c. Grèce*, 19 septembre 2002, n° 50824/99 (propriété immobilière) et *Agosi c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1986, A n° 108 (propriété mobilière – pièces d'or).

107. Ainsi dans *Zanghi c. Italie*, 19 février 1991 (droit de servitude) et l'affaire *James c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, A n° 98 (droit d'emphytéose) : P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 619-620.

108. *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 février 1995, A n° 306-B.

droits réels peuvent être l'objet d'atteintes d'une infinie variété dont certaines ont été évoquées en relation avec l'article 6 de la *Charte*, comme les expropriations¹⁰⁹ ou confiscations illicites¹¹⁰, les locataires indésirables¹¹¹ et les contraintes d'urbanisme¹¹². D'autres types d'atteintes impliquent, en droit européen, les partages de biens matrimoniaux et successoraux ainsi que les transferts forcés d'un particulier à un autre¹¹³.

Par ailleurs, à l'instar des « biens » protégés par l'article 6 en droit québécois, le « droit de propriété » européen peut porter sur des biens corporels ou incorporels¹¹⁴. Mais les biens incorporels sont définis de manière plus extensive en droit européen car ils comprennent la clientèle et le fonds de commerce, de sorte que toute réglementation professionnelle affectant de tels « biens » ressortit *a priori* du contrôle de l'article premier¹¹⁵, ainsi que la propriété intellectuelle¹¹⁶. Ils recouvrent également les intérêts acquis découlant d'une quelconque autorisation à exercer une activité économique – ainsi par exemple, le retrait d'un permis de vendre des boissons alcoolisées¹¹⁷. On le voit, l'article premier est ici interprété de manière à protéger certains droits économiques, ce à quoi se refusent les juridictions québécoises par rapport à l'article 6 de la *Charte*¹¹⁸.

-
109. Certains pays ont suscité plus de jurisprudence que d'autres à cet égard, ainsi la Grèce quant aux conditions de l'expropriation : B. FAVREAU, « La spécificité du droit de propriété à travers les États », dans Institut des droits de l'homme des avocats européens, *supra*, note 104, p. 32-35.
 110. En matière immobilière, la problématique touche surtout les anciens pays du bloc communiste : B. FAVREAU, *supra*, note 109, p. 46-51.
 111. Une spécialité du contentieux italien, dont la législation n'assiste guère les propriétaires à cet égard : B. FAVREAU, *supra*, note 109, p. 41 et par exemple *Immobiliare Saffi c. Italie*, 28 juillet 1999, n° 22774/93.
 112. Ainsi dans *Katsaros c. Grèce*, 6 juin 2002, n° 51473/99.
 113. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 983-984 et les références citées par cet auteur, ainsi que plus généralement J.M. GUILLAMET, « Els fills posats en condició : interpretació del testament i discriminació », (2005) *Revista Jurídica de Catalunya* 149.
 114. Comme les parts sociales et les actions en droit des sociétés : *Bramelied et Malmström c. Suède*, décision de la Commission du 12 octobre 1982, D.R. 29, p. 64.
 115. Ainsi par exemple les réglementations touchant à l'exercice des professions libérales ou commerciales : A. RIZA ÇOBAN, *supra*, note 104, p. 155 et L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 977.
 116. A. RIZA ÇOBAN, *supra*, note 104, p. 149-150 et les références citées par cet auteur. Rappelons que le droit québécois hésitait sur ce point : *supra*, p. 183.
 117. *Tre Traktoren AB c. Suède*, 7 juillet 1989, A n° 159, § 53.
 118. Et le fait que l'article premier du Premier protocole additionnel soit le seul qui puisse être lu de manière à protéger, fût-ce de manière limitée, les droits économiques est précisément ce qui motiverait la Cour E.D.H. à l'interpréter en ce sens : L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 976.

Les créances font également partie des biens incorporels protégés par l'article premier, au contraire des limites et contradictions à cet égard dans l'interprétation de l'article 6 au Québec. Elles peuvent concerner des droits personnels entre particuliers, ainsi par exemple l'obligation faite à un médecin d'indemniser la victime d'un préjudice causé par sa faute lorsque cette obligation est déniée au moyen d'une loi rétroactive¹¹⁹, ou encore les prestations et bénéfices dus par l'État aux individus (allocations de retraite ou de veuvage, allocations de chômage...) ¹²⁰. Mais une condition est posée à la protection des créances de toutes natures : elles doivent être « constituées », c'est-à-dire que tous les éléments nécessaires à leur réalisation doivent être réunis. Les droits personnels couverts par l'article premier sont donc essentiellement des droits acquis¹²¹ ou à tout le moins, susceptibles d'être concrétisés en vertu d'une « espérance légitime »¹²². Ce filtre n'est pas toujours d'une application limpide ; il permet par exemple de protéger les droits des légataires à une succession ouverte¹²³ mais exclut les prestations de sécurité sociale, sauf lorsqu'elles se rattachent à un système d'assurance (comme un fonds de pension)¹²⁴.

Bref, l'étendue matérielle de la protection assurée par l'article premier est considérable, particulièrement lorsqu'on la compare à celle qu'offre l'article 6 de la *Charte* québécoise. La protection européenne du « droit de propriété » vise donc de manière très large l'ensemble des valeurs patrimoniales, pour autant qu'elles aient une valeur économique quelconque, qu'elles représentent un bien relevant de façon « actuelle et inconditionnelle de la sphère juridique » nationale et qu'elles aient trait à un bien « déterminé et identifiable »¹²⁵. C'est donc sur cette extension matérielle presque maximale que s'est greffé le contrôle grandissant exercé par la Cour E.D.H. sur les normes étatiques affectant le « droit de propriété » au sens de l'article premier.

119. Ce sont les circonstances de l'arrêt *Draon c. France*, 6 octobre 2005, n° 1513/03.

120. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 977 et A. RIZA ÇOBAN, *supra*, note 104, p. 149-152.

121. Au même titre que les intérêts économiques mentionnés ci-dessus.

122. F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 4.

123. *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, A n° 126 et *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, n° 34406/97 ainsi que F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 4 et J.M. GUILLAMET, *supra*, note 113.

124. Pour une discussion, A. RIZA ÇOBAN, *supra*, note 104, p. 157-160.

125. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 979.

(ii) Un contrôle croissant mais mesuré

Le texte de l'article premier est le résultat, nous l'avons dit en le présentant, d'un consensus entre les opposants à l'enchâssement de la propriété dans le système de la C.E.D.H. et les partisans de celui-ci. Il apparaît donc à la première lecture comme peu contraignant à l'égard des États et corrélativement, comme peu encourageant à l'égard d'un contrôle effectif de la Cour E.D.H. sur les atteintes à la propriété dans l'ordre juridique national. La Cour et la Commission ont donc attendu d'être confortées dans leur propre statut et d'avoir développé une jurisprudence étoffée à l'égard des autres droits et libertés protégés par la C.E.D.H. avant de développer leur marge de contrôle à l'égard de l'article premier du Premier protocole¹²⁶.

C'est en 1982, avec l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, que la Cour E.D.H. va poser les bases de ce contrôle¹²⁷. Prenant le parti d'une créativité placée sous le sceau de la cohérence systématique, elle va d'emblée découvrir en interprétant l'article premier trois normes distinctes. Chacune de ces trois normes correspond à un certain type d'atteinte au « droit de propriété » garanti par l'article premier, toute invocation de celui-ci devant dès lors nécessairement se rattacher à l'une d'entre elles.

La première norme revêt un caractère général et subsidiaire. Issue de la première phrase du premier alinéa de l'article premier, elle garantit le droit de chacun au respect de ses biens. Son caractère subsidiaire découle de ce qu'elle fonctionne comme la « norme de rattrapage » lorsque l'atteinte alléguée ne correspond à aucune des deux autres normes contenues dans l'article premier (qui sont beaucoup plus spécifiques)¹²⁸. Quant à son caractère général, il provient de ce que la première norme représente un critère d'interprétation et de contrôle pour l'ensemble de l'article premier et donc pour les deux autres normes qu'il contient. Le droit au respect des biens conduit en effet à examiner s'il existe un « juste équilibre » entre l'intérêt public sous-tendant la norme incriminée et l'atteinte portée au « droit de propriété » d'un particulier¹²⁹.

126. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 973.

127. *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, A n° 52.

128. Notamment lorsque le statut juridique du bien litigieux n'est pas clair : L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 980 ; F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 11 et *infra*, p. 198-199 pour ces deux autres normes.

129. Il s'agit d'une jurisprudence constante à partir des arrêts *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, A n° 52 et *James c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, A n° 98.

Cette pondération n'aboutira à un constat de violation de l'article premier qu'en cas de disproportion manifestement déraisonnable au détriment de l'intérêt privé, ce qui permet à la Cour E.D.H. d'accorder aux États souverains une certaine marge d'appréciation¹³⁰. Le critère du juste équilibre apparaît donc comme une « innovation majeure » de la part de la Cour E.D.H., qui découvre au-delà du texte étiéqué de l'article premier « une exigence générale de proportionnalité »¹³¹ l'autorisant à mettre en balance les intérêts en présence et à effectuer un véritable contrôle quant à l'opportunité de la mesure litigieuse.

La deuxième norme contenue dans l'article premier (premier alinéa, seconde phrase) veut que nulle privation de propriété ne peut intervenir en dehors du respect de certaines conditions. La première de celles-ci est que la privation doit être conforme aux exigences posées par la « loi » nationale, le terme « loi » étant entendu de manière extrêmement large, un peu comme la *Charte* québécoise, mais ici au point de contenir la *common law* si tant est qu'elle soit « suffisamment accessible, précise et prévisible »¹³². La Cour E.D.H. n'exerce qu'un contrôle purement formel au stade de cette première condition, laissant généralement aux tribunaux nationaux le soin de contrôler le respect de normes qu'ils connaissent évidemment beaucoup mieux¹³³. La seconde condition est que la privation de propriété doit intervenir pour un motif d'utilité publique. Encore une fois, la Cour E.D.H. se contente ici d'un contrôle relativement léger¹³⁴. C'est donc de l'exigence générale du « juste équilibre » que naît le contrôle véritable de la Cour sur la privation de propriété¹³⁵ ; il s'effectuera au cas par cas et s'avérera d'autant plus strict que la privation paraît radicale¹³⁶. Ainsi, à

130. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 982.

131. F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 14.

132. Exigence qui prévaut à l'égard de toute « loi » : par exemple *Carbonara et Ventura c. Italie*, 30 mai 2000, n° 24638/97, §§ 64-65. La Cour précise le principe déjà énoncé dans les affaires *Hentrich c. France*, 22 septembre 1994, A n° 296, § 42 et *Lithgow c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, A n° 102, § 110. Voyez les commentaires d'A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 377-384.

133. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 985.

134. Mais il ne suffit pourtant pas à l'État d'alléguer l'utilité publique de la mesure à tort et à travers : *Zwierzynski c. Pologne*, 19 juin 2001, n° 34049/96, §§ 72-73 et L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 988-989.

135. Pour un exemple, F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 15 ainsi que M. PUÉCHAVY, « L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », dans Institut des droits de l'homme des avocats européens, *supra*, note 104, p. 88-93.

titre d'exemple, a été jugée non-conforme à la deuxième norme de l'article premier une loi grecque imposant le transfert de terres appartenant à des monastères à l'État en l'absence d'un titre immobilier établi par l'équivalent d'un acte authentique. La loi fut certes considérée comme d'utilité publique par la Cour E.D.H. (il s'agissait d'améliorer la gestion de ces terres et d'éviter les ventes illégales), mais le fardeau pesant sur les monastères fut tenu pour excessif étant donné qu'ils ne pouvaient se prévaloir de la prescription acquisitive pourtant de droit commun : le « juste équilibre » était rompu¹³⁷. Enfin, la Cour E.D.H. a déduit une troisième condition du texte pourtant fort nébuleux à cet égard de l'article premier : la privation de propriété doit faire l'objet d'une indemnité compensatoire¹³⁸. Il est à noter également que la notion de privation de propriété fait l'objet d'une interprétation autonome de la part de la Cour ; elle recouvre donc bien sûr les expropriations officielles et autres nationalisations, confiscations, etc. mais aussi les privations officieuses qui ne sont pas identifiées comme telles dans l'ordre juridique national (ainsi par exemple, l'obligation faite à un particulier de transférer son bien à un autre particulier)¹³⁹.

Enfin, la troisième norme découverte par la Cour E.D.H. dans l'article premier découle du deuxième alinéa de celui-ci : elle soumet la réglementation de l'usage des biens à une double exigence, l'existence d'une « loi » et la satisfaction de l'intérêt général. Distinguer le champ d'application de la troisième et de la deuxième norme n'est pas toujours aisé, mais la solution de rechange présente peu d'incidence pratique¹⁴⁰. En effet, les condi-

136. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 989-990.

137. *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, A n° 301-A. Voir aussi, parmi de nombreuses affaires, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, 23 novembre 2000, n° 38460/97 (où les biens immobiliers de l'ancienne famille royale grecque avaient été confisqués sans compensation) ou encore *Hentrich c. France*, 22 septembre 1994, A n° 296-A (pour l'exercice disproportionné d'un droit de préemption étatique destiné à prévenir l'évasion fiscale).

138. Si la Cour E.D.H. l'avait déduite des « principes généraux du droit international », l'exigence d'indemnité n'aurait profité qu'aux seuls étrangers. Mais en la rattachant au critère général du « juste équilibre », elle a su l'étendre aux nationaux et aux étrangers sans distinction : à ce sujet, ainsi que pour les modalités de l'indemnisation, voir L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 986-987 et 990-994 ainsi que SUDRE, *supra*, note 104, p. 16-17 et M. PUÉCHAVY, *supra*, note 135, p. 94-95.

139. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 983-984 et les références citées par cet auteur.

140. À titre d'exemple de distinctions des questions soulevées, voyez les affaires *Air Canada c. Royaume-Uni*, 5 mai 1995, A n° 316-A, §§ 29-34 (versement d'une caution pour obtenir la restitution d'un avion saisi par la douane) et *Raimondo*

tions posées quant à la réglementation des biens rappellent évidemment la deuxième norme relative à la privation de propriété. En dépit de variantes terminologiques, elles sont interprétées de la même manière et le contrôle s'exerce de manière fort similaire sous l'égide du critère du « juste équilibre »¹⁴¹. La créativité interprétative de la Cour E.D.H. quant à la protection de la propriété est donc à son comble par rapport au deuxième alinéa de l'article premier : « le sens de la disposition, qui se soucie *expressis verbis* de mettre un droit des États à l'abri de toute atteinte susceptible de découler des 'dispositions précédentes', a été carrément retourné de manière à en tirer une garantie additionnelle en faveur des particuliers »¹⁴². À titre d'illustration, mentionnons la célèbre affaire *Chassagnou c. France* où le transfert d'un droit de chasse sur la propriété des requérants à l'association municipale de la chasse en dépit de l'opposition de ceux-ci (qui désapprouvaient cette activité sur une base morale) fut jugé contraire à la troisième norme de l'article premier. La loi organisant le transfert (dite « loi Verdeille ») était d'intérêt général en ce qu'elle tentait de mieux réglementer et organiser la chasse, mais le « juste équilibre » était rompu car le désavantage imposé aux requérants dans la jouissance de leur propriété était excessif¹⁴³. Dans les affaires mettant en cause une quelconque réglementation d'urbanisme par contre, qui relèvent également de la troisième norme, les constats de violation sont plus rares¹⁴⁴.

Ainsi, la Cour E.D.H. a élaboré la jurisprudence relative à l'article premier du Premier protocole additionnel à la manière d'une courtepoinTE : une pièce à la fois, posément (de manière à

c. *Italie*, 22 février 1994, A n° 281-A (privation de propriété sans transfert du titre), toutes deux décidées sur la base de la deuxième norme plutôt que de la troisième. Dans l'affaire *Beyeler c. Italie*, 5 janvier 2000, n° 33202/96, § 106, la Cour préfère se rabattre sur la première norme générale plutôt que de trancher effectivement.

141. Ce contrôle était toutefois plus prudent jusqu'à tout récemment : comparer L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 996 et F. SUDRE, *supra*, note 104, p. 17-18.

142. L. CONDORELLI, *supra*, note 100, p. 994.

143. *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, qui a suscité de nombreux commentaires en France, parmi lesquels J.-P. MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 1999, 913 ; F. PRIET, *A.J.D.A.* 1999, 922 et les chroniques de G. CHAROLLOIS, *D.* 1999, chron. 389 et de E. ALFANDARI, *D.* 2000, chron. 141.

144. Par exemple *Pine Valley Developments Ltd. et autres c. Irlande*, 23 novembre 1991, n° 12742/87. Mais une violation peut résulter de la durée induite de l'interférence (ainsi dans *Katsaros c. Grèce*, 6 juin 2002, n° 51473/99) ou de sa combinaison avec une procédure d'expropriation (comme dans le célèbre arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, A n° 52).

ménager la souveraineté des États) mais toujours en extension dans le sens d'un contrôle réel et non purement formel sur les atteintes à la propriété. Ce contrôle est d'autant plus conséquent qu'il s'exerce sur un « droit de propriété » défini de manière très large. Mais on est loin des ravages qu'exercerait un quelconque diable sorti de sa bouteille : l'assentiment des États à l'autorité des décisions de la Cour E.D.H.¹⁴⁵, tout comme l'approbation générale de la doctrine, montre que l'extension de la protection des biens est demeurée dans les bornes d'un « juste équilibre ». En d'autres termes, la Cour E.D.H. est donc allée bien plus loin que les juges québécois dans l'interprétation du droit de chacun au respect de ses biens en dépit d'un texte plus restrictif encore que l'article 6 de la *Charte* québécoise et ce, de manière relativement mesurée. L'exemple européen pourrait-il profiter aux juridictions québécoises ?

2. L'inadéquation entre l'approche européenne et le système québécois

En théorie, il semble que rien n'interdit aux juges québécois d'imiter la Cour E.D.H. dans leur interprétation de l'article 6 de la *Charte*. Dans les systèmes de droit civil apparentés au système français, les tribunaux jouissent en effet d'une latitude interprétative considérable qui leur permet de parachever plus ou moins discrètement l'œuvre législative¹⁴⁶.

Toutefois, il est manifeste également que les juridictions québécoises ne sont pas de même essence que la Cour E.D.H., cour supranationale au statut certes constamment négocié face à la souveraineté des États membres, mais supranationale tout de même. Les tribunaux québécois font partie intégrante de l'ordre juridique provincial québécois et leur destinée est intimement liée à celle des autres autorités qui le composent, comme les autorités législative et administrative. À cet égard, leur position évoque davantage celle des juges nationaux européens appliquant l'article premier du Premier protocole additionnel (souvent au diapason de leur protection constitutionnelle du droit de propriété) que celle de la Cour E.D.H. elle-même.

145. Même s'ils renâclent parfois quant à leur mise en œuvre : à ce sujet, Elisabeth LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

146. Voir, à ce sujet, *infra*, p. 203 et s. et A.-F. DEBRUCHE, *Équité du juge et territoires du droit privé – Le paradoxe de l'emprise immobilière dans les systèmes romanistes et de common law*, thèse Liège, 2004, p. 157-158 et 163 (à paraître aux Éditions Bruylant et Yvon Blais).

La règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui implique que tout litige doit d'abord avoir fait l'objet de tous les recours possibles au niveau national avant d'être porté devant la Cour E.D.H. à Strasbourg, montre à suffisance que pour chaque constat de violation prononcé par la Cour, les juridictions nationales suprêmes n'avaient pas au préalable constaté d'atteinte au droit de propriété¹⁴⁷. Dans l'affaire *Chassagnou c. France* par exemple, dont il a été question précédemment, le Conseil d'État avait estimé que la « loi Verdeille » ne portait pas atteinte au droit de propriété des requérants ; pareillement, dans l'affaire *Les saints monastères c. Grèce*, les tribunaux grecs n'avaient pas vu dans la dépossession *de facto* des monastères une violation de leur droit de propriété¹⁴⁸. Pourtant, le droit constitutionnel de ces deux pays garantit le droit de propriété – mais le fait que l'atteinte soit imputable à une loi tend évidemment à la rendre licite aux yeux des juges nationaux.

En d'autres termes, l'interprétation extensive de l'article premier du Premier protocole additionnel repose surtout sur le statut privilégié de la Cour E.D.H. par rapport aux instances nationales, même si la créativité de celle-ci doit toujours ménager les susceptibilités des États souverains dont les normes sont mises en cause. À cette enseigne, les tribunaux québécois ne sont donc pas mieux lotis que les juges des États membres européens pour sanctionner les atteintes aux biens autorisées par des « lois » internes. En dépit de son intérêt sur le plan de l'interprétation potentielle de l'article 6 de la *Charte* québécoise, c'est donc surtout en raison d'une différence de statut que la piste européenne nous paraît conduire à une impasse dans l'optique d'une revitalisation de l'article 6. L'examen du lien unissant la Cour suprême, juridiction suprême mais nationale, à la *Charte canadienne* enchâssée dans l'ordre juridique interne sera peut-être plus fructueux à cet égard.

B. La Cour suprême, la Charte canadienne et le diable dans la bouteille

La Cour suprême entretient avec la *Charte canadienne* un lien privilégié, caractérisé par l'interprétation extrêmement fertile que la première donne de la seconde. Nous illustrerons ce lien

147. Faute de quoi bien sûr le litige n'aurait pas été porté devant la Cour E.D.H. elle-même : art. 35(1) C.E.D.H.

148. *Supra*, p. 199-200 pour ces décisions. Le même raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, pour chacune des nombreuses affaires ayant donné lieu à un constat de violation par la Cour E.D.H.

par un exemple récent qui montre à quel point cette interprétation est susceptible de nuire au droit de propriété garanti par la *Charte* québécoise, dans la mesure où ce dernier n'est pas visé par la *Charte* constitutive (1). Dès lors, il sera opportun de nous interroger sur l'absence du droit de propriété parmi les droits protégés par la *Charte canadienne* (2). Enfin, comme nous l'avons fait à l'égard de la jurisprudence afférente à l'article premier du Premier protocole additionnel, nous examinerons dans quelle mesure l'approche extensive adoptée par la Cour suprême vis-à-vis de la *Charte canadienne* pourrait inspirer les cours québécoises à l'égard de leur propre *Charte* provinciale (3).

1. La Cour et la Charte canadienne des droits et libertés

La position prédominante de la Cour suprême sur la carte fédérale a été renforcée par la vigueur avec laquelle elle a pris en main la destinée de la *Charte canadienne* depuis un peu plus de vingt ans. Le contraste avec le rôle et l'image de la Cour E.D.H. est frappant. Ainsi, l'attention soutenue que les médias canadiens prêtent à la Cour suprême, dont les décisions font volontiers la une des journaux destinés au grand public¹⁴⁹, est relativement inusitée à l'égard de la Cour E.D.H. Par ailleurs, là où cette dernière négocie constamment toute avancée interprétative en ménageant autant que faire se peut la souveraineté des Hautes Parties contractantes¹⁵⁰, la Cour suprême du Canada jouit pleinement de la légitimité et de l'importance cruciale dont l'auréole son rôle modérateur sur l'échiquier fédéral et provincial. Quant à l'interprétation créative et extensive que la Cour suprême fait de la *Charte canadienne*, elle continue de susciter une littérature abondante, critique et variée que nous n'avons nullement la prétention de présenter ici. Nous nous bornerons simplement à proposer quelques repères historiques destinés à éclairer le lien particulier unissant la Cour suprême à la *Charte canadienne*.

La relation privilégiée du juge de common law à la norme d'origine judiciaire (la common law) prend appui entre autres sur le serment du sacre qu'ont prêté tous les monarques d'Angleterre depuis Henri I^{er} en 1100. Par ce serment, le monarque jure fidélité aux « *lagas et consuetudines* » (lois et coutumes) du Royaume

149. À ce sujet, F. SAUVAGEAU et al., *The Last Word – Media Coverage of the Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, particulièrement aux p. 3-30.

150. *Supra*, p. 193.

d'Angleterre¹⁵¹. Que sont ces « lois et coutumes » d'Angleterre que s'engage à respecter le détenteur du pouvoir royal ? À l'origine, c'est-à-dire trente-quatre ans seulement après la conquête normande, il s'agissait essentiellement des normes antérieures à l'arrivée des Normands, donc des lois et coutumes saxonnes dont le respect assoirait la légitimité des conquérants à l'égard des sujets conquis. Aujourd'hui, les « *leges et consuetudines* » du Royaume d'Angleterre réfèrent à la common law telle qu'elle a été énoncée et précisée par les juges royaux¹⁵². En tout état de cause, le serment du sacre consacre un rapport de force triangulaire où le juge est investi d'un lien privilégié à la norme coutumière (la common law), par rapport à laquelle le monarque même est placé en position de subordination. Quoi d'étonnant à ce que par la suite, le développement de la common law se soit accompagné d'un indéni-able protectionnisme des juges à son égard ? Qu'ils l'aient ostensiblement considérée comme un « bienfait » dont les sujets de droit ne pouvaient être privés en dépit de toute la volonté législative explicite imaginable en ce sens¹⁵³ ? Et bien sûr, qu'ils se soient accordé le pouvoir d'interpréter restrictivement le cas échéant les dispositions législatives réduisant le champ d'application de la common law ?

Cette relation triangulaire très ancienne entre le juge, le législateur et la common law nous paraît digne d'intérêt dans l'analyse du lien unissant la Cour suprême à la *Charte canadienne*. La Cour se considère comme dépositaire de la *Charte canadienne* au bénéfice de l'ensemble des citoyens canadiens : elle

151. Voir la Charte de couronnement de Henri 1^{er} telle que reproduite dans les *Statutes of the Realm*, Londres, 1810, vol. 1, p. 1-2. Elizabeth II a prêté un serment de même teneur le 2 juin 1953 (« Will you solemnly promise and swear to govern the Peoples of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Canada [...] according to their respective laws and customs ? ») : <<http://www.royal.gov.uk/output/page4105.asp>>.

152. Selon la conception que l'on a de la mission impartie au juge en l'occurrence : dire la coutume (common law) préexistante selon la théorie oraculaire (ou théorie déclaratoire, formulée notamment par Blackstone), ou créer cette coutume *ex nihilo* sur la base du pouvoir normatif reconnu aux cours (théorie institutionnelle). La seconde théorie a succédé historiquement à la première en suscitant un courant doctrinal dynamique, emmené notamment par Dworkin, qui cherche à canaliser et/ou justifier ce pouvoir normatif avoué : en général, à ce sujet, M. DEVINAT, *La règle prétorienne en droit civil comparée et dans la common law canadienne – Étude de méthodologie juridique comparée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 101-174.

153. Voir le développement de la « judicial review » et de la manière dont les juges interprètent ultra-restrictivement les clauses destinées à passer outre à leur compétence révisionnelle : J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 2002, p. 143-153.

se dit en être la fiduciaire¹⁵⁴ et l'interprète de manière extensive et créative, au nécessaire détriment du libellé premier des normes fédérales et provinciales élaborées par le pouvoir politique¹⁵⁵. Plus fondamentalement, la Cour suprême donne voix et prête chair aux dispositions de la *Charte* ; c'est à elle qu'il revient en dernière instance de préciser l'acception et les contours des droits et libertés qui y sont enchâssés. Ainsi, sa relation à la *Charte canadienne* diffère de celle qu'elle entretient historiquement, dans une perspective de common law, avec la loi ordinaire¹⁵⁶. Quoique d'origine législative, la *Charte* est traitée comme une norme favorable, dès lors digne d'interprétation large, à laquelle la Cour donne corps et substance et sur laquelle elle jouit en dernière instance d'une quasi totale maîtrise¹⁵⁷. Elle représente également une norme bénéficiant aux justiciables canadiens « nonobstant » autant que faire se peut toute résistance politique en sens contraire¹⁵⁸.

154. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 564. La Cour suprême y fait également mention du « nouveau contrat social » intervenu à cet égard entre le peuple canadien et leurs cours de justice.

155. Au sujet de la frontière ténue, à cet égard, entre interprétation et création de la norme juridique, voir par exemple M. RIVET, « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 10-16.

156. Ceci dit sans contredire, sur le plan du résultat concret, S. BEAULAC (« L'interprétation de la *Charte* : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDÈS, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, p. 30-52) qui montre que l'interprétation « favorable » de la norme législative tend à se répandre en droit canadien moderne. Cette tendance est en effet indissociable de l'inflation législative constante depuis deux siècles, ces lois nouvelles occupant de nombreux terrains normatifs « vierges » de toute emprise de common law et n'entrant donc pas en concurrence avec celle-ci. Les juges de common law peuvent donc les interpréter largement à la manière des juges de droit civil et augmenter ainsi leur sphère d'influence.

157. Seule une modification constitutionnelle pourrait contredire directement les énoncés de la Cour suprême. Celle-ci a justifié sa préférence pour l'interprétation large sur la base de la nature constitutionnelle de la *Charte*, qui représente à ce titre la « loi suprême » du Canada (art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle du Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44) et notamment S. BEAULAC, *supra*, note 156, p. 30-38 et G. RÉMILLARD, « Les règles d'interprétation de la *Charte* canadienne des droits et libertés », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Actes de la Conférence d'octobre 1985, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 265, aux p. 267-269. À cet égard, le parallèle historique proposé avec la common law vaut également à l'endroit de l'ensemble du droit constitutionnel canadien dont la Cour se reconnaît la « gardienne » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (J. Dickson) et en général M. MANNING, « The Role of the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Actes de la Conférence d'octobre 1985, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 222-227.

158. La disposition de dérogation (appelée « clause nonobstant ») de l'article 33 est une autre peau de chagrin, comme s'en désole notamment C.P. MANFREDI,

En bref, le lien ontologique unissant la Cour suprême à la *Charte canadienne* rappelle davantage son lien à la common law qu'à la loi. En termes de sphères d'influence, cette analyse jette également un autre éclairage sur le choix de la Cour suprême d'interpréter le mot « loi » à l'article 32 comme excluant la common law : une norme considérée comme favorable ne saurait faire de l'ombre à une autre bénéficiant du même statut¹⁵⁹.

Mais le lien qu'entretient la Cour suprême à la *Charte canadienne* est plus privilégié encore par nature que celui qui l'unit à la common law. En effet, la réticence traditionnelle des juges à étendre le champ d'application de la common law s'explique notamment par leur crainte d'être inondés sous le flot de nouveaux recours (le « *floodgate argument* »)¹⁶⁰. Par contre, l'extension du champ d'application de la *Charte canadienne* revêt un effet différent. L'interprétation large des droits et libertés protégés encourage bien sûr l'introduction de nouvelles actions, mais ces actions sont dirigées contre les normes issues du pouvoir politique qui peuvent le cas échéant être modifiées ou annulées¹⁶¹. En tout état de cause, le défendeur dans ce contexte est toujours le rival historique : le pouvoir politique, dont les productions normatives peuvent ainsi être mises en cause. À cet égard, pour ceux qui

Judicial Power and the Charter – Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 181-188.

159. À tout le moins lorsqu'il s'agit d'un litige opposant des personnes privées : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et notamment les commentaires de C. BEAULIEU, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, ainsi que C.P. MANFREDI, *supra*, note 158, p. 43-49. Tout au plus la common law doit-elle alors être « recalibrée » afin de respecter les principes de la *Charte* à titre de valeurs (plutôt que de droits) : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, et à ce sujet : L. TASSE, « Application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 30, 31, 32, 33 et 52) », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, p. 110-113, ainsi que H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 906-909.
160. Pour un exemple célèbre, voir *Anon* (1321), rapportée dans J.H. BAKER et S.F.C. MILSOM, *Sources of English Legal History – Private Law to 1750*, Londres, Butterworths, 1986, p. 285, où l'action de *covenant* fut refusée faute de *deed*, ce qui valut à tout le droit des contrats d'être envisagé par la suite sous l'angle quasi délictuel (par le biais du *trespass*) plutôt que directement contractuel : J.H. BAKER, *supra*, note 153, p. 319-321 et 329-345.
161. Respectivement, les réparations au constat de violation prévues par l'article 24 et le paragraphe 52(1) de la *Charte*, auxquels il convient d'ajouter, en matière pénale, le paragraphe 24(2) et l'exclusion des preuves recueillies illégalement : C.P. MANFREDI, *supra*, note 158, p. 164-168 et K. ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1994 et suppléments.

se défient du « *policy making* » des juges, le diable est effectivement sorti de la bouteille.

Le rapport extrêmement privilégié qu'entretient donc la Cour suprême avec la *Charte canadienne* se traduit par une tendance à l'interprétation large, que nous voudrions illustrer par un exemple concret afin de montrer que le droit de propriété garanti par l'article 6 de la *Charte* québécoise peut s'en trouver lui-même directement amoindri.

L'arrêt *Amselem* opposait quelques copropriétaires juifs orthodoxes au syndicat des copropriétaires d'un immeuble situé à Outremont. Les premiers voulaient édifier une souccah (tente destinée à la célébration d'une fête religieuse) sur leur balcon et les seconds avaient obtenu, devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec, une injonction le leur interdisant. Par le biais des parties, deux pans du droit s'affrontaient. Le droit civil des biens et des contrats, cristallisé notamment à l'article 6 de la *Charte* québécoise, soutenait la déclaration de copropriété qui faisait défense à tout copropriétaire d'ériger une construction quelconque sur son balcon. De son côté, le droit public des libertés fondamentales (plus précisément la liberté de religion garantie par l'article 3 de la même *Charte*) se portait au secours des copropriétaires pratiquants. Les tribunaux québécois avaient donné raison au syndicat et indirectement, au droit civil, en adoptant une interprétation modérée de la liberté de religion¹⁶². La Cour suprême du Canada ne vit pas les choses sous cet angle¹⁶³. Gref-fant sa propre jurisprudence relative à la liberté de religion (alinéa 2a) de la *Charte canadienne*) sur la jurisprudence provinciale afférente à l'article 3 de la *Charte* québécoise, elle interpréta cette notion de manière plus large que les cours québécoises et donna tort au syndicat¹⁶⁴.

162. *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.), confirmé par [2002] R.J.Q. 906 (C.A.). Pour un exposé synthétique, voir G. CHAMPAGNE et Y. JOLI-CŒUR, *supra*, note 7, p. 85-96 (qui ne critiquent en rien la définition de la liberté de religion adoptée).

163. *Syndicat Northcrest c Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, commenté notamment par C. BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la *Charte* québécoise comme contrainte excessive », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 349-359.

164. Pour un commentaire de la définition essentiellement individuelle et subjective de la religion adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem*, qui pourrait affaiblir l'autorité des groupes et communautés religieuses et ainsi susciter leur résistance, voir K. BROMLEY CHAN, « The Duelling Narratives of Religious Freedom : A Comment on *Syndicat Northcrest v. Amselem* », (2005) 43 *Alta. L.R.*

Que retenir de l'affaire *Amselem* ? En premier lieu, que le même droit ou la même liberté n'a pas nécessairement la même acception sous les deux chartes en dépit de la similitude des termes utilisés pour l'exprimer. La Cour suprême est ainsi susceptible, conformément à la tendance extensive dont il a été question ci-dessus, d'interpréter la *Charte canadienne* plus largement que les cours québécoises un droit ou une liberté identique. La greffe spontanée de la jurisprudence fédérale sur la jurisprudence provinciale confirme, à cet égard, les craintes de ceux qui redoutaient que la *Charte* québécoise peine à préserver son authenticité¹⁶⁵. En second lieu, que le rang inférieur assigné au droit de propriété parmi les droits et libertés protégés par la *Charte* québécoise en fait une proie toute désignée lorsqu'il s'agit de choisir quel droit sacrifier en cas de conflit¹⁶⁶. Que la Cour d'appel du Québec tranche ce genre d'affrontement en faveur d'un autre droit de la *Charte* québécoise n'est guère problématique – après tout, on peut difficilement la suspecter de négliger l'intérêt du droit des biens et à travers lui, du droit civil¹⁶⁷. Par contre, que la Cour suprême du

451. Et au sujet de la définition de la liberté de conscience et de religion sous l'empire de la *Charte canadienne*, voir notamment : B.A. ELBERG et M.C. POWER, « Freedom of Conscience and Religion », dans G.-A. BEAUDOIN et E. MENDÈS, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, p. 219-256, ainsi que D.M. BROWN, « Freedom From or Freedom For ? : Religion as a Case Study in Defining the Context of Charter Rights », (1999-2000) 33 *U.B.C. L. Rev.* 551.

165. A. MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49 et du même auteur, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65, aux p. 74-89 ; D. SCHNEIDERMAN, « Dual(ing) Charter : The Harmonies of Rights in Canada and Quebec », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 235 ; D. ROBITAILLE, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus », (2004) 35 *R.D.U.S.* 103 et aussi A. POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607, 614-623. Pour un exemple récent, au sujet de l'interprétation autonome de la notion d'« acte juridique » en droit civil par rapport à l'article 12 de la *Charte* québécoise, voir *Québec (Procureur général) c. Tribunal administratif du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-17-016961-032, 6 février 2004, critiqué à cet égard par S. GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 277-279.

166. Il en va de même, *a fortiori*, de droits civils essentiels à l'architecture du droit privé, comme l'autonomie de la volonté, qui ne sont pas visés par la *Charte* : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra*, note 163, par. 206-207 (J. Binnie) et la critique de S. GAGNON, *supra*, note 165, p. 276-277.

167. Ainsi par exemple dans *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), où elle a fait primer le droit à l'égalité de l'article 10, ou encore dans *Trahan (Succession de)*, [2004] R.J.Q. 1613 (C.S.) (primauté du droit au respect de la vie privée) et *Canadian Newspaper Co. c. Services de la voie*

Canada en fasse autant en prenant argument de la garantie inférieure accordée au droit de propriété et au vu de l'absence de celui-ci dans la *Charte canadienne* peut paraître plus inquiétant pour l'avenir du droit civil face au pouvoir d'attraction croissant du droit constitutionnel et des libertés fondamentales¹⁶⁸.

De ce constat découle l'interrogation suivante : suffirait-il d'introduire le droit de propriété dans la *Charte canadienne* pour rétablir l'équilibre ?

2. Le droit de propriété et la Charte canadienne des droits et libertés

Le débat relatif à la constitutionnalisation du droit de propriété au Canada n'est pas neuf. Dès 1968, Pierre Trudeau, alors ministre de la Justice, suggérait l'adoption d'une charte qui protégerait, entre autres, la « jouissance de la propriété »¹⁶⁹. Celle-ci n'a pourtant pas été enchâssée dans la *Charte canadienne* en 1982 mais la discussion est loin d'être close. Ainsi, en 1987, un député proposait une motion de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'effet d'inclure le droit à la propriété dans l'article 7 de la *Charte canadienne*¹⁷⁰ et tout récemment encore, le parti conservateur fédéral avait repris cette idée dans les propositions composant son programme pour les dernières élections¹⁷¹. Sans entrer dans les détails de cette histoire législative, nous aimerions rappeler ici les termes de la discussion afférente à l'enchâssement du droit de propriété dans la *Charte canadienne* et tenter d'en préciser les enjeux¹⁷².

publique et de la circulation routière de la ville de Québec, J.E. 87-539 (C.S.) (primauté de la liberté d'expression). Mais elle a également décidé en sens inverse, notamment dans *Corp. Sun Media c. Montréal (Société de transport de)*, [2004] R.J.Q. 1809 (C.A.) (primauté sur la liberté d'expression) ou *Ryan c. Auclair*, [1989] R.R.A. 291 (C.A.) (primauté sur la liberté de religion).

168. A. POPOVICI, *supra*, note 165 et aussi B. PELLETIER, « El impacto de la Carta canadiense de derechos y libertades sobre la particularidad quebequesa », dans E. MITJANS et J.M. CASTELLA ANDREU (dir.), *Derechos y libertades en Canadá*, Barcelone, Atelier Libros Jurídicos, 2005, p. 72-79.
169. D. JOHANSEN, *Le droit à la propriété et la Constitution*, Ottawa, Service de recherche – Bibliothèque du Parlement, 1991, p. 1.
170. La motion, modifiée, est devenue une proposition de la Chambre : D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 5.
171. *Changeons pour de vrai*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada, 2006, p. 43 (disponible à l'adresse <<http://www.conservative.ca/media/20060113-Platform-f.pdf>>).
172. Pour l'historique législative, voir D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 1-5 ainsi que J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 550-551 et P.W. AUGUSTINE, « Protection of the Right to Property under the Canadian Charter of Rights and Freedom », (1986) 18 *Ott. L.R.* 55, 66-68.

Sur le plan strictement formel, deux voies distinctes ont été proposées quant au mode d'inclusion du droit de propriété dans la *Charte canadienne*. La première renvoie à l'insertion dans celle-ci d'une disposition distincte consacrée à la protection du droit de chacun au respect de ses biens, qui s'apparenterait donc à l'article 6 de la *Charte* québécoise. Ainsi, le paragraphe 9(1) de la Charte des droits proposée en 1980 par le gouvernement fédéral s'exprimait de la manière suivante :

Toute personne a droit à la jouissance individuelle ou collective de ses biens et a le droit de n'en être privé que conformément à la loi et moyennant une compensation raisonnable.¹⁷³

La seconde voie conduit par contre à enchâsser le droit de propriété dans l'article 7 de la *Charte canadienne* qui se lirait alors comme suit :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à la jouissance de ses biens ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.¹⁷⁴

Sur le plan substantiel, les arguments favorables et défavorables à l'enchâssement s'opposent de la manière suivante. Les instruments internationaux¹⁷⁵ et nationaux¹⁷⁶ préexistants qui protègent le droit de propriété plaident en faveur de son inscription dans la *Charte canadienne*, ne fût-ce que pour la mettre au diapason d'une valeur de société dont l'importance semble se maintenir¹⁷⁷. Par ailleurs, une interprétation large de la notion de « biens » protégés permettrait d'actualiser davantage cette valeur en y incluant les créances, prestations et bénéfices gouvernementaux qui représentent pour beaucoup l'essentiel de leurs avoirs¹⁷⁸.

173. D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 2.

174. La modification proposée est soulignée. Telle était la proposition du Parti progressiste conservateur lors des débats du Comité spécial sur la Constitution du Canada en 1981 : D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 3 et plus généralement, l'étude d'une telle modification éventuelle de l'article 7 par J. McBEAN, *supra*, note 3.

175. Ainsi l'article 17 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'O.N.U., instrument international auquel le Canada a adhéré en 1948.

176. Voir l'article 1^{er} de la *Déclaration canadienne des droits* adoptée en 1960 (L.R.C. (1985), app. III) et P.W. AUGUSTINE, *supra*, note 172, p. 61-66.

177. Ainsi, selon un sondage commandité par l'Association canadienne des propriétaires d'immeubles en 1987, 81 pour cent des personnes interrogées estimaient qu'il était « très » ou « moyennement » important de constitutionnaliser le droit de propriété : à ce sujet et pour d'autres sources, voir D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 10.

178. C'est l'argument développé par J. McBEAN, *supra*, note 3, en faveur d'une inclusion de la propriété dans un nouvel article de la *Charte canadienne*.

Certaines provinces n'ont pas fait mystère de leur soutien à cette rhétorique positive en réclamant l'enchâssement au moyen d'une résolution expresse¹⁷⁹. Par contraste, les arguments défavorables à l'insertion du droit de propriété dans la *Charte canadienne* stigmatisent la nécessité de préserver la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils¹⁸⁰, ainsi que l'incertitude quant à la définition des « biens » protégés¹⁸¹. De plus, les opposants à l'enchâssement redoutent un contrôle réactionnaire de la part des juges sur les législations réglementant la propriété au bénéfice du plus grand nombre – ainsi par exemple, les lois protégeant le territoire agricole, les législations environnementales, les réglementations de zonage et d'urbanisme et en général, les lois aménageant le statut de groupes économiquement faibles (travailleurs, locataires, débiteurs, etc.) par rapport à un propriétaire en position de force¹⁸². À cet égard, l'inclusion du droit au respect des biens à l'article 7 de la *Charte canadienne* représente un danger plus grand que l'insertion d'une disposition nouvelle, puisque toute atteinte devrait se conformer aux « principes de justice fondamentale » et non au seul article premier de la même *Charte*¹⁸³.

Quant à l'exemple américain, où la *property* est protégée par les cinquième et quatorzième amendements du *Bill of Rights*, il semble nourrir simultanément les deux tendances. Certains minimisent les interventions de la Cour suprême américaine actuelle en termes de biens protégés et de contrôle de l'intervention étatique, et soulignent la différence existant entre la toile de fond constitutionnelle sur laquelle s'inscrivent respectivement

179. Par exemple le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique, par la voie d'une modification de l'article 7 de la *Charte canadienne* : J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 550.

180. Une préoccupation mise en avant notamment par les provinces de Terre-Neuve, de l'Alberta et du Manitoba sur la base du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle* de 1982 : J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 553-554 et D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 2. Le projet d'article constitutionnalisant en 1980 le droit de propriété de manière spécifique tentait d'en tenir compte en ajoutant un alinéa (2) prévoyant que « Les dispositions du présent article n'ont pas pour effet d'interdire l'adoption d'une loi ou de restreindre l'usage de certains biens dans l'intérêt public ou de garantir le paiement de taxes, pénalités ou autres droits par des restrictions au droit de propriété » (voir *supra*, p. 210 et à la note 174 au sujet de ce projet), ce qui n'est pas sans rappeler le second alinéa de l'article premier du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H. (*supra*, p. 192).

181. Une inquiétude émanant notamment des autorités politiques de Terre-Neuve : J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 553-554.

182. Voir l'étude de J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 575-580 quant aux législations qui pourraient être menacées de la sorte et les groupes d'intérêt cités par D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 12-13.

183. J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 560-574.

les cours suprêmes américaine et canadienne¹⁸⁴. D'autres par contre s'inquiètent de la marge de manœuvre potentielle dont jouissent les juges dans l'interprétation et l'application de la protection constitutionnelle de la propriété, dont certaines dérives américaines fournissent des illustrations préoccupantes¹⁸⁵.

En tout état de cause, la pierre d'achoppement du débat est donc l'inconnue quant à la manière dont la Cour suprême du Canada développerait la protection de la propriété si elle était inscrite dans la *Charte canadienne*. La créativité de la Cour suprême relativement à la mise en œuvre des droits et libertés garantis actuellement par celle-ci, ainsi que nous venons de l'illustrer en matière de liberté de religion, suggère certainement que l'interprétation extensive n'est pas exclue si le droit de propriété venait à être inscrit dans la *Charte canadienne*¹⁸⁶. La forme retenue pour l'enchâssement pourrait limiter sa marge de manœuvre *a priori* (la disposition distincte étant susceptible d'être plus limitative que l'enchâssement dans l'article 7¹⁸⁷), mais les arguments se polarisent autour d'une spéculation qui ne peut malheureusement être dépassée que par l'expérience – avec tous les risques que comporterait une évaluation sur le mode du fait accompli. Mais le relatif consensus qu'exigerait toute modification constitutionnelle menant à l'enchâssement du droit de propriété rend difficile la concrétisation de cette expérience¹⁸⁸. Le rappel du

184. C'est la conclusion de S. GAGNON au terme de son étude, *supra*, note 165, p. 50-70. J. McBEAN (*supra*, note 3, p. 566-568) met de plus en exergue la différence entre les deux systèmes constitutionnels. Voir aussi en général C.P. MANFREDI, *supra*, note 158.

185. Voir les quelques exemples historiques rappelés par J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 566-567. L'exemple américain en matière de protection constitutionnelle du droit de propriété exigerait bien entendu une étude plus approfondie, qui dépasse malheureusement le cadre de cet article. Le fait que le Parti conservateur ait tout récemment repris l'enchâssement du droit de propriété dans la *Charte canadienne* dans son programme électoral a vivifié les références passionnées au modèle américain comme l'archétype du pire (le droit de propriété étant perçu essentiellement comme celui des corporations et du libéralisme triomphant), dont ce parti tenterait ainsi de se rapprocher : voir notamment M. LITTLE, « Property Rights Issue Being Ignored » dans le *Toronto Star* du 16 janvier 2006.

186. Le droit de chacun au respect de ses biens étant, du reste, considéré comme une « liberté fondamentale » par la common law anglo-canadienne : *Harrison c. Carswell* (1975), [1976] 2 R.C.S. 200, 219 et D. JOHANSEN, *supra*, note 169, p. 9-10.

187. J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 582-583.

188. Pour un rappel de la procédure de modification constitutionnelle à cet effet et un examen de la position des provinces canadiennes, voir J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 551-554. Et quant à la possibilité de « découvrir » la protection de la propriété dans l'article 7 non modifié de la *Charte canadienne* au moyen d'un « amendement judiciaire », voir également J. McBEAN, *supra*, note 3, p. 554-559 et P.W. AUGUSTINE, *supra*, note 172, p. 68-71.

« principe de précaution » par différents intervenants, principe qui plaide contre toute modification du *statu quo* avant d'avoir déterminé avec précision les effets du changement proposé, va dans le même sens¹⁸⁹.

3. L'inadéquation entre l'approche canadienne et le système québécois

Compte tenu des nombreuses incertitudes entourant une éventuelle constitutionnalisation du droit de propriété, une autre piste mérite d'être explorée : le juge québécois pourrait-il remédier à la faiblesse actuelle de l'article 6 en l'interprétant plus extensivement, en s'inspirant de la manière dont la Cour suprême interprète la *Charte canadienne* ?

Certains arguments militent en faveur d'une réponse positive. La Cour suprême encourage une interprétation « large et libérale » des lois relatives aux droits de la personne, ainsi la *Charte* québécoise¹⁹⁰. On rappellera aussi que le statut des juges québécois est plus proche de celui des juges de common law que de ses collègues civilistes européens. Il jouit en effet d'une considération plus grande et ne s'apparente pas à un fonctionnaire anonyme comme le juge français par exemple¹⁹¹. Ensuite, les tribunaux québécois jouent le même rôle que les autres tribunaux provinciaux de common law lorsqu'ils interviennent dans la sphère du droit public. Ils mettent alors en œuvre des normes de common law en fonction de raisonnements relevant également de cette tradition. Ces modes d'analyse issus de la common law, comme le précédent, ont d'ailleurs tendance à « percoler » par la suite en droit civil¹⁹². Enfin, les cours québécoises ne sont pas inaccoutumées à devoir jauger plus en profondeur le pourquoi et

189. À cet effet par exemple, la résolution du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme du 27 septembre 1983, citée dans Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{er} février 1985, p. 1935.

190. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150 ; *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 et H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 159, p. 926-928.

191. Voir à ce sujet l'étude nuancée de N.J. MAZEN, « Le juge civil québécois », (1982) *R.I.D.C.* 375.

192. N.J. MAZEN, *supra*, note 191, p. 394-399 pour une réflexion documentée et, parmi de nombreux articles sur le précédent en droit québécois, par exemple N. BERNIER, « L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (1971) *R.J.T.* 535 ou A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec ? », (1973) *R.J.T.* 189.

le comment de normes issues du pouvoir politique : leur compétence (elle aussi de common law) en matière de révision administrative leur fournit incontestablement une expérience qui pourrait être utile dans le cadre d'une mise en œuvre plus poussée de l'article 6 à l'égard de la « loi »¹⁹³. Cette compétence administrative n'est pas l'apanage traditionnel d'autres juges de droit civil ; en France par exemple, la révision administrative repose entre les mains de juridictions spécialement instituées à cet effet, non entre celles du juge de droit commun¹⁹⁴.

Mais d'un autre côté, le juge québécois dans ses fonctions civiles est l'héritier d'une tradition fort différente de la tradition de common law, à tout le moins sur le plan de l'argumentation et du rapport formel à la norme législative. Un comparatiste américain francophile a mis en évidence de façon fort convaincante la spécificité du modèle civil de souche française, qui est présenté comme reposant sur la dualité du « portrait » que les juges y présentent d'eux-mêmes¹⁹⁵. Le « portrait officiel », qui découle de l'argumentation formelle déployée par les cours, cantonne les juges à l'application de la règle législative et souligne leur déférence à l'égard du législateur, auquel il ne conviendrait pas de se substituer. Ce premier visage judiciaire représente la rançon du « légicentrisme »¹⁹⁶ issu de la Révolution française et de la méfiance corrélative des nouvelles institutions à l'égard des juges. Mais les juges de droit civil ne sont pas pour autant de simples « esclaves de la loi »¹⁹⁷. Grâce à l'obligation qui leur est faite

193. Au sujet de l'étendue du pouvoir de contrôle des juges à l'égard des actes administratifs, voir notamment D.J. MULLAN, « The Role of the Judiciary in the Review of Administrative Policy Decisions : Issues of Legality », dans M.J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 313-376 et en général P. GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 481-953 et les références citées par cet auteur à la p. 621, note 1.

194. Au faite desquelles siège le Conseil d'État. Voir par exemple, pour une perspective comparative, F.L. MORTON, « Who Guards the Guardians ? Institutional Checks on the Power of Judicial Review : Canada in a Comparative Perspective », dans M.J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 87-101.

195. M. LASSER, « Judicial (Self-)Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System », (1994-1995) 104 *Yale L.J.* 1326-1410.

196. L'expression est de D. SALAS, « L'équité ou la part maudite du jugement », (1998) 9 *Justices* 109.

197. Ce sont les termes d'une circulaire du 27 novembre 1791, citée par François NIVET, « Équité et légalité », (1998) 9 *Justices* 157, 161. Pour MONTESQUIEU déjà, les juges n'étaient que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur » (*De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI).

d'éviter tout déni de justice¹⁹⁸, ils ont su revaloriser leur pouvoir d'interprétation au point d'émettre des normes de leur cru dans les interstices des lois qu'ils sont chargés d'appliquer. Ce « portrait officieux » des juges de droit civil, accolé au « portrait officiel » à la manière des deux visages de Janus, explique le statut ambivalent de la jurisprudence à titre de source du droit dans les systèmes français et apparentés.

Aux termes de ce portrait à deux visages¹⁹⁹, auquel nous souscrivons dans l'état actuel de nos recherches comparatives, il apparaît que l'argument majeur s'opposant à ce que le juge québécois s'inspire de la créativité de la Cour suprême à l'égard de la *Charte canadienne* lorsqu'il applique l'article 6 de la *Charte* québécoise est que le droit protégé par cette disposition est l'un des socles sur lesquels repose le Code civil et le droit civil québécois lui-même. Face à cette notion fondamentale, on comprend que les cours ne soient guère enclines à endosser une attitude face à la norme qui n'est historiquement pas la leur et à s'afficher ouvertement comme des autorités normatives à la manière de la Cour suprême dans le traitement de la *Charte canadienne*²⁰⁰. Le libellé même de l'article 6 leur rappelle d'ailleurs instamment le rôle central joué par la norme législative en pareil contexte, puisque le droit au respect des biens y est expressément subordonné²⁰¹. Du reste, les controverses entourant, au Canada, la protection supralégale du droit de propriété n'incitent guère les tribunaux québécois à s'aventurer plus que nécessaire dans l'équivalent juridique de sables mouvants²⁰².

CONCLUSION

Le traitement de l'article 6 de la *Charte* en droit québécois demeure modeste, particulièrement lorsqu'on le compare à l'interprétation extensive associée à des dispositions de facture simi-

198. Déni de justice prohibé par l'art. 4 C. civ. français et au Québec, par l'art. 11 C.c.B.-C., repris en substance par l'art. 41.2 de la *Loi d'interprétation* du Québec, L.R.Q., c. I-16.

199. Et qui apparaît par exemple dans la présentation classique de Henri KELADA, *Précis de droit civil québécois*, 7^e éd., Montréal, SOQUIJ, 2004, p. 46-47.

200. Rôle normatif qui fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales, ainsi par exemple C.P. MANFREDI, *supra*, note 158 et A.-R. NADEAU, « Le pouvoir des juges depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (2003) *NS R. du B.* xix.

201. Voir *supra*, p. 180 au sujet de l'absence de caractère supralégal de la protection de la propriété dans la *Charte*.

202. *Supra*, p. 209 et s.

laire (par exemple en droit européen). Si l'on excepte la possibilité d'accorder des dommages-intérêts exemplaires en cas d'atteinte à la propriété, il évoque une peau de chagrin dont les juges n'usent guère (ainsi l'absence quasi totale de contrôle sur les « lois » portant atteinte à la propriété) et dont ils ne se soucient pas non plus, faute d'usage, d'étendre le champ d'application (l'interprétation assez restreinte de la notion de « biens » en fait foi).

L'analyse comparative qui en a été proposée suggère que l'état de l'article 6 n'est pas appelé à évoluer dans un proche avenir. Les tribunaux québécois, fût-ce la Cour d'appel, ne jouissent pas d'un statut juridictionnel analogue à celui de la Cour E.D.H., qui les placerait au-dessus de l'ordre juridique provincial de manière à leur permettre de poser les bases d'un contrôle réel sur les normes législatives portant atteinte à la propriété et d'accroître l'étendue matérielle d'un tel contrôle. Les juges québécois ont également du mal à s'identifier, en matière de protection de la propriété, à l'attitude créative adoptée par la Cour suprême à l'égard de la *Charte canadienne*. Le poids de la tradition de droit civil et la spécificité du lien unissant la Cour suprême à sa *Charte* contribuent à cette prise de distance.

La protection de la propriété par la *Charte* québécoise, toute d'attentisme et de circonspection, s'apparente donc bien à une peau de chagrin au regard des potentialités que le texte de l'article 6 laissait entrevoir. Le diable redouté ne s'est pas montré. Mais la crainte de le matérialiser hante les juges québécois et une partie de la doctrine canadienne²⁰³. L'exemple européen, qui réussit le difficile alliage de l'audace et de la nuance à cet égard, ne suffit pas à dissiper cette hantise tant il est vrai que le danger ne vient pas de la protection supralégale de la propriété en elle-même. Il émane plutôt de l'interaction unique de l'ensemble des facteurs concourant à la mise en œuvre de cette protection au sein d'un système juridique donné : statut des cours, lien unissant les juges à la norme législative et supralégislative, toile de fond constitutionnelle, efficacité des mécanismes permettant un réel dialogue entre les tribunaux et les autorités législatives, etc. À ce titre, le résultat de l'expérience (au sens chimique du terme) européenne n'établit pas de manière certaine l'innocuité de semblable expérience en terre québécoise ou canadienne. Plutôt que d'en faire les frais, les juges québécois se sont abstenus.

203. Pour un contre-exemple, voir toutefois P.W. AUGUSTINE, *supra*, note 172, p. 80-81.

The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS
and Charles-Maxime PANACCIO*

Introduction	219
I- The Demands of Distinctness?	221
A- The Thesis of the Quebec Charter's Priority	221
B- <i>Singh</i> as a Justification for the Priority Thesis.	225
C- Other Possible Justifications for the Priority Thesis.	226
II- The Paradoxes of Distinctness.	234
A- Two visions of the appropriate role of the judiciary	234
B- Decoupling s. 9.1 of the Quebec Charter and s. 1 of the Canadian Charter.	239
Conclusion	253

* J.-F. Gaudreault-DesBiens is Canada Research Chair in North American and Comparative Juridical and Cultural Identities and Associate Professor at the Faculty of Law of the Université de Montréal. C.-M. Panaccio is Assistant Professor at the Faculty of Law (Civil Law section) of the University of Ottawa. Both are members of the Quebec Bar. All rights reserved, J.-F. Gaudreault-DesBiens and C.-M. Panaccio, 2006. The second part of this article draws on the following article: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS and C.-M. PANACCIO, "*Chaoulli* and Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*: The Ambiguities of Distinctness", in C. FLOOD, K. ROACH and L. SOSSIN (eds.), *Access to care, Access to Justice. The Legal Debate Over Private Health Insurance in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2005), p. 32. The authors thank Kent Roach for his most useful comments and suggestions.

INTRODUCTION

The *Charter of Human Rights and Freedoms*¹ is undeniably one of the founding stones of the Quebec legal order. Because of the role it plays, this Charter can rightly claim a constitutional status, at least if this word is understood in a functional perspective². This extraordinary status is not only confirmed in the Charter through its primacy clause,³ but also in the preliminary provision of the province's Civil Code, which states, *inter alia*, that "[t]he *Civil Code of Québec*, in harmony with the *Charter of Human Rights and Freedoms* and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property."⁴

The *Quebec Charter* bears a striking resemblance to some of the best known international rights-protection instruments: it is wide-ranging as to the set of rights and liberties it guarantees and as to its scope of application, and, most importantly, its tone is solemn and aspirational.⁵ In contrast to the former, however, it provides effective remedies. All things being equal, the *Quebec Charter* simply cannot be compared to narrower anti-discrimination statutes, even though they have also been characterized, largely due to their particular object, as having a special, "quasi constitutional", nature.⁶ Because of its breadth, its status, the

1. R.S.Q., c. C-12.

2. See: A.-F. BISSON, "La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels", (1986) 1 *R.D.U.S.* 19, at 21, footnote 1.

3. *Charter of Human Rights and Freedoms*, *supra*, footnote 1, s. 52.

4. *Civil Code of Québec*, Preliminary provision.

5. To wit, the preamble of the Charter reads as follows:

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

Whereas it is expedient to solemnly declare the fundamental human rights and freedoms in a Charter, so that they may be guaranteed by the collective will and better protected against any violation;

Therefore, Her Majesty, with the advice and consent of the National Assembly of Québec, enacts as follows: [...]

6. See, for provincial human rights codes: *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150. For a similar characterization in respect of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, app. III, and the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77,

aspirations it enshrines, its enactment prior to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁷ and, last but not least, the relative absence in Quebec of the kind of constitutional patriotism the *Canadian Charter* has triggered elsewhere in Canada, Quebecers have developed a kind of special relationship with their *Charter of Human Rights and Freedoms*. Arguably, it can be characterized as playing a part in their identity reference, alongside the *Civil Code*, the *Charter of French Language*, and even the provincial powers set out in s. 92 of the *Constitution Act 1867* – not unlike the role played by the *Canadian Charter* itself or the *Canada Health Act* in English-speaking Canada's own identity reference.⁸ The *Canadian Charter*, the enactment of which in 1982 had awakened the ghost of a marginalization or trivialization of the *Quebec Charter*,⁹ prompted several jurists to reaffirm the latter's unique place in the province's legal landscape. Paradoxically, it may very well have been the *Canadian Charter* itself that ended up being symbolically marginalized not only as a result of the *Quebec Charter*'s preeminent status in Quebec's legal psyche but also as a result of the omnibus override of the *Canadian Charter* by the Lévesque government immediately after its enactment.

While the fears of a marginalization of the *Quebec Charter* proved to be largely unfounded, the distinctness of that Charter is not always easy to handle from a judicial standpoint.¹⁰ This is

c. 33, see, respectively, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, and *Robichaud v. R.*, [1987] 2 S.C.R. 84.

7. Part I of the *Constitution Act, 1982*, which constitutes Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.
8. On the concept of "identity reference", see: F. DUMONT, *Genèse de la société québécoise* (Montréal: Boréal, 1993).
9. The ghost metaphor is borrowed from G. OTIS, "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise", (1991) 51 *R. du B.* 561. In the same vein, see also: A. MOREL, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction", (1986) 17 *R.D.U.S.* 47; A. MOREL, "L'originalité de la Charte québécoise en péril", in *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif* (1993) (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1993), p. 65.
10. For instance, leaving aside the interplay between the Quebec and Canadian Charters, it bears noting that the Supreme Court has rejected the argument that the particular civil remedies provided for by the *Quebec Charter* for rights violations formed a regime of liability distinct from the ordinary civil law regime of extra-contractual liability. Thus, the right violation that constitutes a fault at civil law must be proven to have caused damages according to ordinary rules to justify a claim for damages. See: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Aubry v. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591. There might have been compelling reasons for deciding in that way and we do not wish to take position on this question here. However, it does illustrate the gap that may sometimes exist between the abstract wish of enhancing that Charter's distinctness and the practical difficulty of doing it.

most evident in *Chaoulli v. Quebec (A.G.)*,¹¹ which highlights the somewhat paradoxical treatment reserved to that Charter by the Supreme Court of Canada. As regards the *Quebec Charter*, the main actors in the Supreme Court's *Chaoulli* play are, first, Madam Justice Marie Deschamps whose reasons stand out because of their author's exclusive reliance on this instrument,¹² and, second, Justices Ian Binnie and Louis LeBel, whose reasons explicitly speak to the interpretation of that Charter. Chief Justice McLachlin and Major J., supported by Bastarache J., concurred with Deschamps J.'s conclusions as to the application of the Charter to the case, while Fish J. concurred with the minority judgment of his colleagues Binnie and LeBel.

This paper will revolve around two aspects of Deschamps J.'s opinion. Its first part will address the "priority thesis" which informs her approach to the *Quebec Charter* and which flirts with an "exhaustion of remedies thesis" as regards the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We shall argue that this view reflects, albeit in a problematic fashion, "the demands of distinctness". The second part will deal with the interpretation that Deschamps J. gives to s. 9.1, the *Quebec Charter*'s limitation clause, which reveals for its part "the paradoxes of distinctness". We see such a paradox because while Justice Deschamps is at pains to emphasize the distinctness and priority of the *Quebec Charter* in the first part of her judgment, later on she crudely – and, in our view, mistakenly – assimilates the analysis to be undertaken under s. 9.1 of that Charter to that used pursuant to s. 1 under the *Canadian Charter*. The dissenting judges, by contrast, are much more sensitive to the distinctness of s. 9.1.

I- THE DEMANDS OF DISTINCTNESS?

A- The Thesis of the Quebec Charter's Priority

Early on in her opinion, Deschamps J. notes that, due to its human rights connection, the *Quebec Charter* is distinct from

11. *Chaoulli v. Quebec (A.G.)*, [2005] 1 S.C.R. 791. Unless otherwise stated, all paragraph references refer to this decision.

12. At par. 11 Justice Deschamps states that the arguments based on the *Quebec Charter* were mentioned in the notice of appeal and in Delisle J.A.'s statement of the grounds of appeal, but that none of the Court of Appeal judges addressed them. This appears to be incorrect, since at par. 49 and 50 of his reasons Justice Delisle says that Quebec's anti-private insurance provisions do not infringe ss. 1, 4, 5, or 6 of the *Quebec Charter*. The two other judges agreed with Justice Delisle's reasons in this regard.

other Quebec statutes.¹³ From a positive law angle, this statement, while correct, hardly represents a novelty, since provincial human rights codes have been characterized for quite some time by the Supreme Court as “quasi-constitutional” instruments.¹⁴

The most puzzling feature of Justice Deschamps’ reasons probably lies in her affirmation of the principle that whenever a Quebec statute is challenged, “it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters are susceptible of producing cumulative effects, but where the rules are not identical”.¹⁵ It bears noting here that she uses the word “appropriate” rather than “compulsory” or some functional equivalent. She finds support for the proposition she advances in Beetz J.’s opinion in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*,¹⁶ where the late judge argued that human rights legislation, whether provincial or federal, should not be entirely eclipsed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, since allowing such instruments to become obsolete would inevitably lead to losing their cumulative protective effects. After noting some similarities between the Quebec and Canadian Charters, Deschamps J. states that, faced with such similarities, “[i]t is . . . appropriate to consider the two together. Distinctions must be made, however, and . . . it is important to begin by considering the specific protection afforded by the *Quebec Charter* for the reason that it is not identical to the protection afforded by the *Canadian Charter*.”¹⁷ She further notices the differences between s. 1 of the *Quebec Charter* and s. 7 of the *Canadian Charter*, noting that the former’s wording points to a broader scope. Indeed, while s. 7 imposes upon rights claimants the burden of demonstrating not only a violation of either one of their rights to life, liberty or security of the person, it also imposes upon them the further obligation of showing that this violation constituted a breach of the principles of fundamental justice, a most important qualification that does not exist in s. 1 of the *Quebec Charter*.¹⁸ Deschamps J. adds, rather laconically, that deciding the case on the basis of that Charter “enhances

13. *Chaoulli, supra*, footnote 11, at par. 25.

14. See *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton, supra*, footnote 6.

15. *Chaoulli, supra*, footnote 11, at par. 26.

16. *Singh, supra*, footnote 6, at 224 (Beetz J. wrote his opinion on his own behalf and on that of Estey and McIntyre JJ.).

17. *Chaoulli, supra*, footnote 11, at par. 28.

18. *Ibid.*, at par. 37-41.

an instrument that is specific to Quebec”, an approach that “is also justified by the rules of Canadian constitutional law.”¹⁹

If Justice Deschamps’ claim is the relatively weak one that textual differences between the two Charters must be taken into consideration when interpreting the *Quebec Charter*, there is no quarrel to be had with it. From an interpretive standpoint, the questioning would then turn to whether or not this approach is applied with a minimum degree of consistency. We shall see in part II that, regrettably, no such consistency is perceptible in the learned judge’s own reasons. However, Deschamps J.’s claim seems to be stronger than that, as she expressly refers to the *priority* that should be given to arguments based on the *Quebec Charter* – recall that she states that “it is appropriate to look *first* to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*”.²⁰ Indeed, while Deschamps J. may have simply wanted to reiterate Beetz J.’s word of caution in *Singh*, she arguably goes further than he did. The terms she uses, as well as the reasons she provides in support of her claim, point instead to a bolder idea, i.e. that the *Canadian Charter* is a last resort instrument that should only be applied when all the other “lower” remedies available have been exhausted. Obviously, this prior application of the *Quebec Charter* would not take place in a vacuum; it would occur in a context where the likelihood that a court of law would entertain arguments based on both instruments would be extremely high, at least to the extent that government action is involved. Some could thus be inclined to say that further examining Madam Justice Deschamps’ claim about the putative priority of the *Quebec Charter* in the normative inquiry underlying the adjudication of constitutional claims coming out of Quebec is a merely theoretical exercise,²¹ or even amounts to a *petitio principii* against her claim. With respect, we believe it would be a mistake to say so, for this supposedly theoretical question could,

19. *Ibid.*, at par. 31.

20. *Chaoulli*, par. 26.

21. Although MacLachlin C.J., and Major and Bastarache JJ. concurred with Deschamps J. with respect to the interpretation of s. 1 and s. 9.1 of the *Quebec Charter*, there is no sign in their opinion that they endorse Deschamps J.’s idea of the remedial priority of the *Quebec Charter*, especially considering the fact that their analysis entirely revolves around the *Canadian Charter*. For their part, the dissenting judges (Binnie, LeBel and Fish JJ.) do not seem to support Deschamps J.’s thesis of the remedial priority of the *Quebec Charter*, but, as we will see in part II, they do acknowledge its textual specificity, notably by opting for a degree of judicial deference that is informed by the particular text of s. 9.1 while still formally adhering to the *Oakes* test elaborated under the *Canadian Charter*’s s. 1.

if left unsolved or unaddressed, create significant implications from a constitutional law standpoint.

It is most certainly trite to say in this respect that one of the defining features of the *Canadian Charter* is the formal constitutional status it enjoys in Canada's legal order.²² This status, which results from the entrenchment of the Charter in a juridical instrument – the Constitution – which can only be amended following a set of extraordinary procedures, entails a further normative implication, i.e. the Charter's supremacy over every inferior norm, be it of federal or provincial origins.²³ One could correctly remark that affirming the priority of arguments based on the *Quebec Charter* in a case emanating from Quebec does not directly contradict the *Canadian Charter's* constitutional supremacy, especially in situations where the text of the two Charters, or their scope of application, is different.²⁴ However, what is at stake in Justice Deschamps' claim is not so much the supremacy of the *Canadian Charter per se*, but one of the normative effects that, by definition, it entails, that is, its *immediate* effect upon legal subjects in their relations with governments, and this, irrespective of the other normative layers – federal, provincial, municipal, etc. – that may be interspersed between them. As part of the formal constitution of Canada, the Charter obviously coexists, most of the time peacefully, with these other normative layers, but at all times it retains its supremacy, albeit often virtual, over them. Deschamps J., it should be recalled, argues that deciding the case on the basis of that Charter not only constitutes a means to “enhanc[e] an instrument that is specific to Quebec”, but also that this approach is “justified by the rules of Canadian constitutional law.”²⁵ She thus makes clear that her argument is not merely prudential. Indeed, her argument does not simply reflect an awareness on her part to the potentially explosive political consequences of seeing an allegedly important piece of the *modèle*

22. C.A. 1982, s. 52(2).

23. C.A. 1982, s. 52(1).

24. This leaves aside the hypothesis of underinclusiveness as contemplated by the Supreme Court of Canada in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, which, arguably, does not apply to all differences between lower-ranking provincial instruments and the Canadian Charter, but only to differences that are made on the basis on discriminatory considerations and which result in a lesser degree of protection under the former type of instruments. Arguments about the potential unconstitutionality of s. 9.1 of the Quebec Charter in respect of s. 1 of the Canadian Charter, which in any event do not constitute prescriptive norms *per se* but standards of justification, will therefore not be considered.

25. *Chaoulli*, *supra*, footnote 11, at par. 31.

québécois struck down on the basis of the *Canadian Charter*, about which many Quebecers remain ambivalent, and a corollary desire to offset such consequences by deciding the case solely on the basis of the *Quebec Charter*. On the contrary, her statement to the effect that her approach is “justified by the rules of Canadian constitutional law” makes her argument plainly juridical. Which is why it is worth briefly examining some of its potential constitutional justifications.

B- *Singh* as a Justification for the Priority Thesis

Let us first look at the most specific justification, which is drawn from Beetz J.’s opinion in *Singh*. At this stage, the question is whether Justice Beetz was really entertaining the idea that *priority* should be given, *as a matter of law*, to arguments based on quasi-constitutional instruments whenever the Charter is concurrently applicable with them. Recall here that his comment was made in a case where the protection provided by the *Canadian Bill of Rights*²⁶ to a refugee claimant was more specific than that afforded by the *Canadian Charter*. This led him to find that the procedures followed in the case at bar to determine refugee status conflicted with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, which grants the right to “a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice” whenever a process that comes under the legislative authority of the Parliament involves the determination of “rights and obligations.” By and large, this more specific protection explains his comment to the effect that the different wordings of quasi-constitutional instruments and of the *Canadian Charter* are susceptible of producing cumulative effects guaranteeing a better protection of rights and liberties, *especially* where the former contain provisions that are not found in the latter or that are different from their functional equivalents in the latter, and which seem to have been conceived of as a response to anticipated factual situations such as the one that arose in *Singh*.

That being said, we must still deal with the *fact* that Beetz J. grounded his opinion solely on the *Canadian Bill of Rights*, explicitly leaving open the question as to whether or not *Singh*’s rights had been violated under s. 7 of the *Canadian Charter*. Does this amount to the recognition that, as a matter of constitutional law, priority should be given to arguments based on quasi-constitu-

26. R.S.C. 1985, c. H-6.

tional instruments in constitutional litigation, thereby transforming the *Canadian Charter* into a last resort instrument applicable only where the remedial resources provided in such quasi-constitutional instruments have been exhausted? Again, if this is indeed the claim made by Deschamps J., as it seems to be, we respectfully suggest that it overstretches Beetz J.'s words in *Singh*. Indeed, we believe that Beetz J. was essentially stressing in that case the need to proceed to a polyphonic analysis when both the *Canadian Charter* and quasi-constitutional human rights legislation apply. As a matter of intellectual rigor, such an approach inevitably requires to make all the appropriate and relevant distinctions between the instruments applicable in the case at bar, which, in turn, will allow rights claimants to reap all the potential, cumulative, benefits of such instruments. This is a far cry from formally establishing, as a matter of constitutional law, the analytical priority of such quasi-constitutional instruments, and the almost subsidiary nature of the *Canadian Charter* which would be applied only if, one surmises, no violation has been found under the quasi-constitutional instrument. Therefore, assuming that our more restrictive interpretation of Beetz J.'s comments in *Singh* is correct, it becomes relatively difficult to justify, from a constitutional law angle, Justice Deschamps' normative proposal of a sequential, rather than simultaneous, analysis and application of the quasi-constitutional and constitutional instruments.

C- Other Possible Justifications for the Priority Thesis

This begs a further question, however: are there other rules of constitutional law that could support Deschamps J.'s strong claim? For instance, could it be grounded on concerns pertaining to federalism? This is a possibility, but a rather remote one. Indeed, as part of the constitution, the *Canadian Charter* equally limits the margin of autonomy enjoyed by both Parliament and provincial legislatures in the exercise of their respective powers. As such, concerns pertaining to federalism cannot be characterized as really core ones under the *Canadian Charter*, even though it is acknowledged, on one hand, that one part of the constitution cannot abrogate another,²⁷ and, on the other, that the Charter contains certain provisions that have what could be termed a

27. *New Brunswick Broadcasting v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1991] 1 S.C.R. 319.

direct or indirect “federative dimension”.²⁸ Moreover, it is fair to say that, generally speaking, the Supreme Court of Canada has never completely lost sight of one of the central values underlying federalism, that is, the protection and promotion of diversity, in its interpretation of the Charter’s limitation clause (s. 1) and in its evaluation of the margin of appreciation provincial legislatures and governments enjoy in adopting public policies that respond to the particular needs and aspirations of their constituents. Actually, offsetting the potentially uniformizing effect of the Charter in a highly regionalized federation which is also, in practice, a multinational one, is probably what induced the Supreme Court’s refusal to give a blindly uniformizing interpretation to Charter rights and especially to s. 1.²⁹ It is thus hard to see how concerns grounded in the explicit federative division of powers could legitimize attributing, as a matter of *law*, a formal priority to any provincial quasi-constitutional human rights instrument over the *Canadian Charter*.

Broader federalism-related justifications that could possibly support Justice Deschamps’ claim hardly fare better in that regard. For one thing, such justifications would run the risk of presupposing that the *Canadian Charter* is somehow intrinsically linked to the *federal* government.³⁰ However, as trite as this remark may be, one cannot conflate Canada’s global constitutional order with its federal legal order, since the former establishes and transcends the latter exactly as it does with provincial legal orders. The second problem posed by broader federalism-related justifications is that they do not really speak to the situation of federal quasi-constitutional instruments, such as the *Canadian Bill of Rights* that was at stake in Beetz J.’s opinion in *Singh*.

To assuage that problem, could the strong thesis about the priority of quasi-constitutional instruments be reformulated?

28. Such as ss. 3 (voting rights), 6 (circulation and establishment), 16(1), 17(1), 18(1), 19(1), 20(1) and 23 (language rights).

29. On this question, see: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, “La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d’une relation ambiguë”, (2003) *R. du B.*, special issue on the 20th anniversary of the Canadian Charter, p. 271. For the relevant case law, see *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; and, particularly, *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254. *Re: Secession?*

30. If such a connection could indeed be made, then the conflict could be analysed as involving a mere division of powers issue.

One avenue could be to link it to the doctrine of parliamentary supremacy, as applicable given Canada's federal structure. In essence, a reformulation of the strong thesis on the basis of that doctrine would posit that prior to resorting to the Canadian constitution to evaluate the validity of an enactment, a judge should examine all the relevant statutory constraints enacted by the legislative assembly that adopted the impugned statute, and decide the case at bar on the basis of these constraints. Under such a logic, it is only when no remedy is available in the legal order over which the enacting legislature has jurisdiction, or when the remedies available have all been exhausted, that a court of law could examine the validity of the impugned statute from the perspective of the Canadian constitution, and, more specifically, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Although defensible from a prudential or political standpoint, such a principle would hardly be tenable as a matter of law because it would somehow legitimize the confinement of the reach of the constitution to the few exceptional cases that are not otherwise covered by quasi-constitutional legislation, an interpretation that, to say the least, is far from obvious in a regime of constitutionalism. It is even less obvious in a federation with an integrated judiciary such as Canada. Indeed, to the extent that it is applied to provincial quasi-constitutional instruments, the thesis of the remedial priority of these instruments over the *Canadian Charter* is extremely shaky in that it calls into question the direct application of the constitution on the territory of the federated units – which in turn calls into question the immediacy of the normative relation existing between the Canadian constitution and the citizens of the federated units. It is as if the underlying logic informing such a thesis reflected a confederal rather than a federal mindset. Actually, it replicates a customary norm recognized under public international law, and which seeks to protect “national sovereignties against intempestive international procedures.”³¹ The rule that “internal remedies” must be exhausted before applying for an international remedy has been explicitly adopted in the European context. The *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* indeed provides that the European Court of Human Rights “may only deal with the matter after all domestic remedies have been

31. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6th revised edition (Paris: Presses Universitaires de France, 2003), at 536, No. 318. Our translation.

exhausted, according to the generally recognized rules of international law . . .”³² Although this rule is worded as *prima facie* affecting the European Court of Human Rights *qua* court, it does not merely posit a jurisdictional limitation. On the contrary, it crystallizes the subsidiary nature of the substantive guarantees enshrined in the Convention.³³ Suffice it to say here that if the European Union has somehow evolved into a hybrid between a confederation and a federation – Nicholas Levrat characterizes it as an “international federation”³⁴ – the rule of the exhaustion of internal remedies and thus of the subsidiary nature of the Convention’s rights protection mechanisms reveals the confederal rather than the federal dimension of the European Union. Canada, on the contrary, is a full-fledged federation, in spite of being commonly referred to as a confederation. This inevitably points to a rather rigid hierarchy of rights-protection instruments in the Canadian legal order.

The above considerations warrant another question: could the principle of subsidiarity provide a justification for the strong thesis? Several definitions have been given to this principle since its modern reiteration in the social doctrine of the Roman Catholic Church in the nineteenth century.³⁵ Since then, it has generally been understood as referring to “the notion that lower levels of government are inherently better situated to regulate sub-political forms of human association or human relationships.”³⁶ While correct, this statement nonetheless obscures the first and foremost functionalist nature of subsidiarity. This nature is reflected in one of the principle’s latest formal legal iteration in article 5(2) of the European Community Treaty, which, while retaining the idea of the priority of the lower level’s action, makes equally clear that should this lower level be unable to effectively achieve cer-

32. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, art. 35(1).

33. F. SUDRE, *op. cit.*, note 31, at 537, No. 319.

34. N. LEVRAT, “L’Union européenne: une fédération internationale”, in J.-F. GAUDREAU-DESBIEUX and F. GÉLINAS (eds.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism. Governance, Identity and Methodology* (Cowansville & Brussels, Éditions Yvon Blais & Bruylant, 2005), p. 285.

35. This was done, first, by Leo XIII (Encyclical Letter, *Rerum Novarum* (Boston: St. Paul ed., 1891)), and then by Pius XI (Encyclical Letter, *Quadragesimo anno* (Boston: St. Paul ed., 1931)).

36. R. HOWSE, “Subsidiarity in All but Name: Evolving Concepts of Federalism in Canadian Constitutional Law”, in H.P. GLENN (ed.), *Contemporary Law: Canadian Reports to the 1994 Congress of Comparative Law* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1995), p. 701, at p. 705.

tain predetermined objectives, the higher level of government could legitimately and legally assert jurisdiction.³⁷ Subsidiarity is thus, ontologically, neither decentralist nor centralist, although the recent case law emanating from the European Court of Justice tends to reveal its centralizing potential in practice.³⁸

Closely related to federalism, concerns for subsidiarity are somehow embedded in the allocation of powers provided for in the *Constitution Act, 1867*.³⁹ Indeed, topics with a narrower local dimension, or with no conceptually obvious extra-provincial dimension, tend to be allocated to provinces. As well, the judicial interpretation of the federal division of powers reveals that some features of the principle of subsidiarity have been internalized in Canadian constitutional law. This is notably the case of the “provincial inability test” expounded in respect of the national concern branch of Parliament’s power to legislate for the peace, order and good government of Canada⁴⁰ and in respect of its general power

37. This article reads as follows: “The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effect of the proposed action, be better achieved by the Community. Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.” See: Treaty Establishing the European Community, Feb. 7, 1992, art. 3b, O.J. (C224) 1 (1992), [1992] 1 C.M.L.R. 573 (1992).

38. On this, see generally: V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la communauté* (Paris: L’Harmattan, 2003), at 473-502.

39. R. HOWSE, *loc. cit.*, footnote 36, at 720.

40. *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. Jean Leclair disagrees with this interpretation, arguing that in the European Union, subsidiarity was conceived of by member states as a safety valve against the unduly centralizing policies of the Community in the exercise of concurrent powers. He acknowledges, however, the “paradox of subsidiarity” as a principle designed as a limitation of the Community’s powers integrated in a treaty which generally expands these powers. See: J. LECLAIR, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity”, in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS & F. GÉLINAS (eds.), *op. cit.*, note 34, p. 383, at 397. In our view, the understanding of subsidiarity should not be solely determined by the expression it receives in Europe. In any event, even in the European context, it is hard to believe that the Community’s member states, even though they might have conceived of subsidiarity as a decentralizing principle, did not know that this principle’s potential could not be unequivocally decentralizing. Its codification in the Maastricht Treaty of 1993 as well as the precisions made about it in the Protocol No. 30 on Subsidiarity and Proportionality, adopted pursuant the Amsterdam Treaty of 1997, arguably reflect both a desire to clarify this principle’s juridical content and to further offset its centralizing effects. Besides, the European Court of Justice has so far adopted a rather deferential approach toward the Community’s own evaluation of when it can better achieve a given objective, therefore allowing its centralizing potential to express itself. See, *inter alia*: *E.C.J., United Kingdom v.*

to regulate trade and commerce.⁴¹ Last, it has been explicitly referred to at least once by the Supreme Court of Canada in a case dealing with the validity of a municipal by-law. In *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town of)*, L'Heureux-Dubé J. defined the principle of subsidiarity as "the proposition that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity."⁴²

Although it is arguable on the basis of the above that the principle of subsidiarity forms to some extent part of the Canadian constitutional order, both its content and scope are destined to remain amorphous, as opposed to other judicially recognized principles such as, say, judicial independence, the rule of law or even federalism itself. Indeed, while relatively indeterminate, the substantive content of the latter is more easily ascertainable.⁴³ We therefore believe that it is preferable to conceive of the principle of subsidiarity as a rule of conflict whose role is to support the implementation of another principle, that of the relative autonomy of each level of government inherent to any federal regime.⁴⁴ Incidentally, the principle of subsidiarity largely plays that role by determining which level of government bears the burden of proof in a situation giving rise to its application,⁴⁵ and, consequently, by preventing the highest level of government from

Council, C-84/94, [1996] I-05755; *E.C.J., Federal Republic of Germany v. Parliament & Council*, C-233/94, [1997] I-02405; *E.C.J., Netherlands v. Parliament and Council*, C-377/98, [2001] I-7079; *E.C.J., The Queen v. British American Tobacco (Investments) Ltd.*, C-491/01, [2002] I-11453; *E.C.J., Commission v. Federal Republic of Germany*, C-103/01, May 22, 2003; *E.C.J., Belgium v. Commission*, C-110/03, April 4, 2005; *E.C.J., Alliance for Natural Health v. Secretary of State for Health*, C-154/04, C-155/04, July 12, 2005. In sum, in the European legal order, subsidiarity's principal function is to "withdraw the exercise of non-exclusive community powers from the discretionary power of (EU) institutions." See: V. MICHEL, *op. cit.*, note 38, at 477 (our translation).

41. *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

42. [2001] 2 S.C.R. 241, at par. 3. L'Heureux-Dubé J. was not only speaking for herself, but also for Gonthier, Bastarache and Arbour JJ.; Iacobucci and LeBel JJ. wrote a concurring judgment.

43. See: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, "The Canadian Federal Experiment, or Legalism Without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism", in M. CALVO-GARCIA & W.L.F. FELSTINER, eds., *Federalismo/Federalism* (Madrid: Dyckinson, 2004), p. 81.

44. *Ibid.*, at 115.

45. V. CONSTANTINESCO, "Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne", in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis* (Paris: Dalloz, 1991), at 41, quoted in V. MICHEL, *op. cit.*, note 38, at 476.

deciding to exercise, on a purely discretionary basis, a jurisdiction that local governments may be in a better position to exercise.⁴⁶ All this hardly supports the idea that subsidiarity could prevent the direct and *immediate* application in provincial legal orders of a part of the constitution such as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

But not only is subsidiarity unduly amorphous, not only does it seem preferable to treat it as a conflict rule rather than as a full-fledged power-allocating rule, its very nature may actually be *antithetical* to human rights adjudication. Indeed, we are talking about a principle the ultimate function of which is arguably to ensure, to the extent possible, efficiency in governance, without deeming any particular level of government more efficient than the other.⁴⁷ For sure, democratic self-determination and political liberty are values that subsidiarity seeks to foster,⁴⁸ but when push comes to shove, it will tend to privilege efficient governance, as debatable as the criteria on the basis of which to evaluate efficiency may be.

Assuming this primordial nature of subsidiarity, it bears noting that while not inherently inimical to functionality, the *Canadian Charter* is certainly not primarily concerned with it. As signposts for humanism rather than instrumentalism, fundamental rights and freedoms simply cannot be gauged merely in terms of functionality since it would defeat their very purpose.⁴⁹ It therefore seems that even the principle of subsidiarity fails to provide a legal foundation for Deschamps J.'s strong claim.

In sum, while her remarks about the analytical priority of the *Quebec Charter* over the *Canadian Charter* may find a practi-

46. If one assumes for the sake of the discussion that *Crown Zellerbach*, *supra*, note 40, is an iteration of the principle of subsidiarity in the Canadian context, the characterization of this principle as a conflicts rule imposing specific evidentiary requirements highlights the remarkably weak evidence that was accepted by the majority of the Supreme Court in that case.

47. As opposed to the notion of "margin of appreciation", also commonly used in European law, which is neutral in that respect. On this notion, see: M. DELMAS-MARTY & M.-L. IZORCHE, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste", (2001) 46 *Revue de droit de McGill* 923.

48. G.A. BERMAN, "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Communities and the United States", (1994) 94 *Columbia Law Review* 331, at 340-341.

49. Which is not to say that functional or utilitarian concerns can, or should be, entirely eliminated from human rights adjudication. They should never systematically prevail, however.

cal justification in view of ensuring a genuinely polyphonic application of both Charters, in no way is such a mere practice grounded upon a rule of constitutional law, or can be elevated to this status, for doing so would simply deny the supreme nature of the *Canadian Charter* as part of the constitution of Canada, and the immediate effects it bears in both federal and provincial legal orders. In fact, to the extent the analytical priority advocated by Justice Deschamps also encompasses a remedial priority, in which case the *Canadian Charter* would only apply after all the lower remedies have been exhausted, such a view would come close to reflecting a supra-national logic more in tune with a confederal rather than a federal regime.

That being said, leaving aside questions pertaining to constitutional theory and doctrine, Justice Deschamps' opinion is not particularly surprising in a broader political perspective. As mentioned before, Quebecers, jurists included, are fiercely proud of the *Quebec Charter* and have been keen on defending its integrity and distinctness. Deschamps J.'s preoccupation for maintaining that distinctness is evident in her reasons. Recall that she argues that deciding *Chaoulli* on the basis of that Charter would "enhanc[e] an instrument that is specific to Quebec."⁵⁰ In all likelihood, Deschamps J. does not refer here to the mere fact that this particular legislation is distinct to Quebec because it was enacted by that province's National Assembly, a comment which would be outrageously banal. It is arguable instead that she highlights the distinctness of the Charter because of the distinctness of Quebec society itself within Canada. This interpretation is *a contrario* comforted by another of her statements, to the effect that "Quebec society is no different from Canadian society when it comes to respect [the fundamental rights to life and liberty]."⁵¹ At the very least, this seems to indicate that her understanding of the interplay between the Quebec and Canadian Charters may have been forged as much in response to Quebec society's claim of distinctness as in response to the *Quebec Charter's* inherent textual distinctness itself. If this is the case, then Deschamps J.'s opinion on s. 9.1, the Quebec Charter's limitation clause is all the more puzzling. Indeed, as will be seen in the next part, after having affirmed not only the specificity and priority of the Quebec Charter, and emphasized the need to draw normative implications

50. *Chaoulli*, *supra*, footnote 11, at par. 31.

51. *Ibid.*, at par. 38. Our italics.

from the textual differences between s. 1 of the Quebec Charter and its Canadian Charter equivalent, s. 7, she then collapses the analysis of the Quebec Charter's limitation clause with that of the Canadian Charter's s. 1, and this, in spite of obvious textual differences. This may very well evidence that legal distinctness is more paradoxical than demanding. . .

II- THE PARADOXES OF DISTINCTNESS

A- Two visions of the appropriate role of the judiciary

We have just seen that in *Chaoulli* Deschamps J. subscribes to the view that whenever a Quebec statute is challenged, "it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters are susceptible of producing cumulative effects, but where the rules are not identical." She further observes that, when faced with similarities between the two Charters, "[i]t is . . . appropriate to consider the two together. Distinctions must be made, however, and [she] believe[s] that it is important to begin by considering the specific protection afforded by the *Quebec Charter* for the reason that it is not identical to the protection afforded by the *Canadian Charter*."⁵² She further notices the differences between s. 1 of the *Quebec Charter* and s. 7 of the *Canadian Charter*. Section 7 requires the claimant to demonstrate not only a violation of either one of his rights to life, liberty or security of the person, but also that this violation did not take place in accordance with the principles of fundamental justice. In contrast, s. 1 of the *Quebec Charter* only requires the claimant to demonstrate a violation of either the "right to life, and to personal security, inviolability and freedom".⁵³

Independent of the priority thesis examined in the first part of this article, these statements are, at the very least, about the appropriateness, and in some cases the need, to draw normative consequences from the textual differences between the two Charters. Assuming this to be the case, then Deschamps J.'s approach to s. 9.1 of the *Quebec Charter* contradicts the very proposition she advocates elsewhere. As alluded to, the learned judge ignores the obvious textual differences between that section and its *Canadian Charter* equivalent, s. 1. Given her prior reliance on

52. *Ibid.*, at par. 28.

53. *Ibid.*, at par. 37-41.

Justice Jean Beetz's prudential remark in *Singh* to the effect that quasi-constitutional, rights-protecting, instruments should not automatically be subsumed into the *Canadian Charter* and that due consideration should thus be given to the textual differences between these instruments and the *Canadian Charter*, that conflation is rather startling. In contrast, the dissenting judges (Binnie, LeBel and Fish JJ.) manage to *consistently* give meaning to the textual differences between the Quebec and Canadian Charters, without ever solemnly affirming the abstract priority of one over the other. As we will demonstrate, their approach allows for a more rigorous interpretation of s. 9.1 of the *Quebec Charter* as well as for a happier management of the ambiguities of distinctness.

Before we begin examining both sets of reasons in more details, it is appropriate to set out the relevant limitations clauses. Even a cursory glance at these provisions shows rather glaring differences. Section 1 of the *Canadian Charter* states that "[t]he Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." For its part, s. 9.1 of the *Quebec Charter* provides that "[i]n exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law."

However, Justice Deschamps quickly assimilates the analysis to be undertaken under s. 9.1 of the *Quebec Charter* to that to be undertaken under s. 1 of the *Canadian Charter*. We suggest that this is a dubious interpretive move and that there are compelling reasons to be more attuned to the differences between these two provisions. Although we are of the view that even the application of the more demanding s. 1 could have led to the conclusion that the two anti-private insurance provisions were justified, we believe that this conclusion should *a fortiori* have been reached under s. 9.1. Of course, judicial interpretation, especially when it comes to constitutional (or quasi-constitutional) matters, cannot be blindly literal. The issues are often deeply controversial and the interpretation of the law in such contexts is a complex exercise. But text remains an important part of the equation, and there are obvious textual hints in s. 9.1 which speak to the distinc-

tiveness of the *Quebec Charter* and which should make one weary of assimilating it wholesale to s. 1.⁵⁴ Hence, unless some form of super-eminent principle can be relied upon to justify a *contra legem* interpretation disregarding the text or part of it, its interpretation should strive to make sense of all of its features.⁵⁵

As is well-known, section 1 of the *Canadian Charter* has initially been interpreted by the Supreme Court as mandating a rather strong form of judicial review. However, the Court's early confidence in its powers of intervention quickly abated and it has since oscillated between stringency and deference.⁵⁶ But if the stringent interpretation of the more demanding s. 1 could not entirely be sustained, it makes even less sense to invoke s. 9.1 in support of stark interventionist results. Section 9.1 leaves much more space for judicial deference, as well as for more "utilitarian" and "communitarian" forms of reasoning, and thus more space for the successful justification of legislative limits to guaranteed rights. Indeed, as we shall argue later, this section's explicit imposition upon claimants of an obligation to exercise their fundamental freedoms and rights with "proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec" also points towards such an approach. While the minority judges took s. 9.1's textual hints and acknowledged this difference, the majority judges, unfortunately, did not. With respect, this showed a certain amount of interpretive insensitivity, which, moreover, was at odds with the Supreme Court's own recent case law dealing

54. The history of s. 9.1 further indicates that this provision was adopted concomitantly with an amendment to s. 52 of the *Quebec Charter*, which expanded the number of Charter provisions enjoying priority over other Quebec statutes. Most interestingly, this amendment granted such priority to s. 1 of the Charter, i.e. the very section that was found to have been violated in *Chaoulli*. Why, then, speaking to the text of s. 1 and not to that of s. 9.1? See: F. CHEVRETTE, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit", in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (Montréal: Éditions Thémis, 1989), p. 71, at 73.

55. For an analysis of the use of underlying principles to disregard explicit constitutional provisions, see: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, "Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference", in S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming 2006).

56. On that evolution, see, among others: R.M. ELLIOT, "The Supreme Court of Canada and Section 1 Erosion of the Common Front", (1987) 12 *Queen's L.J.* 277; A.LOKAN, "The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter", (1992) 24 *Ott. L.R.* 163; C.M. DASSIOS and C.P. PROPHET, "Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada", (1993) 15 *Advocates Q.* 289.

with the margin of appreciation to be afforded to governments in dealing with complex problems in the field of health care.⁵⁷

Let us take a closer look at Madam Justice Deschamps' reasoning. Following a rather cursory analysis which avoided many of the empirical, actuarial and normative complexities related to the public delivery of health care, she concluded that the rights to life, personal security and inviolability guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter* had been infringed⁵⁸ by the combination of health care delays and prohibitions on private insurance. Turning to the application of s. 9.1, she boldly assimilated it to s. 1 of the *Canadian Charter* by relying on statements made by the Court in *Ford*⁵⁹ and proceeded to apply quite an unforgiving version of the *Oakes* test, reminiscent of the early years of the *Charter*. In that spirit, she found that while the impugned anti-private insurance provisions aimed to achieve pressing and substantial objectives (notably protecting the integrity of the public health care system) to which they were rationally connected, they failed at the minimal impairment stage. In her view, the evidence suggested that the threat posed to the public system by allowing the purchase of private insurance was remote and avoidable. Thus, it had not been conclusively shown that the rights-infringing prohibition was *necessary*, and hence minimally impairing.⁶⁰

Then, invoking a popular yet reductionist conception of the division of labour between the judiciary and the legislature (the former would be in charge of rights-protection while the latter would be in charge of policy-making), she rejected any calls for judicial deference. Once all the evidence is before the court, she said, "there is nothing that would justify [the judiciary] in refus-

57. This was noted by the minority in reference to *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, which is all but ignored by the majority.

58. And perhaps the right to freedom protected by that same provision, but it is not as clear that she concludes to such an infringement.

59. *Chaoulli*, *supra*, note 11, at par. 47. This unsurprising but unfortunate finding is somewhat contradicted when she notes, at the stage of the minimal impairment test (par. 59) that the trial judge's approach in that respect "was not appropriate to s. 9.1 of the Quebec Charter."

60. *Chaoulli*, *supra*, note 11, at par. 74. This emphasis on a test of necessity was noticed by Professor Henri Brun who, reflecting on the majority reasons in *Chaoulli*, argued that "Charters of rights do not demand that the measures adopted by elected legislatures for the common good be necessary, they just ask that they be reasonable, as limits imposed on individual rights." See: H. BRUN, "En toute légitimité, le Parlement doit avoir le dernier mot", Québec City, *Le Soleil*, June 10, 2005, at A15. (Our translation).

ing to perform its role on the ground that it should merely defer to the government's position".⁶¹ This is as though the judiciary was the *sole* interpreter of constitutional instruments, and as though the judiciary's role may not actually *require* deferring in some circumstances. Of course, "the ground" for deference is not *merely* that the judiciary should defer. That would amount to a preposterous tautology. There must be good reasons for deference, which there undoubtedly were in this case.⁶²

By contrast, the minority's reasons were distinctly more nuanced. Justices Binnie and LeBel aptly noted that while the *Quebec Charter* often covers the same ground as the *Canadian Charter*, it remains distinct in its drafting and methodology. They also observed that s. 9.1 has the added feature of placing *on the claimant* the obligation to exercise *Quebec Charter* rights with "proper" regard for "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec".⁶³ In their view, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights in order to defeat the prohibition against private insurance did not show "proper regard for democratic values" or "public order", notably because the future of health care should be in the hands of elected representatives. Moreover, they linked the prohibitions to the value of equality (or, if one prefers, fairness) by noting that those who seek to have access to private insurance are the more advantaged members of society.⁶⁴ They thus seemed to be emphasizing the basic injustice of unequal access to health care caused by financial disparities among citizens. And they considered the anti-private insurance provisions to be a rational part of a scheme which aimed at preventing a state of affairs where money would trump need.⁶⁵

In Justices Binnie and LeBel's view, the evidence amply supported the prohibition on private insurance contracts. The objectives were compelling and the means were rationally connected to them. As to minimal impairment, they stressed the need to leave

61. *Chaoulli, supra*, note 11, at par. 87.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, at par. 269-270.

64. *Ibid.*, at par. 273-274.

65. Indeed, it seems undisputed that when it comes to the distribution of health care within a modern society, need is the most appropriate criterion, and wealth a very inappropriate one. See, for instance, M. WALZER, *Spheres of Justice, A Defense of Pluralism and Equality* (New York: Basic Books, 1983), at 86-91; B. WILLIAMS, "The Idea of Equality", in *Problems of the Self* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973), at 240.

the legislature a margin of appreciation in controversial questions of social and economic policy. These questions, they said, are not for the courts to decide. The legislative provisions concerned all citizens of Quebec and addressed concerns shared by all, as well as rights belonging to everyone. The legislature attempted to find a solution that would be acceptable to everyone in the spirit of the preamble of the *Quebec Charter*, which stresses justice, the equal worth and dignity of human beings, as well as the need to respect the rights and freedoms of others and the common well-being. In sum, their view was that the issue of whether one had a right to resort to private insurance or not raised deep philosophical and practical issues, to which the legislature had given a reasonable answer in the circumstances. Given the nature of the issues and the respective institutional situations of the legislative and judicial branches, the Court had left the territory of justified judicial intervention in legislative decision-making. The compass of decisional legitimacy thus pointed towards deference.

B- Decoupling s. 9.1 of the Quebec Charter and s. 1 of the Canadian Charter

Various considerations can be put forward to make a case for decoupling the analysis under s. 1 of the *Canadian Charter* from that under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. First, it must be noted that the genealogies of s. 1 and s. 9.1 are somewhat different. Section 1 of the *Canadian Charter* was inspired from certain provisions of the *International Covenant on Civil and Political Rights*,⁶⁶ while s. 9.1 of the *Quebec Charter* is closer to article 29(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*.⁶⁷ Second, just by comparing the wording of both provisions, many have noticed that s. 9.1 seems

66. Articles 18, 19, 21, 22. For instance, article 22(2) provides that “[n]o restrictions may be placed on the exercise of [the right to freedom of association] other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (*ordre public*), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.”

67. Section 29 provides:

(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

(3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.

See A. MOREL, *supra*, note 9, at p. 69.

more favourable to the State than s. 1 in terms of deference, burden and potential lines of justification.⁶⁸ Some even clearly expressed the view that it would be *wrong* to apply the early stringency of *Oakes* to s. 9.1.⁶⁹ Hence, the late Professor Morel suggested that while the State's measures would have to avoid arbitrariness and would generally have to be proportional, they would not necessarily have to be minimally impairing. While it may be conceded that this was a bit of an odd argument (since minimal impairment is actually an aspect of rationality and proportionality), we can easily understand that he meant that the State should be given more latitude when it attempts to achieve valid goals.⁷⁰ In a similar vein, in *Ford*, as we shall see later, the representatives of the Attorney General of Quebec had submitted that s. 9.1 only provided for a judicial evaluation of the ends of the law and not of the means chosen to attain these ends. As with Professor Morel's suggestions, this was an odd way to translate the presence a more forgiving standard of review: surely, means to a valid end can be so bad as to make the whole endeavour unjustified, even when justificatory standards are relaxed. But, again, we can understand that what was meant was that once the law was shown to be an instrumentally rational way of attaining an end that complied with the limitations grounds of s. 9.1, courts ought to show some deference to the State.⁷¹

However, all these considerations were ignored by Justice Deschamps who relied entirely on statements made by the Supreme Court in *Ford* for the proposition that s. 9.1 is, for all intents and purposes, equivalent to s. 1, thus requiring the same

68. E.g. R. CADIEUX, "Charte des droits et libertés de la personne, . . . articles 9.1, 49 et 52: développements récents", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 1 at pp. 3-5. The differences between the two limitations clauses were also an object of debate at the National Assembly at the time of adoption of 9.1. Mr. Herbert Marx, a former constitutional law professor at the University of Montreal who was then the Official Opposition's justice critique actually denounced the fact that s. 9.1 was more lax than s. 1 of the *Canadian Charter*. It was nonetheless adopted as it was. See Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 3^e session, 32^e Legislature, Vol. 26, No. 91, at pp. 6299-6300, No. 93 at pp. 6436, 6449-6450, No. 105 at pp. 7504-7505, 7507-7508, 7510 and 7513.

69. A. MOREL, *supra*, note 9, at p. 70.

70. A. MOREL, *ibid.*, at 72.

71. Generally the determination of the end of a law will be made while having in mind its instrumental potential. In other words, it will not be made in a vacuum, without looking at what the law is capable of accomplishing. Yet it is possible to have a law which is incapable of attaining its purported ends, a law that is thus completely irrational from an instrumental point of view.

approach and leading to the same results. Yet this proposition does not ineluctably follow from what was said in *Ford*. And it certainly does not follow from the doctrinal authorities referred to in that case. A closer look at what the Court said in *Ford* thus seems in order. For the record, it said the following:

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the Quebec *Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.” In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however . . . does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. The words “In this respect” refer to the words “maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. Read as a whole, s. 9.1 provides that limits to the scope and exercise of the fundamental freedoms and rights guaranteed may be fixed by law for the purpose of maintaining a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. That was the view taken of s. 9.1 in both the Superior Court and the Court of Appeal. As for the applicable test under s. 9.1, Boudreault J. in the Superior Court quoted with approval from a paper delivered by Reynold Langlois, Q.C., entitled “Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve”, and published in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), in which the author expressed the view that under s. 9.1 the government must show that the restrictive law is neither irrational nor arbitrary and that the means chosen are proportionate to the end to be served. In the Court of Appeal, Bisson J.A. adopted essentially the same test. He said that under s. 9.1 the government has the onus of demonstrating on a balance of probabilities that the impugned means are proportional to the object sought. He also spoke of the necessity that the government show the absence of an irrational or arbitrary character in the limit imposed by law and that there is a rational link

between the means and the end pursued. We are in general agreement with this approach. The Attorney General of Quebec submitted that s. 9.1 left more scope to the legislature than s. 1 and only conferred judicial control of “la *finalité des lois*”, which this Court understands to mean the purposes or objects of the law limiting a guaranteed freedom or right, and not the means chosen to attain the purpose or object. What this would mean is that it would be a sufficient justification if the purpose or object of legislation limiting a fundamental freedom or right fell within the general description provided by the words “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. It cannot have been intended that s. 9.1 should confer such a broad and virtually unrestricted legislative authority to limit fundamental freedoms and rights. Rather, it is an implication of the requirement that a limit serve one of these ends that the limit should be rationally connected to the legislative purpose and that the legislative means be proportionate to the end to be served. That is implicit in a provision that prescribes that certain values or legislative purposes may prevail in particular circumstances over a fundamental freedom or right. That necessarily implies a balancing exercise and the appropriate test for such balancing is one of rational connection and proportionality (the emphasis is ours).⁷²

The Court’s statements in *Ford* can therefore pretty much be encapsulated in the following propositions: (i) s. 9.1 is a justificatory limitations provision which applies to the State, therefore (ii) the burden of justification must be put on the State and it must imply tests of rationality and proportionality⁷³ and, thus, (iii) *Oakes* should be applied. That is all. There is very little discussion of the particular formula and limiting grounds used in 9.1; there is no discussion of how rationality and proportionality presuppose underlying substantive values which must be explicated and balanced; and there is no mention of institutional considerations. Yet, every one of these elements (text, substantive values, institutional legitimacy) is crucially relevant to the application of any limitations clause.

Thus, the statements in *Ford* show some important shortcomings. For one thing, it does not follow from the fact that both s. 1 and s. 9.1 require a rationality analysis and some kind of proportionality test that they should in every case be treated as if

72. *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712 at pp. 769-71. The approach was also followed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 980 and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

73. In fact, in choosing for or against a particular course of action, proportionality is an aspect of rationality.

they were one and the same provision and thus yield the same result. Contrary to what the Court seemed to be assuming in that case, there is ample conceptual space between merely testing the purported ends of a law and applying the full rigours of the *Oakes* test at its most stringent.

Now, up to this point, we have assumed that section 1 of the *Canadian Charter* can be (and has sometimes been) read as requiring a more stringent burden of justification for the state. But this is certainly not to deny that one can apply *Oakes*' analytical grid under s. 9.1 and, *at the same time*, consciously show a higher degree of deference toward the legislature as a result of that legislature's clear indication to that effect. Indeed, the application of that grid, which revolves around the legitimacy of the governmental objective pursued and the proportionality analysis, does not dictate one single, particular, level of judicial deference. As the Supreme Court's post-*Oakes* case law itself demonstrates, criteria such as "pressing and substantial objectives", "rational connection", "minimal impairment", etc., are standards that can be applied more or less rigorously depending on the circumstances of each case and, *a fortiori*, on explicit legislative instructions. As will be expounded later, the wording of s. 1 of the *Canadian Charter* hints that the appropriate level of deference should be measured on the basis of consideration first and foremost pertaining to fairness ("the just", to borrow from Paul Ricœur⁷⁴), whilst the *Quebec Charter*'s s. 9.1 entertains that the same can also be evaluated on the basis of considerations pertaining to the good.⁷⁵

In summary, either (a) *Ford* cannot be taken as suggesting that s. 9.1 is, for all intents and purposes, equivalent to s. 1, thus requiring the same approach and leading to the same results, or (b) it *should* not, because such a suggestion is so obviously contra-

74. P. RICOEUR, *Le Juste* (Paris: Esprit, 1995).

75. The notions of what is "just" and what is "good" figure prominently in various moral philosophies. Deontological moralities, of which Kant is the leading figure, tend to focus on the inherent rightness or justice of actions, whereas teleological moral theories tend to require that actions promote the good ("good" being defined in various ways depending on the theory). The reason why we suggest that s. 1 of the *Canadian Charter* can be seen to possess deontological overtones is that its more categorical wording seems to suggest that an inherent injustice/wrong has already happened through the infringement of a *Charter* provision that could only exceptionally be justified. On the other hand, by using notions such as "public order" and, especially, "general well being of the citizens", section 9.1 of the *Quebec Charter*, leans more towards the language of moralities which prioritize the overall promotion of good(s). The infringement of a right then becomes one consideration to be balanced against others on the general scale of goodness.

dicted by the differences between both provisions. We have also pointed out that even if one *did* assimilate the two provisions, this would not exclude deference. That said, while the Court's message on ss. 9.1. and 1 in *Ford* remained vague and incomplete, the main doctrinal authority relied upon in that case was absolutely clear in affirming fundamental differences between the two provisions. Hence, strikingly enough, in the very paper which judges in *Ford* and *Chaoulli* have quoted in support of their assimilation of s. 9.1 to s. 1, Mr. Raynold Langlois expressed the opinion that whereas s. 1 required a full-on justificatory analysis (*contrôle d'opportunité*), s. 9.1 imposed more of a test of rationality or reasonableness (*contrôle de rationalité*). Thus, in his view, while 9.1 was comparable to s. 1, it remained less demanding:

The text of s. 9.1 is not as explicit as section 1 of the Canadian Charter. The reasons of text which, among other things, justify that the courts impose a test of opportunity and reject the traditional tests of reasonableness and rationality for laws limiting the Canadian Charter, do not exist for the Quebec Charter. Thus we can believe that the test of irrationality and arbitrariness traditionally applied in reviewing the validity of laws, applies to laws restricting rights conferred by the Quebec Charter.⁷⁶

Therefore, once again, *Ford's* calling for tests of rationality and proportionality did not amount to saying much. Of course, for any kind of limitation on right-protected interests to be justified it must be rationally connected to valid aims. Otherwise it negatively affects those interests for absolutely no reason.⁷⁷ And of course, a limit on a right must also create benefits which are at least broadly proportional to the inconvenience. These are requirements of rationality which are a necessary part of all justificatory endeavours. But this is simply to state the obvious. It avoids all the hard questions of substance and value, as well as the textual, historical and philosophical differences between s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

For instance, s. 9.1's allocation of justificatory burdens is very different from s. 1's. Section 9.1 imposes a burden *on the citi-*

76. R. LANGLOIS, "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve", in D. TURP and G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1986), 159, at 174-5 and 179. (Our translation)

77. In fact, since the state has no interests of its own, *any state action*, whether it involves right-protected interests or not, should be done for valid public aims and through rational means. If not, it is just a wasteful action, with no redeeming qualities whatsoever.

zen to exercise his rights within certain limits, which is certainly a hint of the kind of philosophy which is conveyed by the provision and by the Charter generally. It effectively tells citizens not to stand abusively on their individual rights. Such an approach is also mandated by the particular grounds of limitations, as explained below. Most importantly, it seems particularly plausible in the context of Quebec, a mixed jurisdiction where the civil-law doctrine of abuse of rights, which seeks to target unreasonable exercises of one's rights, is recognized and applied. For instance, article 6 of the *Civil Code of Quebec* provides that "[e]very person is bound to exercise his civil rights in good faith", and article 7 states that "[n]o right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith."⁷⁸ Justice Binnie put the same idea a little differently in his dissent in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, when he said that "[t]he Quebec Charter is concerned not only with rights and freedoms but with a citizen's responsibilities to other citizens in the exercise of those rights and freedoms."⁷⁹ Although the first paragraph of s. 9.1 speaks most immediately to the manner in which a private actor may exercise his or her fundamental freedoms and rights, and, thus, does not constitute a limit on the authority of government, the wording of the second paragraph makes clear that the particular grounds mentioned in this first paragraph must inform the analysis of any governmental action challenged on the basis of the *Quebec Charter*. Indeed, as the Supreme Court itself noted in *Ford*, in the second paragraph, "[t]he words 'In this respect' refer to the words 'maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec'."⁸⁰

That said, following *Ford*, Justice Deschamps concluded that the analytical approach developed in *Oakes* had to be followed, but failed to make the required distinction between the analytical approach to be followed, on one hand, and the level of judicial deference to be granted to legislative choices, on the other.⁸¹ Had she drawn normative consequences from the explicit text of s. 9.1, we submit that accepting the state's justification would have been made even more imperative. There obviously exists no textual sil-

78. This doctrine was applied by courts even before its formal codification in the Civil Code of Quebec. For an illustration of its application in the contractual sphere, see: *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122.

79. [2004] 2 S.C.R. 551, at par. 186.

80. *Ford*, *supra*, note 72, at p. 770.

81. *Chaoulli*, *supra*, note 11, at par. 48.

ver bullet, since the grounds of limitations have furry edges, but the expressions “democratic values”, “public order” (*ordre public*) and “general well-being of the citizens” certainly suggest that the burden of justification imposed on government is at least lighter than the one required under s. 1. Let us briefly consider them in turn.

First, what about “democratic values”, which is where the wording of s. 9.1 comes closest to that of s. 1? “Democracy” undeniably is a controversial concept, which may refer to more than popular sovereignty or majority rule. But there is nonetheless a strong argument for thinking that “respect for democratic values” at least means some level of respect (and thus deference) for representative institutions’ decisions on matters of social controversy, especially when the evidence is complex and largely inconclusive, (provided, of course, that those institutions actually allow for the meaningful participation of citizens in socio-political decision-making⁸² and that they abide by these citizens’ democratically expressed will when legally required to do so⁸³). And if “respect for democratic values” refers more broadly to what is “just”, it should be interpreted in a way which gives representative institutions considerable leeway in evaluating what belongs or not to that sphere.

“Public order”, for its part, is also a furry-edged notion. As a term of art, however, *ordre public* (like the English term *public policy*) refers to what can be described as a mix of positive and critical moralities,⁸⁴ including economic and social moralities.⁸⁵ But

82. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bertrand*, [2001] R.J.Q. 1684, at par. 71 (T.P.D.Q.).

83. *Commission des droits de la personne v. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511, 526 (T.P.D.Q.).

84. We borrow this terminology from H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1963), at 20: Positive morality is “the morality actually accepted and shared by a given social group” and critical morality refers to “the general moral principles used in the criticism of actual social institutions including positive morality”. In the same vein, within positive morality, Ronald Dworkin distinguishes between morality in “an anthropological sense” and morality “in a discriminatory sense”. See: R. DWORKIN, “Liberty and Moralism”, in *Taking Rights Seriously*, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), at 248.

85. Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, *The Private Law Dictionary*, 2nd ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1991), at 348, defines “public order” (*ordre public*) as:
Global conception of a society expressed in its basic institutions, its general principles and its imperative norms, the purpose of which is to protect and promote the basic values of the community.

ordre public has “a much broader connotation” than its common law functional equivalent, public policy.⁸⁶ Indeed, in the civil law tradition, which is especially relevant in Quebec, *ordre public* is understood as imposing limits to freedom of contract and referring to a set of core values deemed essential for the cohesion of the social order.⁸⁷ More specifically, *ordre public* is classically conceived of as having both a political and moral dimension, which protects a society’s most basic institutions, and a social and economic dimension, which allows the state to regulate economic exchanges.

Social and economic public order is itself divided into two different segments: directive public order, which refers to rules posited “in the interest of society at large and of its good government” and that “transcend mere individual interests to focus, albeit not exclusively, on collective interests”,⁸⁸ and protective public order, which aims at protecting the individuals who are the most likely to be adversely affected by unregulated economic exchanges. In practice, these conceptual distinctions are often blurred and the same law or provision may speak to both political and moral public order and social and economic public order. The same observation applies to protective and directive public orders.

Perhaps unsurprisingly given the above considerations, “public order” has been construed as referring to concepts such as national security, public safety, health and morality, as well as to the good functioning of the judicial system, the prevention of crime and the protection of rights and freedoms.⁸⁹

Bearing that in mind, provisions seeking to ensure the maintenance of a single-tier public medicare system by prohibiting pri-

Black’s Law Dictionary, 8th ed., St Paul. Thomson, 2004, at p. 1267, defines “public policy” (which is the common law equivalent of public order), as:

Broadly, principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society [...] 2. More narrowly, the principle that a person should not be allowed to do anything that would injure the public at large.

86. J.E.C. BRIERLEY and R.A. MACDONALD, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law* (Toronto: Emond Montgomery, 1993), at 194, No. 153.

87. See, for Quebec law, J.-L. BAUDOUIN and P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5th ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1998), at 150-160, Nos. 124-136, and, for French law, J. GHESTIN, “Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français”, in C. PERELMAN and R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit* (Brussels: Bruylant, 1984), at 77 ff.

88. J.-L. BAUDOUIN and P.-G. JOBIN, *ibid.*, at 160, No. 135.

89. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bertrand*, *supra*, note 82, at par. 72.

vate insurance contracts can arguably be seen as related, first, to political and moral public order, in that they prohibit the conclusion of a particular type of contract which is perceived as potentially undermining fundamental societal values such as equality, dignity and fairness in a policy area viewed as critically important from an individual perspective as well as from that of meaningful citizenship,⁹⁰ and, second, to social and economic public order, in that they regulate a field where vulnerable individuals would possibly, for lack of sufficient resources, be denied access to the market of health services if that market remained unregulated. One may reasonably disagree with this evaluation, but even when such disagreements are taken into consideration, it seems in any event clear that *ordre public*, as a source of limits to be imposed on rights, certainly encompasses measures which are connected to the maintenance of a single-tier public medicare system, as long as it would not be utterly irrational to do so in the circumstances. And even though rights-protection instruments must be interpreted in a broad and liberal manner, and that, arguably, the civil law meaning given to *ordre public* cannot be seen as entirely determinative of the meaning of the same expression in s. 9.1 of the *Quebec Charter*, it would be dubious to refuse for that sole reason to draw normative consequences from the presence in s. 9.1 of the concept of *ordre public*, especially, shall we add, considering that the *Quebec Charter* is expressly deemed to govern persons, relations between persons, and property in harmony with the *Civil Code of Québec*, and the general principles of law.⁹¹

For its part, “general well-being of the citizens” is another rather vague expression. Nevertheless, as we have mentioned earlier, the expression seems to be pointing towards a morality which affirms the priority of the “good” over the “just” (as opposed to a morality which affirms the priority of the “just”, or right, over the “good”), of which there are various sorts. On the one hand, it could suggest a kind of utilitarian/consequentialist calculus. Hence, limits to rights would be justified when the State’s measure maximizes the good of utility (or some other good(s), depending on the substance of the theory).⁹² As it has often been pointed

90. Health is indeed a primary good in the Rawlsian sense, that is, a good “which it is supposed a rational man [and woman] wants whatever else he [or she] wants.” See: J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971) at 92.

91. *Civil Code of Quebec*, Preliminary provision.

92. Within consequentialism, rights themselves are protected because they tend to increase the amount of good in the long run.

out, whatever notion of utility/good one uses, it is never easy to tell which of two competing measures would create optimal levels of it. But it can be surmised that legislatures are generally better placed than courts when it comes to such an evaluation.

On the other hand, “general well-being” can also be taken quite differently, as pointing towards non-consequentialist moralities of the good which give central importance to a set of fundamental “basic” goods, and whose political theory often gives pride to the classical notion of “common good”.⁹³ Taken in that sense, it could quite straightforwardly be argued that a reasonably efficient single tier public medicare system which treats everyone equally on the basis of need is an intricate part of a society’s search for justice and the common good, as it is grounded in the goods of community, solidarity, health, life and equality/fairness, all to be enjoyed in common.⁹⁴ This is indeed something that was hinted at by the minority in *Chaoulli*.⁹⁵

In sum, under the guise of democratic values, s. 9.1 arguably encompasses moralities which emphasize the just, while it refers more specifically to the good through references to public order and the general well-being of the citizens. By and large, this would call for more and not less judicial deference to legislative choices, as it opens up further justificative vistas. Very likely, in a context such as that of health policy and the delivery of services in complex situations, a more lenient justificatory process relating to considerations based on the good of the measure should prevail, thereby leaving the anti-private insurance provisions standing, again irrespective of whether they make sense or not from a socioeconomic standpoint. The rather peripheral nature of the “right to be treated within a certain timeframe” – which is essentially what the right vindicated by the majority judgment in *Chaoulli* boils

93. For an example of such a conception, see J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1980), esp. at Chapters IV (The Other Basic Values) and VI (Community, Communities, and Common Good). Hence, at pp. 155-56, Finnis defines one sense of “common good” as “a set of conditions which enables the members of a community to attain for themselves reasonable objectives, or to realize reasonably for themselves the value(s) for the sake of which they have reason to collaborate with each other (positively and/or negatively) in a community.” He then adds: “The common good in this sense is a frequent or at least a justified meaning of the phrases “the general welfare” or “the public interest”.”

94. In that sense, see: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bertrand*, *supra*, note 82, at par. 74.

95. *Chaoulli*, *supra*, note 11, at par. 223.

down to —, as opposed a potential core “right to be treated” only comforts this conclusion.

The above discussion by no means excludes the consideration of more specific factors in determining the appropriate level of deference under s. 9.1. For example, a court should arguably show more deference when 1) a government is implementing a comprehensive or universal program, 2) involving the allocation of scarce resources, or of resources about which citizens are somehow placed in a situation of competition, 3) that is available to a significant majority of citizens, or to all of them, and that is thus informed by egalitarian values cognizable from the standpoint of the Quebec Charter, 4) which generally seeks to confer a benefit to, or to protect, citizens placed in a situation of vulnerability, 5) where the government is not restricting one’s rights or freedoms in an individualized antagonistic context but is instead seeking to mediate between the competing claims of individuals and groups,⁹⁶ and 6) where the evidence is complex, inconclusive or controversial. Faced with such evidence, the government is, to use a civil law distinction, closer to being under an obligation of means than under an obligation of results.⁹⁷

The argument that, in such cases, courts are called upon to show a higher level of deference toward legislative decisions does not mean that they are *bound* to do so even when there is an undue disproportion between the ends and means. Indeed, they cannot eschew the proportionality analysis. However, the explicit wording of s. 9.1 compels them to take special care in examining the reasons advanced in support of the said decisions, and, faced with situations falling within the above-mentioned parameters, to resolve doubts in favour of the state. No more, but no less either.

96. On the judicial use of the distinction between the State as a singular antagonist of a rightholder and the State as a mediator between the claims of competing individuals and groups, see: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, note 72, at 933-934.

97. Importing for pedagogical purposes this distinction in a constitutional, or quasi-constitutional, law environment reveals even more clearly the problems plaguing the majority’s opinion in the *Chaoulli* case, as this opinion ends up imposing upon the government an obligation to demonstrate, on the basis of an unduly scientist understanding of the nature of the evidence to be administered under s. 9.1 of the *Quebec Charter* or s. 1 of the *Canadian Charter*, the *necessity* of the ban of private health insurance to safeguard the public nature of the health care system. By “majority opinion”, we are globally referring here to the judgments of Deschamps J., and McLachlin C.J. (Major and Bastarache JJ. concurring), which share a similar approach in respect of the nature of the evidence that the Quebec government ought to have adduced under either s. 9.1 or s. 1 in support of the constitutionality of the impugned provisions.

It is to be hoped that the Supreme Court will eventually address the distinctions between s. 9.1 of the *Quebec Charter* and s. 1 of the *Canadian Charter* more directly than it did in *Ford*. Although some could object that *Ford* has, for all practical purposes, settled the law in this respect and that calling for a reconsideration of that law is a quixotic endeavour, there are, as we hope to have shown, strong juridical reasons to revisit the rather weak ones comforting the blind conflation of s. 9.1 of the *Quebec Charter* and of s. 1 of the *Canadian Charter*.

Hence, we do not assume that courts of law are incompetent, from a constitutional standpoint, to address questions such as those raised in the *Chaoulli* case. Although the minority judges were right in mentioning that this case “[r]aises the issue of who it is that should resolve these important and contentious issues.” and that “[t]he debate is about social values”, their further statement that this debate “is not about constitutional law . . .”⁹⁸ appears less felicitous. Since legal characterization inevitably implies choices, relegating the issue outside the realm of constitutional law, or to its outskirts, does not make a judicial pronouncement that goes in that sense any less interventionist.⁹⁹ A better formulation would probably be that, precisely as a matter of constitutional law, courts of law should show more circumspection in second-guessing legislative decisions made about issues that, all things being equal, overwhelming resort to the good rather than to the just. In such a case, the interval of reasonableness and proportionality within which such decisions are taken should be acknowledged as broader. Ultimately, this view rests on the belief that legislative assemblies are legitimate constitutional interpreters, even when they have chosen not to formally legislate notwithstanding human rights,¹⁰⁰ and that their decisions deserve a heightened level of respect whenever they can reasonably be characterized as first and foremost concerning the good rather than the just.

98. *Chaoulli*, *supra*, note 11, at par. 166.

99. P. MOLINARI, “Les paradoxes de la société distincte”, Montreal, *La Presse*, June 10, 2005, at A15.

100. H. BRUN, *supra*, note 60; P. GARANT, “Recours justifié à la clause dérogatoire si le gouvernement en a le courage”, Québec City, *Le Soleil*, June 10, 2005, at A15. The Quebec Charter’s “notwithstanding clause” is found at s. 52, which provides that “no provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, *unless such Act expressly states that it applies despite the Charter*.” (our emphasis).

As we have argued previously, this is especially true given the explicit indications found in that sense in the wording of s. 9.1 of the *Quebec Charter*, but it could be true even under the more stringent standard posited in s. 1 of the *Canadian Charter*. As noted, the *Oakes* “test” itself carries very little substantive guidance. It simply mandates a balancing exercise, and has been applied in widely divergent ways. In the early days of the *Charter* what, loosely following Ronald Dworkin, we may call a “Taking Rights Seriously” attitude to s. 1 was prevalent. For instance, in *Singh*, it was said that mere utilitarian considerations would generally not be enough to justify the infringement of a right; and in *Oakes* it was said that any *prima facie* infringement of a Charter rights-provision amounted to a “violation of constitutionally protected rights”, that the burden of proof on the government was a steep one, etc.¹⁰¹ This attitude, of course, has been mollified as early as in *Edwards Books*,¹⁰² but it regularly comes back and the Court has constantly oscillated between the “Taking Rights Seriously” interpretation and a more deferential one based notably on institutional and democratic considerations.

The “Taking Rights Seriously” interpretation is a contentious one, but it is one that fits rather well the text of s. 1, which states that rights are guaranteed and that they can *only* be subject to limits that are *reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society*. But even under such a test, there are many reasons to believe that in *Chaoulli* the limits should have been found to be reasonably justified, particularly on a straight liberal-egalitarian interpretation of s. 1.¹⁰³ In fact, the only coherent political philosophy that could be plausibly invoked in order to

101. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This attitude had indeed some broad affinities with some statements made by Ronald Dworkin (although it amounted to a rather rough and ready application of them). R. DWORKIN, *supra*, note 44, esp. ch. 4 (Hard Cases) and 7 (Taking Rights Seriously).

102. *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

103. Following, for instance, the liberal-egalitarianism of Rawls or Dworkin. J. RAWLS, *op. cit.*, note 90; R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000). It is not fanciful to believe that the Supreme Court’s conception of what is justified in a free and democratic society loosely followed such well-known forms of liberal egalitarianism. In *Oakes*, for instance, Chief Justice Dickson stated that in interpreting s. 1, “[. . .] the Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society [. . . such as] respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. *Oakes*, *supra*, note 101 at p. 136.

sustain the result reached by the Court is American style right-libertarianism.

CONCLUSION

Irrespective of whether or not one supports the involvement of the private sector in the delivery of health care services in Canada, we are of the view that, as a matter of law, the minority's reasons in *Chaoulli* are by far more convincing than those of the majority, especially regarding the interpretation to be given to the *Quebec Charter*. On this front, while refraining from making declarations about the need to enhance this Charter's distinctness and possibly that of Quebec society as well, minority judges actually manage to give a tangible say to both. Indeed, not only are they practically giving meaning to the explicit differences between the Canadian and Quebec Charters, they also concretely allow space for the expression of the National Assembly of Quebec's policy choices. This approach starkly contrasts with that of Madam Justice Deschamps who, in spite of a formal pledge to enhance the said Charter's distinctness, does not hesitate in *Chaoulli* to refer to a feature of the Canadian identity¹⁰⁴ which is hardly recognized or valued as such by a majority of Quebecers while practically obliterating the most striking specificities of the *Quebec Charter*.¹⁰⁵ All things considered, it may be that the paradoxes of distinctness are indeed more satisfyingly addressed and managed through informality and pragmatism rather than through formality and solemn declarations . . .¹⁰⁶

104. *Chaoulli*, *supra*, note 11 at par. 16.

105. For Quebecers, the public health care system is arguably not an identity marker, and a majority of them support it not so much because they view a public system as a central feature of Canadian identity – an identity, it must be recalled, to which a significant number of them are at best indifferent – but first and foremost because they are committed to social-democratic ideals. It is possibly this fact that accounts for the rather lukewarm reception reserved to arguments in favor of the use of the Charters' notwithstanding clauses to protect the pre-*Chaoulli* status quo.

106. For a remarkable examination of explicit and implicit approaches to the recognition and management of distinctness, see: R.A. MACDONALD, "The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: The Canadian Experiment", in K. KULCSAR and D. SZABO, eds., *Dual Images. Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (Budapest: Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Sciences and Royal Society of Canada, 1996), p. 52.

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation

Michelle GIROUX*

Introduction	257
I. La question de la connaissance des origines biologiques en droit québécois	259
A. Aperçu des règles en matière de filiation par le sang, d'adoption et de procréation assistée	259
B. Changements à envisager : la perspective des droits fondamentaux	270
II. Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques en droit international	273
A. Une tendance vers la reconnaissance	273
B. Impact du droit fondamental de connaître ses origines sur le droit québécois de la filiation	286
Conclusion	292

* Professeure agrégée à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. L'auteure désire remercier la Fondation du Barreau du Québec pour la subvention accordée pour réaliser cet article. Des remerciements vont aussi à son collègue le professeur Alain-François Bisson, de l'Université d'Ottawa, pour ses commentaires fort appréciés. Finalement, l'auteur remercie également ses assistants de recherche, tous de la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa : Hugo-Pierre Gagnon et Demeena Kaur Seyan pour leur excellente recherche jurisprudentielle au tout début du projet, Mélanie Beaumier, pour son aide plus récente à la recherche documentaire et pour ses résumés exhaustifs et David Robitaille, étudiant au doctorat, pour sa grande rigueur et son assistance dans la rédaction des aspects plus techniques du droit constitutionnel.

INTRODUCTION

La question de la recherche des origines biologiques se pose de plus en plus. Plusieurs changements relancent cette quête des origines. Du côté scientifique, pensons au test d'ADN, qui permet de faire rimer avec beaucoup plus de certitude qu'avant filiation avec vérité biologique. En effet, la filiation par le sang tend de plus en plus vers l'établissement de la vérité biologique, alors que ses fondements reposent non pas seulement sur la vérité biologique, mais aussi sur la vérité sociale et affective. Par contre, les progrès en matière de procréation assistée rendent possible la naissance d'un enfant qui n'a pas de lien biologique avec l'un des parents sociologiques ou les deux, soit parce que l'enfant est conçu en ayant recours à un don de sperme ou d'ovule, ou soit parce qu'il est carrément conçu à la suite d'un don d'embryon. Ainsi, les revendications sont de plus en plus nombreuses en faveur de la connaissance des origines biologiques¹. Aussi, les changements sociaux ont entraîné une redéfinition de la famille,

1. Édith DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle au Québec présent et futur », dans Claudine BOURG (dir.), *L'infertilité – Procréation médicalement assistée – Adoption, filiation – Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1992, p. 91 ; « Droit de la filiation et progrès scientifiques », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 173, aux p. 183 et s. et « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? », dans GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Sortir la maternité du laboratoire. Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1988, p. 164. Voir également son témoignage devant la Commission des affaires sociales, dans QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 39, n° 6 (30 mars 2006). Le Conseil du statut de la femme dénonce aussi le fait notamment que la question du droit aux origines n'a pas fait l'objet de débats de société, voir QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 39, n° 5 (29 mars 2006) (Diane LAVALLÉE). Voir QUÉBEC, COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES, FÉDÉRATION DU QUÉBEC POUR LE PLANNING DES NAISSANCES, *Mémoire de la Fédération du Québec pour le planning des naissances*, mars 2006, où cette dernière fédération recommande la mise en place de mécanismes pour « le respect des droits des enfants de connaître leur origine ». Voir aussi CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Avis. Prendre en compte la diversité des familles*, Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, 2005. Dans cet avis, le Conseil émettait le souhait que la recherche des origines devrait être « encouragée et soutenue » dans le contexte de « l'adoption plénière et [de] certaines techniques de reproduction assistée », p. 85. En 1995, Jacques BEAULNE, « Réflexions sur quelques aspects de la procréation médicalement assistée en droit des personnes et de la famille », (1995) 26 *R.G.D.* 235, 261, affirmait « qu'on observait à l'heure actuelle un mouvement plus favorable au droit pour l'enfant de connaître ses origines ». Voir également SÉNAT FRANÇAIS, « Le droit à la connaissance de ses origines génétiques », en ligne : <<http://www.senat.fr/lc/lc70/lc70.html>> (date d'accès : 12 mai 2006).

de la parenté². En l'occurrence, l'homoparenté vient ainsi relancer, d'une façon encore plus criante, la question de la connaissance des origines génétiques lorsque l'enfant naît, à l'aide de la procréation assistée, de mères lesbiennes. Finalement, ajoutons que la question de l'identité personnelle prend aussi de l'importance dans le contexte de l'adoption. Dans certaines situations où il serait préférable de ne pas couper tous les ponts avec la famille d'origine, on remet en question l'adoption fermée³.

D'autre part, la reconnaissance plus grande des droits fondamentaux de la personne a fait évoluer les valeurs, les mentalités dans les sociétés contemporaines. Ce fait n'est pas non plus étranger aux réclamations grandissantes concernant le droit de connaître ses origines biologiques. La question de la connaissance des origines biologiques a toujours été controversée à travers le monde. Poser la question en termes de droit fondamental élimine cette controverse⁴. En effet, la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux dans plusieurs textes de lois dont non les moindres, les lois constitutionnelles, a forcé les différents intervenants, qu'ils soient notamment législateurs ou tribunaux, à réfléchir davantage aux impacts de leurs lois ou de leurs décisions sur les droits et libertés de la personne. Ces droits et libertés influencent le contenu de la règle de droit, les juges et jusqu'à un certain point, les comportements ou pratiques juridiques et sociales⁵.

Une seule question subsiste alors : existe-t-il un droit fondamental de connaître ses origines biologiques ? Si oui, on n'a plus qu'à s'assurer que les normes juridiques s'y conforment. À défaut, les tribunaux pourront utiliser leur pouvoir d'invalidier une loi qui ne respecterait pas ce droit.

2. Voir notamment Françoise-Romaine OUELETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?*, coll. : « Culture et Société », Québec, P.U.L., 2005.

3. Voir notamment Dominique GOUBAU, « Open adoption in Canada », dans A. FINES et U. NEIREINCK (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs*, L.G.D.J., 2000, p. 63 ; Françoise-Romaine OUELETTE, « L'adoption devrait-elle toujours rompre la filiation d'origine ? Quelques considérations éthiques sur la recherche de stabilité et de continuité pour l'enfant adopté », dans Françoise-Romaine OUELETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *ibid.* ; Françoise-Romaine OUELETTE et Géraldine MOSSIÈRE, « La circulation des informations sur les origines des adoptés internationaux », dans C. LACHARITÉ et G. PRONOVOST (dir.), *Comprendre la famille*, Actes du 7^e symposium québécois de recherche sur la famille, Presses de l'Université du Québec, 2004, p. 153.

4. Comme l'affirme J. BEAULNE, « On peut d'ailleurs se demander si la recherche de ses origines constitue un véritable droit de la personne, auquel cas il ne devrait pas être nécessaire de recourir au tribunal pour faire valoir ce droit à une information fondamentale : l'enfant, devenu adulte, aurait le droit de connaître l'identité de ses parents génétiques dès que ces derniers sont d'accord », *loc. cit.*, note 1, p. 261.

S'il existe un droit fondamental, comment se définit-il ? Comme tout droit, il n'est pas absolu, alors quelle est sa portée ?

Au Québec, le principe de la recherche des origines a fait partie des préoccupations du législateur, sans par ailleurs que ce dernier lui ait donné une interprétation très large. Nous ferons d'abord un bref survol des règles en matière de filiation (I.A.), puis aborderons la question des changements à envisager à la lumière des droits fondamentaux (I.B.). En deuxième partie, nous nous attarderons sur la question du droit fondamental de connaître ses origines. Comme la jurisprudence est quasi inexistante sur la question en droit interne, l'analyse de cette question passera par l'étude du droit international, c'est-à-dire, des décisions des tribunaux de droits humains au plan international où se dessine une tendance vers la reconnaissance d'un tel droit (II.A.). Finalement, nous examinerons l'impact de cette tendance en droit québécois (II.B.).

I. LA QUESTION DE LA CONNAISSANCE DES ORIGINES BIOLOGIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS

A. Aperçu des règles en matière de filiation par le sang, d'adoption et de procréation assistée

Tant en matière de filiation par le sang, d'adoption que de filiation par procréation assistée, la question de la recherche des origines se pose. Au Québec, cette dernière a fait partie des préoccupations du législateur, mais comme nous l'avons affirmé, ce principe n'a pas été interprété largement⁶.

En matière de filiation par le sang, le système québécois adopte le modèle romaniste qui vise la vérité biologique dans l'établissement du lien de filiation, mais reconnaît aussi l'importance des éléments social et affectif de cette dernière. En effet,

5. Voir notamment France ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (Mars 2003) NS R. du B. 1.

6. Voir les discussions à l'Assemblée nationale en matière d'adoption ou de procréation assistée où on semble tenir pour acquis qu'il existe un droit à la connaissance des origines lors de l'étude détaillée du projet de loi 125 – *Code civil du Québec*, en Commissions parlementaires. Voir QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 7 (5 septembre 1991), p. 254 à 261, 271 et 273 ; QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 30 (5 décembre 1991), p. 1231 à 1242 ; QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 33 (10 décembre 1991), p. 1333 à 1335.

tant les modes de preuve non judiciaires de la filiation (acte de naissance⁷, possession d'état⁸, présomption de paternité⁹ et reconnaissance volontaire¹⁰) que l'établissement judiciaire de la filiation¹¹ favorisent le plus possible la vérité biologique, sans toutefois ne reposer que sur elle. Par exemple, dans le cadre du contentieux de la filiation, les articles 530 et 531 C.c.Q. prévoient que la vérité biologique ne peut prévaloir lorsque la possession d'état est conforme à l'acte de naissance. Ce principe vise la stabilité de la filiation de l'enfant.

Le droit de la filiation évolue¹². De façon générale, on peut dire qu'une meilleure reconnaissance des droits et libertés des enfants a été primordiale dans le cadre des changements législatifs en matière de protection des enfants. Depuis 1980, le *Code civil du Québec* affirme, à son article 522 C.c.Q., que « [t]ous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations quelles que soient les circonstances de leur naissance »¹³. Le principe d'égalité des enfants et le respect de leur meilleur intérêt¹⁴ ont été des facteurs influents de cette évolution. Par exemple, la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. n'a plus la force prépondérante qu'elle avait auparavant dans l'établissement de la filiation. Le meilleur moyen de preuve est devenu l'acte de naissance. Ceci démontre bien le changement des valeurs dans la société québécoise qui accorde une place moins importante au mariage dans l'établissement de la filiation¹⁵ et plus grande à la volonté¹⁶.

Plus récemment, en 2002, le législateur a modifié le Code en ajoutant l'article 535.1 C.c.Q. rendant ainsi possible, dans le cadre d'une action relative à la filiation, une ordonnance du tribunal

7. Art. 523 C.c.Q.

8. Art. 523 et 524 C.c.Q.

9. Art. 525 C.c.Q.

10. Art. 526 à 529 C.c.Q.

11. Art. 530 et s. C.c.Q.

12. Voir notamment E. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle au Québec présent et futur », *loc. cit.*, note 1, p. 92 et s. et Marie PRATTE, « Le nouveau *Code civil du Québec* : Quelques retouches en matière de filiation », dans Ernest CAPARROS, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 283.

13. Art. 522 C.c.Q.

14. Art. 33 C.c.Q.

15. Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, P.U.L., 2005, p. 187 et 188.

16. Voir F.-R. OUELLETTE et al., *op. cit.*, note 2, plus particulièrement le texte de Anne CADORET, « Constructions familiales et engagement », p. 89. Voir aussi Martine GROSS, *L'homoparentalité*, 2^e éd., coll. « Que Sais-je ? », Paris, P.U.F., 2005, p. 51-52.

obligeant à se soumettre à une « analyse permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique d'une personne visée par l'action ». Cette modification est survenue peu de temps après le jugement dans l'affaire *A.P. c. L.D.*¹⁷, qui avait fait valoir la question du droit fondamental à connaître ses origines biologiques dans le contexte d'une action en matière de filiation par le sang. Ainsi, la vérité biologique s'impose de plus en plus en matière de filiation par le sang avec les tests d'ADN et, de façon générale, les fondements de la filiation sont ébranlés.

Quoi qu'il en soit, mentionnons que la question des origines dans le contexte de la filiation par le sang exige un traitement particulier, en l'occurrence il s'agit de revoir l'équilibre entre les différents fondements de la filiation. C'est pourquoi nous nous contentons d'exprimer quelques idées générales et insisterons davantage sur la filiation adoptive et encore plus sur celle issue de la procréation assistée. En effet, il importe de ne pas confondre filiation et droit de connaître ses origines, bien que nous soyons conscients que ce dernier peut avoir un impact sur le premier.

Comme le mentionne Odile Roy dans son commentaire de l'affaire *Odièvre*¹⁸ portant sur l'accouchement anonyme en France, « il ne s'agit pas ici de discuter du rôle que doivent jouer respectivement les facteurs biologique et sociologique dans la définition de la filiation »¹⁹. En ce sens, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande fait une distinction tout à fait appropriée entre la question de la paternité et celle de la filiation : « [t]he question of paternity is one of fact and not law. Therefore, although an adoption order may alter the legal consequences of parentage, it cannot change the fact of the natural parentage »²⁰.

En ce qui concerne l'adoption, le C.c.Q. prévoit comme principe, par une fiction du droit, que l'adoption rompt le lien de filiation d'origine²¹, la seule exception à ce principe étant

17. *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).

18. *Odièvre c. France*, [GC] n° 42326/98, CEDH 2003-III (ci-après : *Odièvre*).

19. Odile ROY, « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Odièvre* contre France », dans Peter LODRUP et Eva MODVAR (dir.), *Family Life and Human Rights*, Trondheim, Gyldendal Norsk Forlag, 2004, p. 603, à la p. 606.

20. *Hemmes c. Young*, [2004] NZCA 289 (26 novembre 2004), par. 20.

21. L'article 577 C.c.Q. précise : « L'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile. »

l'adoption de l'enfant d'un conjoint. Cette dernière ne rompt pas le lien de filiation entre l'enfant et ce conjoint²².

Au-delà de la question du lien filial comme tel, en ce qui a trait au processus, les données sont en principe confidentielles²³. Quant aux liens entre enfants adoptés et parents biologiques, au départ, le principe était la confidentialité du processus. Depuis 1982²⁴, les retrouvailles entre enfants adoptés et leurs parents biologiques sont possibles, par le biais de l'article 632 C.c.Q. (1980)²⁵. L'article 583 du nouveau Code civil reprend en substance ce qui était énoncé à l'article 632 C.c.Q. (1980), tout en élargissant les possibilités de retrouvailles. Il permet à l'adopté majeur ou mineur âgé de 14 ans et plus d'accéder à l'information sur ses parents biologiques, à la condition que ceux-ci aient donné leur consentement à cet égard²⁶ et qu'il n'y ait pas de sollicitation²⁷. Cette recherche des origines est également possible pour le mineur de moins de 14 ans, à la condition que non seulement les parents biologiques, mais aussi les parents adoptifs, y aient consenti²⁸. Les parents biologiques ont aussi accès aux informations contenues dans le dossier d'adoption à partir de la majorité de l'enfant adopté et à la condition que ce dernier y ait consenti²⁹.

22. Art. 579, al. 2 C.c.Q.

23. Art. 582, al. 1 C.c.Q. L'alinéa 2 permet qu'à titre exceptionnel le dossier d'adoption puisse être consulté, mais à la condition que l'anonymat des personnes en cause soit respecté. Voir M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 284.

24. Avant cette date, des retrouvailles avaient été organisées de façon plus informelle en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, c. 48. Voir Suzanne PILON, « Les retrouvailles en matière d'adoption », (1985) 45 *R. du B.* 5, 806 et Andrée RUFFO, « Adoption et représentation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 133, à la p. 150.

25. Les recherches démontrent que les enfants adoptés sont plus heureux s'ils apprennent le plus tôt possible les détails concernant leurs origines. Voir Lena JONSSON, « Artificial Insemination in Sweden » et Rona ACHILLES, « Anonymity and Secrecy in Donor Insemination : In Whose Best Interests ? », dans CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *op. cit.*, note 1, p. 148 et 156. Pour plus d'informations sur la consultation des dossiers d'adoption et les retrouvailles, voir Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec*, coll. : Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 76 à 82.

26. Art. 583 C.c.Q. Il faut noter que pour l'enfant mineur, cela n'est possible que depuis la réforme de 1991, M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 305.

27. Art. 583, 3^e alinéa C.c.Q. ; Voir *Droit de la famille* – 27, [1984] C.A. 526, où la Cour d'appel a précisé que le fait de vérifier auprès des parents leurs intentions concernant une éventuelle prise de contact avec leur enfant biologique ne constituait pas de la sollicitation au sens de l'article 632 C.c.Q. (1980) (nos soulignements).

28. Art. 583, 2^e alinéa C.c.Q.

29. Art. 583 C.c.Q. Il faut rappeler que selon l'alinéa 3 de ce même article (presque au même effet que 632 C.c.Q. (1980)), les « consentements ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation [et que] un adopté mineur ne peut [...] être informé de la demande de renseignements de son parent ». Ainsi, la précision apportée par la Cour d'appel, *supra*, note 27, voulant que la prise de contact ne constitue pas de la

Il importe d'ajouter que la divulgation du statut d'adopté à une personne, en l'absence d'exception aux règles en matière d'autorité parentale³⁰, est une liberté qui appartient aux parents adoptifs³¹. De plus, l'article 583 C.c.Q. interdit aux parents biologiques d'enclencher tout processus de retrouvailles lorsque l'enfant est mineur, ce qui évite ainsi à ce dernier d'apprendre par surprise sa situation d'enfant adoptif. En ce qui a trait à la personne majeure, tant le libellé de l'article 583 C.c.Q. que celui de l'article 632 C.c.Q. (1980) laissent croire qu'on devrait lui transmettre toute demande de renseignements en provenance des parents biologiques, sans être certain qu'elle soit informée de cet état de fait³². Toutefois, la jurisprudence est venue préciser que le majeur ne devrait pas apprendre par surprise son statut d'adopté³³.

Finalement, l'article 584 C.c.Q. permet, sur demande au tribunal, d'accéder à ces informations « lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé de l'adopté, majeur ou mineur, ou de l'un de ses proches parents, s'il est privé des renseignements qu'il requiert (nos soulignements) ».

En ce qui a trait à l'interprétation du terme « santé », elle inclut non seulement la santé physique, mais aussi la santé psychologique³⁴, étant entendu que le risque à la santé doit être « grave »³⁵. Ce sont « [l]es personnes du service d'adoption [qui]

sollicitation, a permis de rectifier le tir, puisque l'adoption de l'article 632 C.c.Q. (1980) constituait un certain recul par rapport à la pratique des retrouvailles, qui s'était développée, sous l'article 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, du moins à Montréal, et qui permettait le contact avec les parents sans que ces derniers aient préalablement consenti, *supra*, note 24.

30. Art. 597 et s. C.c.Q.

31. M. OUELLETTE, « Les aspects juridiques liés aux NTR », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, Collection d'études de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993, p. 693, à la p. 707. Cette affirmation démontre une évolution vers une plus grande reconnaissance du droit aux origines.

32. M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 285 et 286.

33. Voir *Droit de la famille – 657*, [1989] R.J.Q. 1693 (C.Q.), où la Cour, dans le contexte de l'article 632 C.c.Q. (1980), a refusé de dévoiler le statut d'adoptée à une femme de 26 ans, qui était par ailleurs enceinte. Voir aussi l'affaire *Droit de la famille – 2427*, [1996] R.J.Q. 1451 (C.Q.), portant sur l'article 583 C.c.Q., au même effet que l'ancien 632 C.c.Q. (1980), où le juge dit que les possibilités de retrouvailles ne s'adressent qu'aux personnes qui connaissent leur statut.

34. *Droit de la famille – 2367*, [1996] R.J.Q. 829 (C.Q.) ; *Droit de la famille – 2835*, [1997] R.D.F. 903 (C.Q.). La Cour d'appel ne s'est jamais prononcée sur la question. Voir également M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 284 et M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 305.

35. *F.C. (Dans la situation de)*, B.E. 2003BE-229 (C.Q.) ; *Droit de la famille – 2367*, [1996] R.J.Q. 829 (C.Q.) ; *Droit de la famille – 2835*, *ibid.* ; *Droit de la famille – 657*, précité, note 33.

agiront comme intermédiaires pour transmettre les renseignements [dont le tribunal aura autorisé la divulgation] »³⁶.

Finalement, en ce qui a trait à la procréation assistée, il faut d'abord mentionner que, conformément à l'article 538.2 C.c.Q. : « L'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu ». De plus, tout comme nous l'avons mentionné en matière d'adoption, et ici de façon plus importante étant donné l'absence de règles sur les retrouvailles, qui peuvent en théorie exercer une certaine pression sur les parents de dévoiler à leur enfant leur statut d'enfant adopté, la prérogative d'informer l'enfant sur la façon dont il a été conçu revient au titulaire de l'autorité parentale³⁷.

Sur le plan de la connaissance des origines, ajoutons que l'article 542 C.c.Q. prévoit la confidentialité des données d'un enfant ainsi conçu³⁸. Ainsi, la transmission des informations nominatives et non nominatives concernant le donneur est interdite. Par contre, à titre exceptionnel, il permet à ce même enfant ou à ses descendants, la recherche de données médicales, pour des motifs de santé (en prouvant un préjudice grave), de façon non

36. M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 284.

37. Art. 597 et s. C.c.Q. Voir aussi M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 31, à la p. 710. Selon la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée. Document de travail n° 65*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1992 : « [i]mposer aux parents le devoir de divulguer à l'enfant l'origine de sa naissance pourrait en effet être perçu comme un empiètement inconstitutionnel sur le droit fondamental des parents de prendre les décisions qu'ils jugent bien fondées concernant la façon d'élever leurs enfants », p. 169. Je suis d'accord avec cet énoncé, car le respect d'une telle règle demeurerait utopique. Par ailleurs, voir *Droit de la famille* – 657, [1989] R.J.Q. 1693 (C.Q.), qui insiste sur le fait que « depuis 1982, date d'entrée en vigueur de l'article 632, les nouveaux adoptants ont l'obligation implicite [même si l'art. 632 C.c.Q. (1980) ne l'impose pas] de faire connaître à l'enfant son statut ». D'autres moyens peuvent par ailleurs être utilisés pour faciliter la transparence et la vérité. Voir par exemple la solution proposée en Nouvelle-Zélande qui suggère d'utiliser le certificat de naissance d'un enfant comme mécanisme permettant à celui-ci de connaître le mode de sa conception, dans LAW COMMISSION TE AKA MATUA O TE TURE, *Report 88. New Issues in Legal Parenthood*, Wellington, New Zealand, Law Commission, April 2005, chap. 10, 10.44 et s.

38. Art. 542 C.c.Q. : « Les renseignements nominatifs relatifs à la procréation médicalement assistée d'un enfant sont confidentiels ». Cet article est conforme aux recommandations que le Barreau avait formulées dans son rapport de 1988, BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport du comité sur les nouvelles technologies de reproduction*, (1988) 48 R. du B. supplément. La recommandation 14 précisait : « Que le secret des origines soit reconnu de façon à protéger la confidentialité du recours aux nouvelles technologies de reproduction et à respecter la vie privée de toutes les parties ».

nominative et par l'entremise du tribunal. En effet, le deuxième alinéa de l'article 542 C.c.Q. énonce :

Toutefois, lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé à la santé d'une personne ainsi procréée ou de ses descendants si cette personne est privée des renseignements qu'elle requiert, le tribunal peut permettre leur transmission, confidentiellement, aux autorités médicales concernées. L'un des descendants de cette personne peut également se prévaloir de ce droit si le fait d'être privé des renseignements qu'il requiert risque de causer un préjudice grave à sa santé ou à celle de l'un de ses proches.³⁹ (nos soulignements)

Quant à la définition du terme « santé » utilisé à l'article 542 C.c.Q., il est entendu qu'il pourrait s'interpréter à la lumière de la jurisprudence sur l'article 584 C.c.Q. en matière d'adoption pour inclure la santé psychologique⁴⁰. Cependant, cette dernière hypothèse a ses limitations du fait qu'on restreint la divulgation aux autorités médicales⁴¹.

De prime abord, il peut sembler paradoxal de constater qu'en matière de filiation par le sang on accorde une place grandissante à la vérité biologique, alors qu'en matière de procréation assistée, on refuse encore l'accès aux origines⁴². De plus, quand on permet

39. Sur ce plan, le droit est, à peu de chose près, au même effet que les recommandations 15 et 16 du Barreau, *ibid.*, quoique ce dernier précisait que l'exception qui permettait l'identification des donneurs était applicable dans deux situations : « la première étant celle où la recherche des origines génétiques est nécessaire pour sauver une vie humaine [et non le critère un peu plus large retenu dans le Code, c'est-à-dire, « un risque de préjudice grave à la santé »] ; la seconde étant le cas où l'impossibilité de connaître ses géniteurs entraîne pour l'enfant des troubles psychologiques majeurs ». Cette dernière possibilité n'est pas précisée expressément.

40. M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 31, à la p. 707.

41. *Ibid.* Voir aussi Benoît MOORE, « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? : Perspectives québécoises », (2003) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 57, 70 ; É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 104. Soit dit en passant, le Barreau était plutôt défavorable à l'idée de permettre des retrouvailles, mais était prêt à les considérer dans des cas exceptionnels. À la page 27 de son Rapport, *op. cit.*, note 38, on peut lire : « Ces retrouvailles ne pourraient avoir lieu que dans les cas les plus graves, si les donneurs y consentent et selon les modalités les moins perturbantes possibles. Enfin, si un tel système est mis sur pied, il faudrait désormais avertir les donneurs de gamètes de cette possibilité de divulgation. D'autre part, cette règle ne devrait pas avoir de portée rétroactive ». Il faut aussi ajouter que la question des origines ne faisait pas l'unanimité des membres de ce comité. En effet, « certains membres du comité considèrent cette position trop restrictive estimant, pour leur part, qu'au même titre que l'enfant adopté, l'enfant issu des techniques de reproduction artificielle devrait pouvoir, à sa majorité, connaître ses origines », aussi à la p. 27. Voir aussi M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 298 et s. ; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 1, p. 262.

42. Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865. Voir aussi Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle », dans Service de la formation perma-

une certaine quête d'informations, en l'occurrence pour des motifs de santé, lorsque l'on compare avec l'adoption, on constate que l'information est plus généralement accessible dans cette dernière situation⁴³. Dans le contexte des changements importants dans la famille qui est désormais plurale, certains auteurs dénoncent la pratique du secret⁴⁴. Par ailleurs, comme juriste, on peut se demander si cette pratique est conforme à l'article 522 C.c.Q. qui prévoit l'égalité entre les enfants peu importe le mode d'établissement de leur filiation⁴⁵ ? Est-ce respectueux du droit aux origines ?

Au contraire, la *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*⁴⁶ repose sur le postulat que le droit aux origines existe⁴⁷, ce qui n'est pas sans créer de conflits d'interprétation

nente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (2002), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75, à la p. 93 ; É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 94.

43. B. MOORE, *loc. cit.*, note 41, p. 70, dit que le fait de restreindre la divulgation aux autorités médicales « rend cette exception partiellement inefficace lorsque le préjudice est d'ordre psychologique ». Marie-Christine KIROUACK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 369, à la p. 481, fait aussi remarquer la différence de traitement entre les enfants adoptés et ceux issus de la procréation assistée.
44. Rona ACHILLES, *loc. cit.*, note 25, p. 162 : « In sum, it is my view that the current practices of anonymity and secrecy surrounding donor insemination are designed to "normalize" the families created to the cultural norm of the nuclear biologically tied family ». Voir également É. DELEURY, « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? », *loc. cit.*, note 1, à la p. 166.
45. É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle au Québec présent et futur », *ibid.*, p. 104.
46. L.C. 2004, c. 2, art. 14 à 19, adoptée en 2004, entrée en vigueur progressivement à partir du 29 mars 2004 (ci-après citée selon son titre abrégé : *Loi sur la procréation assistée*). La plupart des articles sur les activités interdites et réglementées sont entrées en vigueur le 22 avril 2004. Principalement, cette loi vise à « interdire le clonage humain et d'autres activités inacceptables ; protéger la santé et la sécurité des personnes qui utilisent des techniques de procréation assistée au Canada ; faire en sorte que la recherche relative à la procréation assistée [...] ait lieu dans un environnement contrôlé. [À ses articles 21 et s.,] la Loi établit également l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée, chargée de l'autorisation, de l'inspection et de l'application des activités régies par la Loi ». Pour une analyse descriptive comparative entre la loi fédérale et la loi provinciale du Québec, voir CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Mémoire présenté devant la Commission des affaires sociales, projet de loi 89, Annexe II, *Étude comparative des lois fédérale et provinciale : Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, L.C. 2004, c. 6 ; *Projet de loi n° 89 : Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, Montréal, 2005, préparée par M.-C. KIROUACK. Voir aussi de cette même auteure, *loc. cit.*, note 43, p. 369.
47. M.-D. CASTELLI, D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 239. M.-C. KIROUACK, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation... », *ibid.*, p. 481.

avec le droit québécois qui, comme on vient de le voir, est beaucoup plus restrictif sur cette question⁴⁸. La transmission des renseigne-

Cela va dans le sens du Rapport de la COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur. Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, volume 1, Ottawa, Ministère de Services gouvernementaux Canada, 1993, qui recommandait que les parents ayant eu recours à la procréation médicalement assistée, de même que leurs enfants, aient accès en tout temps aux renseignements non nominatifs concernant le donneur de gamètes (voir recommandation numéro 94i) iii)). La Commission recommandait également que, tout comme pour les informations non nominatives, les informations nominatives au sujet du donneur soient recueillies et conservées de façon hautement sécuritaire et que ces renseignements puissent être révélés exceptionnellement pour des raisons de santé physique ou psychologique importantes chez l'enfant, sur autorisation du tribunal (voir recommandation numéro 94 k) et l)). Un peu plus tard, c'est-à-dire en décembre 2001, le Comité permanent de la santé, CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, COMITÉ PERMANENT DE LA SANTÉ, *Assistance à la procréation : bâtir la famille*, Ottawa, Chambre des communes Canada, décembre 2001 (aussi connu sous le nom de *Rapport Brown*, du nom de sa présidente) (ci-après cité : Comité permanent de la santé), dans son rapport à la suite de l'étude de l'avant-projet de loi fédéral sur la procréation assistée, s'était montré lui aussi majoritairement en faveur d'un système ouvert de don :

« Nous avons été particulièrement frappés par les arguments en faveur d'un système ouvert qui ne traiterait pas les enfants comme des produits de consommation à négocier entre adultes consentants comme les parents, les donneurs et les médecins. Nous convenons que le don de gamètes et d'embryons peut être l'équivalent d'une adoption. Comme pour l'adoption, nous voulons un système de don réglementé, non commercial et transparent, où les dossiers sur les dons sont étroitement contrôlés, mais accessibles à ceux qui ont besoin de renseignements pertinents. Nous croyons aussi que les enfants nés de mères porteuses devraient avoir pleinement accès aux renseignements », p. 21 et 22. Et il ajoutait :

« Dans un système ouvert, sans secrets, nous aimerions une stratégie conjuguant législation et éducation, visant particulièrement les médecins et les autres facilitateurs des dons. Nous voulons qu'avant le don, le donneur soit pleinement informé des conséquences possibles de l'assistance à la procréation, notamment la progéniture qui sera la sienne. Selon nous, seuls les donneurs qui consentent à divulguer leur identité à leur progéniture devraient être acceptés. À notre avis, en cas de conflit entre le droit à la protection des renseignements personnels du donneur et le droit de l'enfant à connaître ses antécédents, ceux de l'enfant doivent primer. Nous avons besoin d'un système qui responsabilise le don et sensibilise davantage la population. Nous voulons que cesse le système du don anonyme », à la p. 22.

En conséquence, il faisait la recommandation suivante :

« 19. a) Le consentement de divulguer des renseignements d'identification soit obligatoire avant d'accepter une personne comme donneur de sperme, d'ovule ou d'embryon ; b) Toute la progéniture du donneur (ou leur tuteur) ait accès à leur dossier médical mis à jour périodiquement ; [...] f) Des dossiers médicaux et personnels soient tenus [...] ».

48. L'article 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, précitée, note 46, prévoit la possibilité de procéder à des accords d'équivalence pour les provinces qui voudraient établir leur propre réglementation en la matière. Au-delà de la question constitutionnelle, étant donné les philosophies opposées entre les législations fédérale et provinciale, on peut douter de la faisabilité des accords d'équivalence. En effet, comment peut-on établir que la législation provinciale contient des « dispositions équivalentes », si l'une reconnaît le droit aux origines et l'autre ne le reconnaît pas ? Quant à la question constitutionnelle, en décembre 2001, le COMITÉ PERMANENT DE LA SANTÉ, *ibid.*, avait émis des réserves sur le mécanisme

ments non nominatifs est permise et pour ce qui est des informations nominatives, elles peuvent l'être, avec le consentement du donneur.

Ainsi, sur le contenu de la *Loi sur la procréation assistée*, mentionnons que par le truchement des articles 15(4) et 18(3), l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée⁴⁹ peut, d'une part, transmettre les renseignements médicaux concernant le donneur de gamètes, tant aux personnes ayant recours aux techniques de la procréation assistée, qu'aux personnes issues de ces dernières, de même qu'à leurs descendants et sans avoir à faire la preuve d'un risque de « préjudice grave » à la santé, comme l'exige l'article 542 du C.c.Q.⁵⁰. D'autre part, l'Agence peut aussi communiquer les informations permettant d'identifier le donneur de gamètes, seulement si le donneur y a consenti par écrit⁵¹.

Il faut également ajouter qu'une meilleure gestion de tous ces renseignements est facilitée par le fait que la *Loi sur la pro-*

des accords d'équivalence prévu à l'article 41 de l'avant-projet de loi fédéral sur la procréation assistée (art. 68 de la loi telle qu'adoptée). Les membres du Comité s'y étaient finalement ralliés « comme outil nécessaire au progrès du fédéralisme coopératif », p. 23. Sur la validité constitutionnelle de ces accords d'équivalence et plus généralement, sur le partage des compétences dans ce contexte, voir Guy TREMBLAY, « La Compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée », (2003) 44 C. de D. 519, 526 et 527 qui avance que la validité d'un tel mécanisme doit reposer sur une compétence mixte fédérale et provinciale. Ce dernier remet en effet en question la validité de la loi fédérale, plus particulièrement en ce qui concerne certaines dispositions réglementaires en matière de santé et de droit civil qui constitueraient une intrusion importante dans les compétences provinciales. Or, en décembre 2004, le gouvernement du Québec a d'ailleurs saisi la Cour d'appel du Québec au moyen d'un renvoi pour obtenir son avis sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la procréation assistée*, précitée, note 46 (dossier n° 500-09-015177-041). Voir aussi Martha JACKMAN, « La Constitution et la réglementation des NRT », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 31, p. 1 et M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 238. Nous reviendrons sur la question du conflit entre le droit québécois et le droit fédéral plus tard dans le texte.

49. L'Agence aura pour mission principale de délivrer les licences aux personnes qui en font la demande et qui satisfont aux exigences de la Loi (activités de fécondation et recherche), d'effectuer les inspections dans les cliniques et les laboratoires de recherche, de recueillir des renseignements médicaux au sujet des personnes qui utilisent les services de procréation assistée et de donner des avis au ministre sur toute question relative à la procréation assistée. Voir l'article 24 de la *Loi sur la procréation assistée*, précitée, note 46.

50. Il faut dire que la *Loi sur la procréation assistée*, *ibid.*, assure une plus grande sécurité des enfants conçus par procréation assistée en prévoyant, au par. 1 de l'article 14, qu'aucun don de gamètes ne peut être accepté par les personnes autorisées à utiliser les techniques de reproduction assistée, si certains renseignements médicaux ne sont pas obtenus au moment du don. Ceci assure que les renseignements seront effectivement colligés dans le dossier du donneur.

51. *Ibid.*, art. 15(4) et 18(3).

création assistée crée un Registre qui est tenu par l'Agence⁵². Par ailleurs, il va sans dire que la création d'un tel registre exige des garanties importantes pour éviter les risques accrus de violation de la vie privée⁵³.

Finalement, précisons qu'un projet de loi portant sur la procréation assistée est présentement sur la table à dessin du législateur québécois⁵⁴, mais que ce dernier n'ajoute rien sur la question des origines, ni même sur le traitement des informations sur la santé des donneurs. Il n'en fait même pas mention, ce qui lui a d'ailleurs été reproché lors de l'étude du projet devant la Commission des affaires sociales⁵⁵.

52. *Ibid.*, art. 17. En plus de pouvoir servir dans le contexte de la recherche des origines, ce registre aidera à constituer des informations fiables sur les personnes qui utilisent les procréations assistées de même que sur les personnes qui en sont issues. Notamment, selon le paragraphe 4 de l'article 18, l'Agence pourra révéler des informations sur la cosanguinité aux personnes qui lui en feraient la demande. Ceci semble particulièrement important pour éviter l'inceste, dans un contexte où, semble-t-il, il y aurait pénurie de donneurs et en conséquence, une « surutilisation » des dons.

Le Comité permanent de la santé, dans son rapport à la suite de l'avant-projet de loi fédéral sur la procréation assistée, s'était montré étonné du fait que les données sur la procréation assistée étaient, si elles existaient, difficiles d'accès pour les personnes utilisant ces techniques. Selon leur propos : « Nous n'avons reçu ni preuve de l'existence d'un registre, ni données particulières tirées de celui-ci. Nous avons appris que peu de banques de sperme au Canada tenaient des renseignements détaillés sur les donneurs et sur l'utilisation faite du sperme donné et aucun témoignage n'a indiqué que des renseignements étaient maintenus sur les dons d'ovules ou d'embryons », *op. cit.*, note 47, p. 21. Cet état de fait est d'ailleurs problématique et a souvent été dénoncé. Voir M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 31, p. 693, à la p. 711 qui précise : « Le législateur québécois ne normalise pas la constitution des dossiers des donneurs. Les établissements de santé élaborent leurs propres systèmes d'accès à l'information tout en garantissant la confidentialité. Mais existe-t-il un seul système parfaitement étanche ? Nous en doutons. » Voir aussi M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 300. Sur l'importance de la tenue des dossiers, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *op. cit.*, note 37, p. 168 et s. et E. SLOSS et R. MYKITIUK, « Le droit de la famille et le défi des NTR », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Questions d'ordre éthique et juridique liées aux nouvelles techniques de reproduction : Grossesse et parentalité*, collection d'études de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, p. 385, à la p. 431 et 432.

53. Voir Eugene Leon OSCAPPELLA, « Vue d'ensemble des lois relatives à la protection de la vie privée et de la confidentialité dans le domaine médical », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *op. cit.*, note 31, p. 192, aux p. 231 et 232. La COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 37, p. 168, était d'avis qu'il faille conserver « [l']information relative à l'identité des parties [...] de façon indépendante du dossier médical ».

54. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives, Projet de loi 89* (adoption de principe le 14 avril 2005), 2^e session, 37^e législature (Québec).

55. Voir le mémoire de la FÉDÉRATION DU QUÉBEC POUR LE PLANNING DES NAISSANCES, *op. cit.*, note 1 ; celui du CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME,

Cela résume l'état du droit sur la question des origines. Une réforme doit-elle être envisagée à la lumière des droits fondamentaux ?

B. Changements à envisager : la perspective des droits fondamentaux

La question du droit de connaître ses origines n'est pas complètement absente du discours juridique en droit de la filiation au Québec⁵⁶. Mentionnons quelques rares références explicites à ce droit dans la jurisprudence, comme dans l'affaire *A.P. c. L.D.*⁵⁷, qui ne sont pas à banaliser. Cependant, la problématique a plutôt été présentée sous l'angle de la confidentialité, de l'anonymat des données, du secret sur les origines.

Par exemple, en matière de procréation assistée, on se questionne sur le pour ou le contre de la levée de l'anonymat⁵⁸. En l'occurrence, lorsque l'on adopte les nouvelles règles dans le *Code civil* concernant la filiation des enfants conçus à l'aide de ces techniques, on réfléchit surtout à partir des réalités des parents et du donneur. On part presque toujours du postulat que l'anonymat doit être la règle. Généralement, on se demande s'il est approprié, dans le contexte de la conception d'un enfant par technologie de la reproduction avec donneur, de lever l'anonymat⁵⁹, et non en se posant la question sous l'angle des droits de l'enfant, à savoir s'il existe un droit fondamental de connaître ses origines.

Aussi, on se questionne à savoir si l'analogie faite avec les retrouvailles en matière d'adoption est appropriée⁶⁰. Bien qu'il y ait deux positions sur cette question très controversée, au Québec et dans plusieurs pays occidentaux on a généralement repoussé⁶¹

op. cit., note 1 et le témoignage du 30 mars 2006 de la professeure Edith DELEURY, de l'Université Laval, *supra*, note 1.

56. Voir *supra*, notes 1 et 6.

57. *A.P. c. L.D.*, précité, note 17.

58. Voir BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 38.

59. Pour un résumé des arguments invoqués, voir Benoît MOORE, *loc. cit.*, note 41, p. 69-70.

60. J. BEAULNE l'exprime bien : « Pour appuyer davantage le droit à la levée de la confidentialité, on a tenté d'établir un parallèle avec l'adoption, où l'évolution du phénomène fait en sorte que les recherches par l'adopté pour retrouver ses parents naturels sont de plus en plus acceptées par la société ; pour cette raison, a-t-on dit, une évolution similaire est prévisible dans le domaine des nouvelles techniques de reproduction, et des règles similaires devraient s'appliquer », *loc. cit.*, note 1, p. 261.

61. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 38 ; Sonia LE BRIS, « Procréation médicalement assistée et parentalité à l'aube du 21^e siècle », (1994) 1 *C.P. du N.* 133,

cette analogie en soutenant que l'adoption est une situation bien différente de la procréation assistée, la première étant une façon de pallier la situation d'un enfant très souvent abandonné, alors que la seconde consiste en la création désirée d'une famille. En bref, jusqu'à maintenant, il y a eu quelques revendications et des gains en matière d'adoption, mais le discours des droits n'a pas encore été testé réellement et la question du droit aux origines dans le contexte de la procréation assistée n'a été que très discrètement débattue.

Les droits fondamentaux étant reconnus dans les chartes et leur interprétation ayant évolué rapidement, si on peut affirmer qu'il existe un droit fondamental aux origines, faire l'analogie avec l'adoption ou soupeser le pour et le contre de la levée de l'anonymat ne serait alors plus pertinent, sauf pour préciser l'étendue de la protection du droit aux origines⁶². Le discours des droits et libertés est plus puissant, il faut alors tout simplement s'assurer que la législation en place respecte ce droit fondamental, sous peine d'être éventuellement déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux de droit commun.

Dans le contexte de la filiation adoptive, on a permis les retrouvailles. Comme l'affirment Castelli et Goubau :

144 à 147 ; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 299 ; J. BEAULNE, *ibid.*, p. 262 ; Benoît MOORE, *loc. cit.*, note 41, p. 69 et 70. *Contra* : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Sortir la maternité...*, *op. cit.*, note 1.

62. La consécration directe ou indirecte (c'est-à-dire, dans ce dernier cas, la reconnaissance d'un droit non expressément reconnu sur la base d'un droit existant) d'un droit dans une loi supralégislative comme la Charte québécoise a d'importantes conséquences. En tant que « symbole des valeurs de la société québécoise », la Charte, sauf en ce qui concerne les droits économiques et sociaux, a en effet prééminence sur les autres lois québécoises (art. 52) et offre au citoyen des recours permettant de faire cesser la violation de ses droits et d'obtenir une réparation pour le préjudice moral ou matériel subi (art. 49). En raison notamment de ce caractère prééminent, l'adoption de la Charte en 1975 est considérée comme un « événement majeur » ayant entraîné des « effets directs sur les institutions », « plusieurs changements de pratique » ainsi que « l'évolution des mentalités », voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. I : Bilan et recommandations, Québec, 2003, p. 1, 15-16. Malgré cet « impact majeur », la Commission estime néanmoins que le contenu même des droits reconnus dans la Charte reste encore à être défini. Ainsi, la reconnaissance judiciaire indirecte du droit aux origines sur la base d'un droit garanti dans la Charte, par exemple le droit à la vie privée (art. 5), serait significative et entraînerait probablement des changements importants, notamment en ce qui concerne le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée. Pour ce faire, encore faudrait-il que le contenu normatif du droit aux origines et ses limites soient définis par les tribunaux.

[...] pour l'adoption, la volonté d'anonymat, après s'être – dans un premier temps – renforcée, est maintenant battue en brèche au nom du « droit aux origines », alors que, relativement à la procréation assistée, elle se maintient (pour le moment tout au moins) de manière absolue dans les cas – limités – où l'assistance est médicale.⁶³

Le droit fondamental de connaître ses origines pourrait avoir un impact sur le droit de l'adoption. Comme l'exprime la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, « [...] the fundamental character and purpose of adoptions is today a matter of distinct policy disagreement ; and this is an area of the law which may well have been affected by changing standards of human rights laws [...] »⁶⁴.

Par exemple, en matière d'adoption, l'accès aux retrouvailles n'est pas toujours possible étant donné les problèmes administratifs⁶⁵. Cet état de fait entraîne-t-il une atteinte au droit aux origines des personnes adoptées ? Qu'en est-il du système unique d'adoption fermée ? Le droit aux origines exige-t-il la mise sur pied d'un autre système, plus ouvert ?

En matière de filiation par le sang, doit-on, à la lumière du droit aux origines, aménager de nouvelles règles, du moins en partie ? Comme nous l'avions déjà exprimé⁶⁶, certaines questions

63. M.-D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 15, p. 190.

64. *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 33. Dans cette affaire, le défendeur, un homme adopté par un couple étant enfant, demande à la Cour de déclarer que le demandeur est son père. Ce dernier serait, selon toute vraisemblance, le père biologique du défendeur. Le demandeur invoque l'*Adoption Act 1955*, de même que le *Status of Children Act 1969*, pour appuyer sa prétention à savoir qu'un jugement d'adoption efface à tout jamais les liens entre parents et enfants naturels et que conséquemment, une telle déclaration de paternité ne peut être prononcée à son endroit. Celui-ci affirme également qu'un jugement déclaratoire serait vain, puisque le défendeur ne pourrait en tirer profit. Le défendeur requiert pour sa part une telle déclaration de paternité à l'égard de son géniteur, non pour en tirer un quelconque profit pécuniaire, sa motivation étant purement d'ordre moral et spirituel. Après avoir analysé le sens des textes de lois pertinents, la Cour d'appel tranchera finalement en faveur du défendeur et rejettera l'appel.

65. Cette question a été examinée dans le rapport du comité de travail sur la recherche d'antécédents sociobiologiques et retrouvailles, 2000, <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2000/retrouvailles.pdf>> (ce document est disponible seulement en ligne). Voir aussi les affaires *Droit de la famille – 1589*, [1992] R.D.F. 294 (C.Q.) ; *Droit de la famille – 1492*, [1991] R.D.F. 550 (C.Q.) ; *Droit de la famille – 1359*, [1990] R.D.F. 589 (C.Q.) et *Droit de la famille – 216*, [1985] 2033 (C.Q.). Voir également le commentaire fort pertinent de M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, p. 305 : « [...] On doit toutefois noter l'absence de support administratif. Ces dispositions ne devraient-elles pas être complétées par un système de Registre Central, qui recevrait les consentements requis et faciliterait les retrouvailles ? »

66. Pour plus de détails, voir M. GIROUX, *loc. cit.*, note 42, p. 898 et s.

méritent d'être posées. Par exemple, la constance de la possession d'état doit-elle être plus difficile à établir en exigeant un délai plus long ? De la même manière, doit-elle, lorsqu'elle est jointe à l'acte de naissance, devenir un empêchement absolu à un changement de filiation ? La société évolue. Elle insiste aujourd'hui beaucoup moins sur la question de l'honneur de la famille, mais davantage sur l'inculcation de valeurs morales et le bien-être physique, affectif, etc.

En ce qui a trait à la procréation assistée, la règle du secret des origines doit-elle être reconsidérée ?

En général, même si l'influence des droits fondamentaux s'est fait sentir, l'application du principe de la connaissance des origines a été très conciliante avec les intérêts des autres personnes en cause. Maintenant, il faut se demander si cette interprétation est respectueuse du droit de l'enfant de connaître ses origines, tel qu'il se définit aujourd'hui. En l'occurrence, quand l'enfant est conçu par procréation assistée, étant donné les différents intérêts en jeu, doit-on aborder la question sous l'angle des droits des parents qui conçoivent un enfant et d'un donneur de gamètes de conserver l'anonymat ou sous celui de l'enfant de connaître ses origines ? Mais encore faut-il voir ce qu'implique le droit fondamental de connaître ses origines. Alors qu'en droit interne, la question n'a presque pas été abordée par les tribunaux, il en est autrement sur le plan international. C'est pourquoi nous nous y attarderons.

II. LE DROIT FONDAMENTAL DE CONNAÎTRE SES ORIGINES BIOLOGIQUES EN DROIT INTERNATIONAL

A. Une tendance vers la reconnaissance

Bien que le droit aux origines ne soit pas généralement expressément énoncé dans les différents instruments internationaux de protection des droits et libertés, la reconnaissance indirecte du droit de connaître ses origines s'impose de plus en plus⁶⁷. Selon une décision de 2004 de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande⁶⁸ sur la question, citée dans le rapport de 2005 de la

67. Nous aborderons la question sans distinguer selon le type de filiation, mais en faisant au besoin les précisions qui s'imposent.

68. *Hemmes c. Young*, précitée, note 20.

Commission du droit⁶⁹ du même pays, il y aurait une nette tendance vers une pleine reconnaissance du droit aux origines :

I conclude that international instruments, practice and jurisprudence have not yet reached the point where it can conclusively be said that [...] children possess a universal and internationally recognised right to know their biological parentage, although the tide of opinion is flowing in that direction.⁷⁰

La décision hésitante et contestée⁷¹ de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Odièvre*⁷² et plus particulièrement la forte dissidence exprimée par sept juges contre dix, en faveur du droit aux origines, en témoignent également. Aussi, plusieurs pays reconnaissent maintenant le droit aux origines⁷³.

69. LAW COMMISSION, *op. cit.*, note 37, plus particulièrement le chapitre 10, Identity.

70. *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 88 et LAW COMMISSION, *ibid.*, chap. 10, 10.13.

71. Voir les commentaires de O. ROY, *loc. cit.*, note 19 ; Blandine MALLET-BRICOUT, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », (2003) 19 *Le Dalloz* 1240.

72. *Odièvre*, précitée, note 18.

73. L'État suédois a fait œuvre de pionnier en la matière en adoptant, en 1984, le *Swedish Insemination Act* qui permet à un enfant issu de la procréation assistée de connaître l'identité de son père biologique, lorsqu'une maturité suffisante est atteinte chez l'enfant. De la même façon, l'Allemagne (par un arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle du 31 janvier 1989), l'Autriche (en vertu de la *Fortpflanzungs-medizingesetz* du 14 mai 1992), la Norvège (en vertu du *Act on the Medical Use of Biotechnology*, adopté en décembre 2003 et mis en œuvre progressivement), la Suisse (en vertu de la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998* et de l'article 119(2)g de la Constitution fédérale), l'État de Victoria en Australie (en vertu de l'*Infertility Treatment Act* de 1995), l'État d'Australie Occidentale en Australie (en vertu d'un amendement apporté à la *Human Reproduction Technology Act* de 1991, en 2004), la Nouvelle-Zélande (en vertu de la *Human Assisted Reproductive Technology Act* de 2004) et l'Islande (en vertu de l'*Act on Artificial Fertilization* de 1996, dans la mesure où le donneur y a consenti) reconnaissent tous le droit pour un enfant issu de la procréation assistée d'avoir accès aux données identifiantes de son géniteur, le plus souvent à sa majorité.

En Grande-Bretagne, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) s'était prononcée en 2002 en faveur de la levée de l'anonymat pour les donneurs de gamètes. La législation fut modifiée, en 2004, ce qui dorénavant permet aux enfants issus de la procréation assistée ayant atteint l'âge de 18 ans d'avoir accès à la fois aux données identifiantes et non identifiantes sur le donneur. La mesure n'est toutefois pas rétroactive. Une des justifications importantes avancées relativement à cette modification est que les personnes conçues par procréation assistée doivent avoir les mêmes droits que les enfants adoptés.

Le Danemark (en vertu de l'*Act on Artificial Fertilization* adopté en mai 1997) maintient toutefois le principe de l'anonymat du donneur. La question n'est pas clairement réglée en Espagne, bien que certains auteurs affirment que la Constitution reconnaît un droit aux origines, voir F. RIVERO, « Le droit à la connais-

La reconnaissance du droit aux origines s'exprime de différentes façons, principalement comme étant une exigence du principe du respect de l'identité⁷⁴, en tant que composante du droit à la vie privée⁷⁵ et du droit au respect de la vie familiale. Mais la question se pose aussi sous l'angle de l'intérêt de l'enfant⁷⁶. Les

sance des origines en droit espagnol. Une jurisprudence récente dérogratrice d'une ancienne légalité », version non publiée. Rien n'est précisé à cet égard dans la législation dans le cas de la Belgique. En Italie, la procréation assistée avec un tiers donneur est interdite (en vertu de la loi n° 40 du 19 février 2004 établissant les règles relatives à la procréation médicalement assistée).

En matière d'adoption, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni, la Suisse, la France et l'Espagne, permettent tous à la personne adoptée d'obtenir les renseignements au sujet de sa filiation d'origine, généralement à sa majorité. L'information citée dans cette note est principalement tirée de SÉNAT FRANÇAIS, *supra*, note 1 et de COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, « Annexe 1 : Anonymat, secret, filiation et assistance à la procréation. Aspects réglementaires et sociaux. Approche internationale », en ligne : <<http://www.ccne-ethique.fr/francais/start.htm>> (date d'accès : 14 août 2006).

74. Voir É. DELEURY, « Filiation, parenté, identité... », *loc. cit.*, notes 164-169 et « Le droit de la procréation artificielle... » *loc. cit.*, note 1, plus particulièrement aux pages 100 et s. Le respect de l'identité est garanti par l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *infra*, note 113 et par l'article 1 de la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, voir Eric BLYTH, « Donor assisted conception and donor offspring rights to genetic origins information », (1998) 6 *The International Journal of Children's Rights* 237, 240-241.
75. Il importe de noter qu'au Québec, le droit à la vie privée a surtout été invoqué pour protéger le secret médical et la confidentialité des données, voir notamment Sonia LE BRIS, *loc. cit.*, note 61, p. 144 et Bartha Maria KNOPPERS, « Vérité et information de la personne », (1987) 18 *R.G.D.* 819, 822-837. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 12, 299 ; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 1 et Monique OUELLETTE, *loc. cit.*, note 31, p. 706. C'est vrai aussi en common law, voir par exemple E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 52, qui ont affirmé que le droit de connaître ses origines est aussi important que le droit à la vie privée, car il est lié au sentiment d'identité et d'intégrité de la personne. Cela démontre l'ambiguïté dans l'interprétation de ce droit, ici on l'oppose au droit à la vie privée, alors que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme on l'y associe. Par contre, de façon minoritaire, la professeure É. DELEURY, « Filiation, parenté, identité... », *loc. cit.*, note 1, p. 169, a soutenu que le droit aux origines faisait partie intégrante de la vie privée : « [a]joutons encore qu'au plan de la médiation des droits fondamentaux, droit à l'identité d'une part, droit à la vie privée d'autre part, il nous semble, qu'on peut encore arguer que le droit du respect de la vie privée inclut aussi celui du droit à la connaissance de soi-même », É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 169.
76. Comme le mentionne E. BLYTH, *loc. cit.*, note 74, p. 237, 238, 250 et 251, tous les pays n'ont pas toujours accordé le même degré de priorité au principe du meilleur intérêt de l'enfant dans le contexte de la procréation assistée, mais l'expérience démontre maintenant que ces informations sont très importantes pour les enfants. Voir également É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 102, qui affirme : « [...] si l'intérêt de l'enfant ne commande pas toujours qu'on lui révèle le secret de ses origines, cet intérêt commande tout autant qu'on ne l'interdise pas. »

concepts de dignité⁷⁷, de liberté⁷⁸, d'intégrité⁷⁹ et même d'égalité sont également invoqués en ce sens⁸⁰. Nous verrons brièvement des exemples pour illustrer ces différentes expressions du droit aux origines.

Le droit de connaître ses origines biologiques a été invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme chargée d'appliquer la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁸¹, principalement dans l'affaire *Odievre*, qui portait sur la validité de l'accouchement anonyme, aussi dit « sous X », permettant à la femme qui accouche de ne pas déclarer la naissance de son enfant et par conséquent, de le priver

77. C'est la justification qu'a retenue la Cour constitutionnelle allemande en 1989 en décidant que le droit de connaître ses origines : « constitue la conséquence logique des droits à la dignité et au libre épanouissement ainsi qu'au principe d'égalité entre enfants [...] », SÉNAT FRANÇAIS, *op. cit.*, note 1, p. 3.
78. Dans *Odievre*, précitée, note 18, par. 3 de l'opinion dissidente, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que « même en cas d'adoption, la possibilité d'avoir accès à ses origines et de pouvoir ainsi retracer les éléments de son histoire personnelle relève de la liberté, et donc de la dignité humaine qui est au cœur des droits garantis par la Convention » (nos soulignements).
79. S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 61, p. 143. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 52, p. 431.
80. Voir notamment E. BLYTH, *loc. cit.*, note 75. Voir F. RIBERO, *loc. cit.*, note 73, p. 18.
81. (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5 (aussi nommée la *Convention européenne des droits de l'homme*) (ci-après la *Convention européenne*). Adoptée le 4 novembre 1950 et ratifiée par 46 États européens auxquels elle s'applique, la Convention, bien qu'évidemment non ratifiée par le Canada et ne liant pas nos tribunaux, n'en constitue pas moins un outil d'interprétation convaincant des Chartes canadienne et québécoise, comme c'est le cas d'autres instruments internationaux de protection des droits. Voir notamment *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71, juge L'Heureux-Dubé ; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348 et s., juge Dickson ; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont « liés » par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359 ; Madeleine CARON, « L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation et d'application de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 307 ; Guillaume CLICHE, « L'utilisation de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'interprétation de la Charte canadienne », (1993) 7 *R.J.E.U.L.* 93 ; Claude EMANUELLI, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 126-127 ; D.C. MACDONALD, « L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés », dans Daniel TURP et Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1984, p. 91 ; William A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne : Avec une attention particulière au droit du Canada et du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 266-273 ; William A. SCHABAS, « Le droit européen des droits de la personne dans la jurisprudence canadienne et québécoise », (1991-1992) 7 *R.Q.D.I.* 198.

de sa filiation maternelle⁸². Selon les prétentions de Pascale Odièvre, la requérante, cette situation porte atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale, tel qu'énoncé à l'article 8 de la *Convention européenne*⁸³.

Il faut mentionner que bien que l'accouchement sous X existe depuis très longtemps en France, la législation le concernant a été révisée en 2002⁸⁴. Mais selon une auteure, « la réforme

82. *Odièvre*, précitée, note 18. Dans cette affaire, la requérante, Pascale Odièvre, a été abandonnée à la naissance par sa mère biologique et celle-ci a demandé à ce que son identité soit gardée secrète. Sa plainte repose sur le fait qu'elle ne peut « obtenir la communication d'éléments identifiant sur sa famille naturelle et de l'impossibilité qui en résulte pour elle de connaître son histoire personnelle », par. 24. Pour plus de détails sur l'accouchement sous X et ses justifications, voir notamment les paragraphes 15 et s. du jugement. Pour une critique de l'accouchement anonyme sous l'angle du droit aux origines, voir O. ROY, *loc. cit.*, note 19.

83. Précitée, note 81. L'article 8 se lit comme suit :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (nos soulignements).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Pour une synthèse sur l'interprétation de l'article 8 de la *Convention européenne* par la Cour européenne, voir Alain-Robert NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 200, p. 395-422. La protection contre les intrusions dans la vie privée est aussi assurée par les articles 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 et 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47. Le respect de la vie familiale est aussi garanti par le préambule et l'article 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *infra*, note 113. Voir aussi E. BLYTH, *loc. cit.*, note 74, p. 240-241.

84. *Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002*, J.O., 23 janvier 2002, 1519. Cette loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État a pour but de faciliter la recherche des origines biologiques pour les personnes nées sous X, tout en conservant l'anonymat de l'accouchement, une tradition solidement ancrée en droit français. Cette loi fait en sorte que la mère biologique de l'enfant est invitée, au moment de la naissance, à laisser des informations non identifiantes sur elle et sur le père de l'enfant, de même que son identité sous pli fermé. À tout moment, la mère aura la possibilité d'accepter que ces renseignements soient révélés à son enfant, si ce dernier en fait la demande. La loi de 2002 crée aussi le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) auprès de qui l'enfant peut faire une demande d'accès à la connaissance de ses origines biologiques et les parents biologiques peuvent aussi y faire une déclaration de levée du secret. Il reste que, conformément à la loi, lorsque la mère biologique demande le secret de son identité, l'État doit faire en sorte que cette information ne soit pas révélée. Aucune circonstance ne peut faire en sorte que l'État décide, compte tenu des intérêts en jeu, de fournir ces renseignements lorsque le secret a été demandé. Pour plus de détails, voir Frédérique GRANET, « La maternité en questions : état d'alerte », (2001) 39 *Le Dalloz* 3138 ; Danièle SIROUX, « Filiations dissociées et accès aux origines : un chemin difficile entre secret et mensonge, anonymat et vérité(s) », (2006) 161 *Gazette du Palais* 26.

récente maintient un système qui permet d'interdire à une personne de connaître ses origines, et en premier lieu l'identité de sa mère, simplement parce que cette dernière [...] le demande »⁸⁵. Le droit de connaître ses origines est ici opposé au droit à la vie privée ou au secret de la mère qui accouche sous X.

Dans une décision majoritaire, mais comportant une importante dissidence⁸⁶, la Cour européenne des droits de l'homme, dans *Odièvre*, indique que le droit de connaître ses origines relève bel et bien du droit à la vie privée énoncé à l'article 8 de la *Convention européenne*, mais conclut que ce dernier n'a pas été violé par la France. La Cour précise que ce droit est respecté par la nouvelle loi française, puisque si la mère y consent, un enfant né sous X peut avoir accès aux informations identifiant celle-ci. La Cour a donc conclu à un juste équilibre des intérêts en cause : celui de la mère au secret et celui de l'enfant à la connaissance de ses origines.

En citant l'arrêt *Bensaïd c. Royaume-Uni*⁸⁷, la Cour précise que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur [...] »⁸⁸. Puis, la Cour ajoute :

À cet épanouissement, contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, soit par exemple l'identité de ses géniteurs (arrêt *Mikulic c. Croatie* [...]). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce.

Un peu plus loin, la dissidence s'exprime ainsi :

Le droit au respect de la vie privée inclut le droit au développement de la personnalité et à l'épanouissement personnel. Touchant à l'identité fondamentale de la personne, la question de l'accès à ses origines constitue un élément essentiel de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention.⁸⁹

85. O. ROY, *loc. cit.*, note 19, p. 607.

86. *Odièvre*, précitée, note 18. Rappelons que la décision a été rendue par 10 voix contre 7.

87. *Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, CEDH 2001-I.

88. *Odièvre*, précitée, note 18, par. 29.

89. *Ibid.*, par. 3 de l'opinion dissidente, mais du même avis que la majorité sur ce point.

On affirme également que :

certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit tandis que d'autres font partie du noyau dur de celui-ci. Nous sommes fermement convaincus que le droit à l'identité, comme condition essentielle du droit à l'autonomie [*Pretty c. Royaume-Uni...*] et à l'épanouissement [*Bensaïd c. Royaume-Uni...*], fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée. Dès lors, un examen d'autant plus soutenu s'impose pour peser les intérêts en présence.⁹⁰

On voit donc que la Cour accorde une grande importance à la question des origines dans la quête identitaire d'une personne et reconnaît l'existence d'un droit constitutionnel pour en assurer la protection, en l'occurrence à l'article 8 de la *Convention européenne* sous le droit à la vie privée. Ce dernier reçoit donc une définition large.

Par contre, la Cour mentionne qu'une certaine marge d'appréciation doit être laissée à l'État pour garantir le respect de la vie privée d'une personne et c'est fondamentalement ce qui explique la défaite de Pascale Odièvre devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans le conflit entre le droit à la vie privée de cette dernière et celui de sa mère, la Cour s'est repliée sur les choix effectués par le législateur national, qui a créé, par la loi de 2002, le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)⁹¹, un organe indépendant pour régler ce genre de conflits.

Dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni*⁹² où la Cour européenne des droits de l'homme avait également abordé la question du droit de connaître ses origines biologiques, cette dernière avait aussi affirmé que ce droit faisait partie du droit au respect de la vie privée, énoncé à l'article 8 de la *Convention européenne*, en plus d'ajouter que :

90. *Ibid.*, par. 11 de l'opinion dissidente.

91. *Supra*, note 84.

92. *Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989 (série A n° 160). Dans cette affaire, le requérant tentait de reconstituer les détails de son enfance, passée au sein de différentes familles d'accueil, afin de pouvoir surmonter ses problèmes personnels. L'accès complet aux dossiers le concernant lui fut refusé, le consentement de tous les informateurs n'ayant pas été obtenu. La Cour conclut à une violation de l'article 8 de la *Convention européenne*, puisque devant le refus d'un informateur à dévoiler de l'information, aucun organe indépendant n'était en place pour prendre une décision finale.

[t]he Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent. No such procedure was available to the applicant in the present case.⁹³

Comme le mentionne la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande,

Gaskin would appear to support the proposition that neither right is superior, nor unequivocal, and that when there is an objection to the disclosure, the issue must be examined by an independent authority, balancing the interests of both parties if possible, rather than by automatic denial of the request.⁹⁴

L'opinion dissidente dans l'arrêt *Odièvre* met l'accent sur le fait que dans le contexte où « les droits et les intérêts [sont] concurrents, une préférence aveugle est inévitablement donnée aux seuls intérêts de la mère »⁹⁵. C'est pourquoi un organe indépendant doit exister pour pouvoir décider en cas de droits et d'intérêts contradictoires en jeu. L'État a donc l'obligation positive⁹⁶ de s'assurer qu'un organe administratif existe et puisse agir efficace-

93. *Ibid.*, par. 49. Voir également *Odièvre*, précitée, note 18, par. 17, 18, opinion dissidente et *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 84.

94. *Hemmes c. Young*, *ibid.*, par. 81 (nos soulignements).

95. *Odièvre*, précitée, note 18, par. 18.

96. Sur la question des obligations positives imposées à l'État pour assurer l'exercice effectif du droit à la vie familiale et privée, voir *Johnston c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986 (série A n° 112) où la Cour affirme, au par. 55, que « s'il tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre les ingérences des pouvoirs publics, [...] peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale » ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, précité, note 92 ; X, Y et Z c. *Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997 (Recueil 1997-II), qui précise que pour tracer « [l]a frontière entre les obligations positives et négatives de l'État [...], il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble [...] », par. 41 ; *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998 (Recueil 1998-I) ; *Mikulic c. Croatie*, arrêt du 7 février 2002 (Recueil des arrêts et décisions 2002-I). En l'occurrence, dans cette dernière affaire, il s'agissait d'une action en recherche de paternité où le père alléguait son droit de ne pas subir un test d'ADN, la Cour, à l'instar de la décision dans *A.P. c. L.D.*, précitée, note 17, a jugé disproportionnée « la protection des intérêts en jeu » et a donné préséance à l'intérêt de l'enfant de faire établir sa filiation, voir plus particulièrement le par. 65. Sur l'importance de l'intérêt de l'enfant dans la recherche de l'équilibre des droits, voir *Sahin c. Allemagne*, arrêt du 8 juillet 2003 (Recueil des arrêts et décisions 2003-VIII). Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2005, p. 2-23.

ment. Or, aux yeux des juges dissidents, ce n'est certainement pas le cas. En effet, ces derniers mettent l'accent sur le fait que le droit français ne permet aucune « pondération d'intérêts possible » :

[...] le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le « droit de veto » pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention [...], sont entièrement négligés, oubliés. En outre, la mère peut aussi, de la même manière, paralyser les droits des tiers, notamment ceux du père biologique ou des frères et sœurs, qui peuvent eux aussi être privés des droits garantis par l'article 8 de la Convention.⁹⁷

Par ailleurs, les lignes directrices concernant l'application et l'interprétation de la *Convention européenne* précisent que les États doivent bénéficier d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de la législation lorsqu'il n'y a pas de consensus sur une question entre les États membres⁹⁸. Le fait que la question du droit aux origines ne fasse pas encore l'objet d'un consensus, du moins selon l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Odièvre*, n'a certainement pas aidé la cause de Pascale Odièvre. Mais pour combien de temps encore va-t-on pouvoir affirmer qu'il n'y a pas de consensus sur cette question ?

D'ailleurs, l'approche de la majorité dans l'arrêt *Odièvre* sur cette question est contestée par l'opinion dissidente⁹⁹. En effet, l'opinion dissidente considère que :

la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance. Plutôt que de permettre une évolution dans le sens du développement des droits garantis par la

97. *Odièvre*, précitée, note 18, par. 7 de l'opinion dissidente.

98. Ursula KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 6 à 8 et 204 à 206. Pour d'autres décisions en matière de marge d'appréciation étatique, voir *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, note 96, où la Cour a rejeté le recours d'un transsexuel qui prétendait que le fait de ne pas pouvoir être inscrit comme étant le père légal de l'enfant de sa conjointe, conçu par procréation assistée, violait son droit à la vie familiale (article 8 de la *Convention européenne*). La filiation juridique n'a donc pas été reconnue entre le père et l'enfant parce qu'il n'existe pas de consensus suffisant entre les États membres de la Convention sur la question de la filiation homoparentale. Cette dernière décision date de 1997.

99. Précité, note 15, par. 15 et 16.

Convention, au départ de ce qui est accepté dans une large majorité de pays, le recours à l'interprétation consensuelle, fondée sur la pratique quasi isolée d'un pays [l'accouchement sous x...], sert à justifier une limitation des droits.¹⁰⁰

Par exemple, en Espagne, l'article 47 de la *Loi sur l'état civil*, qui permettait d'inscrire à l'acte de naissance d'un enfant la mention « De mère inconnue », a été invalidé par le Tribunal constitutionnel en 1999¹⁰¹. De plus, une auteure prétend que la législation française est en contradiction avec les engagements internationaux de la France¹⁰². Il est d'ailleurs intéressant d'ajouter que plus récemment, la Cour de cassation française tend à faire respecter davantage le droit aux origines¹⁰³.

Après avoir vu plus en détail comment le droit aux origines prend principalement et progressivement racine dans le droit à la vie privée, voyons maintenant d'autres justifications de ce droit. Ainsi, le droit aux origines peut aussi se présenter sous l'angle du droit au respect de la vie familiale, aussi énoncé à l'article 8 de la *Convention européenne*. Dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour écarte cette possibilité. Elle dit que cette vie familiale n'existe pas pour M^{me} Odièvre avec sa famille biologique, puisqu'elle n'a jamais établi de liens avec elle¹⁰⁴. M^{me} Odièvre n'aura donc pas droit aux informations qu'elle demandait, à moins que sa mère naturelle n'y

100. *Ibid.*, par. 16.

101. *Ibid.*, par. 13 de l'opinion dissidente. Voir aussi F. RIVERO, *loc. cit.*, note 73.

102. Odile ROY, *loc. cit.*, note 19, p. 615.

103. Voir Cour de cassation, 1^{re} civ., 7 avr. 2006, où la Cour a reconnu le droit pour un père biologique d'établir sa filiation à l'égard de son enfant, même lorsqu'il y a eu accouchement sous X.

104. Précité, note 18 :

« [...] le seul lien biologique est insuffisant, faute de liens personnels étroits entre les intéressés pour constituer une vie familiale au sens de l'article 8. Ainsi, la Commission a pu décider que le fait pour un homme de faire un don de son sperme pour permettre à une femme de concevoir par insémination artificielle ne confère pas en soi au donneur le droit au respect de sa vie familiale avec l'enfant issu de cette insémination. »

Par contre, il importe de mentionner une autre décision de la Cour européenne où on a conclu à une vie familiale, même si le père n'avait vu son enfant qu'une seule journée, c'est-à-dire, le jour de sa naissance, *Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, série A n° 290. Dans *Mikulic c. Croatie*, précité, note 96, notamment au par. 53, dans le contexte d'une action en recherche de paternité où la requérante n'a aucune relation avec le père prétendu, la Cour fait une distinction entre les notions de « vie familiale » et de « vie privée » protégées par l'article 8 *Convention européenne*, la première recevant une interprétation plus restrictive que la seconde. En l'occurrence, la requérante ne connaît pas son père prétendu et ne peut alléguer violation à la « vie familiale », puisqu'elle est inexistante. En revanche, sa « vie privée », tel que mentionné aussi dans *Bensaïd*, précité, note 87, lui donne le « droit [...] de nouer des relations avec ses semblables », ce qui inclait son père prétendu.

consente. Il faut noter que l'opinion dissidente considère que l'interprétation donnée par la majorité à la notion de « vie familiale » est trop restrictive en étant toutefois en accord avec la majorité de ne pas analyser la question sous cet angle¹⁰⁵.

La question du droit aux origines peut aussi être abordée sous le principe de la discrimination. En effet, une personne pourrait prétendre qu'elle ne bénéficie pas de l'*égale reconnaissance* du droit à la vie privée en contradiction des articles 8 et 14 de la Convention¹⁰⁶. En l'occurrence dans *Odièvre*, « [l]a requérante soutient que le secret, tel qu'institué en France, constitue une discrimination fondée sur la naissance incompatible avec l'article 14 de la Convention »¹⁰⁷. L'argument de la discrimination n'est pas non plus retenu par la Cour¹⁰⁸.

Par contre, l'argument de la discrimination a aussi été invoqué dans l'arrêt *Rose*¹⁰⁹, au Royaume-Uni, dans le contexte de deux enfants conçus par procréation assistée avec don hétérologue. Dans cette affaire, les deux requérantes, toutes deux issues de la procréation assistée, cherchaient à obtenir de l'information non identifiante concernant leur géniteur. Cette demande leur avait été refusée par le Secrétaire d'État. Les requérantes invo-

105. *Odièvre*, précitée, note 18, par. 2 de l'opinion dissidente.

106. L'article 14, comme l'article 10 de la *Charte québécoise*, ne garantit pas un droit général à l'égalité mais le droit à l'*égale reconnaissance* des autres droits et libertés reconnus dans la Convention. Pour une étude plus approfondie sur le lien nécessaire qui doit unir les normes européenne et québécoise d'égalité aux autres droits et libertés consacrés dans la Convention et la Charte, voir David ROBITAILLE, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus », (2004) 35 *R.D.U.S.* 103.

107. Précitée, note 81. Il se lit comme suit :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

M^{me} Odièvre invoquait plus particulièrement que le secret sur l'identité de sa mère biologique l'empêchait de pouvoir hériter de cette dernière, ce qui n'était pas le cas des enfants dont la mère n'avait pas accouché sous X.

108. *Odièvre*, précitée, note 18, par. 52. La Cour rejette de façon relativement rapide l'argument égalitaire :

« [...] aucune discrimination ne frappe la requérante en raison de la qualité de sa filiation car, d'une part, elle dispose d'un lien de filiation à l'égard de ses parents adoptifs avec un enjeu patrimonial et successoral et, d'autre part, elle ne saurait prétendre, à l'égard de sa mère biologique, se trouver dans une situation comparable à celle d'enfants ayant une filiation établie à l'égard de la leur. »

109. *U.K. R (On the application of Rose and another) c. Sec. of State for Health and another*, [2002] EWHC (ADMIN) (2002) 3 FCR 731. Pour un bon résumé, voir aussi GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-23 et 2-34.

quaient ainsi l'article 14 de la Convention devant la Cour, en lien avec l'article 8 et prétendaient que le régime en place était discriminatoire, car il n'assurait pas le même traitement entre les enfants issus de la procréation assistée et les enfants adoptés. La discrimination existerait aussi, selon leurs prétentions, entre les enfants issus de la procréation assistée nés avant l'adoption de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 et ceux nés après¹¹⁰.

Une autre façon de faire valoir le droit aux origines est d'invoquer les articles 7¹¹¹ ou 8¹¹² de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹¹³. Il faut voir comment est interprété l'article

110. La *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (R.-U.), 1990, c. 37, est venue faire en sorte que le secret absolu des origines ne soit plus la norme. En effet, cette loi a créé la *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)*, une institution chargée entre autres de tenir un registre officiel de renseignements concernant les donneurs, de même que les résultats des inséminations (art. 31). Cette loi prévoit aussi que la personne ayant atteint l'âge de 18 ans peut avoir accès à certaines informations concernant le donneur, en conformité avec les règlements pris en application de la loi (art. 31(3)a)), de même que la confirmation que la personne à laquelle elle voudrait se marier, ne lui est pas liée génétiquement (art. 31(3)b)). La personne de moins de 18 ans a le même droit, en matière de mariage uniquement (art. 31(7)). D'autres circonstances prévues par la loi font en sorte que de l'information concernant le donneur de gamètes peut être dévoilée : lorsque le « Registrar General » nécessite une confirmation de paternité génétique pour ses fins (art. 32), lorsque la Cour le requiert (art. 34) et lorsque des procédures sont entamées en vertu de la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (art. 35).

111. *Infra*, note 113, art. 7 : « 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux. 2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride. »

112. *Ibid.*, art 8 : « 1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et des relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. 2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. » Selon GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-22, citant le *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, « l'expression « relations familiales » signifie que l'identité d'un enfant dépasse le cadre de sa famille immédiate ».

113. A/RES/44/25, RTC 1992/3. Adoptée sur la scène internationale le 20 novembre 1989 et ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991, la Convention est l'instrument de protection des droits comptant le plus d'États parties, soit 192 (voir l'état des ratifications de la Convention, en ligne : <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm>). Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une transposition légale directe en droit interne, elle demeure un outil pertinent d'interprétation du droit canadien et québécois. Voir notamment *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 81, par. 69-71, juge

7¹¹⁴ : doit-on lire le terme « parent » dans le sens de paternité ou maternité ou dans le sens de parenté, car ces notions sont différentes¹¹⁵. Pour certains, la définition de parent prévue à l'article 7 de la *Convention* est limitative¹¹⁶. Pour d'autres, la même notion de parent a servi de fondement à l'introduction d'une loi permettant à un enfant de 14 ans et plus de connaître l'identité de son père biologique (le donneur de gamètes)¹¹⁷. Pour d'autres encore, l'histoire de la rédaction des articles 7 et 21 de la *Convention* ne permet pas d'affirmer clairement un droit de connaître ses parents biologiques. En effet, comme il n'y avait pas de consensus sur ce point au moment de la rédaction, l'on aurait ajouté « dans la mesure du possible » au libellé de l'article 7¹¹⁸. Enfin, comme il a été souligné :

l'interprétation des obligations imposées par la [*Convention*] semble avoir grandement varié. Certains États parties de la [*Convention*] n'ont pas modifié leur législation sur les dons anonymes, tandis que d'autres l'ont fait en invoquant la [*Convention*]. Ainsi, l'Autriche a modifié ses mesures législatives pour interdire les dons anonymes de sperme afin de se conformer aux obligations énoncées dans la [*Convention*].¹¹⁹

L'Heureux-Dubé ainsi que, de façon générale, les autres références, *supra*, note 81. Édith DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 103. Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-20. Voir aussi M.K. ERICKSSON, *op. cit.*, note 113, p. 198 et s.

114. Nous insisterons sur l'analyse sous cet article, puisqu'il est le plus souvent invoqué en matière de droit aux origines tel que mentionné par M.K. ERICKSSON, *ibid.* Mais l'article 8 aurait intérêt à l'être aussi puisque le droit aux origines est intimement lié à la notion d'identité énoncée à cet article. Sur l'interprétation de cet article, voir Odile ROY, *loc. cit.*, note 19, p. 615, citant V.L. LEVENEUR, qui précise que « ce texte ne vise évidemment pas les seuls parents juridiques sous peine de le vider de son sens ».

115. Voir *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 20.

116. Voir E. BLYTH, *loc. cit.*, note 74, 240, qui donne l'exemple de la Grande-Bretagne où l'article 7 n'a pas d'impact sur l'anonymat du don. Un enfant a bien le droit de connaître ses parents, mais le donneur n'est pas un parent.

117. Voir E. BLYTH, *ibid.*, explicitant le cas de l'Autriche. GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-20 et 2-21, citant notamment le *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* qui retient une interprétation plus large du terme *parents* dans le but de permettre la recherche des origines.

118. *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 76 à 79. Voir aussi M.K. ERICKSSON, *op. cit.*, note 113, sur le « droit de connaître » et « dans la mesure du possible » et GOUVERNEMENT DU CANADA, *ibid.*, p. 2-21. Dans le même sens d'une interprétation large de l'article 7, favorable au droit aux origines, Odile ROY, *loc. cit.*, note 19, 42 où elle cite L. LEVENEUR comme suit : « Quant à l'expression « dans la mesure du possible » elle ne peut faire référence qu'à une impossibilité matérielle et non juridique, sauf à admettre que le législateur peut dénier à l'enfant les droits que cette convention lui reconnaît. »

119. GOUVERNEMENT DU CANADA, *ibid.*, p. 2-22.

D'ailleurs en ce sens, Édith Deleury affirme que ce « tempérament » de la « mesure du possible »

nous semble recouvrir des situations qui résultent, avant toutes choses, des vicissitudes de la vie, de contraintes extérieures donc, à la volonté du sujet alors que les situations auxquelles nous faisons référence ont été programmées [création d'un enfant par procréation assistée]. Elles ne commandent donc pas les mêmes réserves.¹²⁰

Aussi, ajoutons que l'interprétation du droit international évolue :

[...] it is relevant to note that the UN Committee on the Rights of the Child, after considering New Zealand's most recent report, stated that : In considering the reform of its legislation on adoption, the Committee recommends that the State party [New Zealand] pay particular attention to article 12 and the right of the children to express their views and have those views be given due weight in accordance with the age and maturity of the child. In particular, the Committee recommends that the State party : [...] (b) Ensure the right of adopted children to access, as far as possible, information about their biological parents [...].¹²¹

Il importe maintenant de voir comment la tendance vers la reconnaissance du droit aux origines sur le plan international se répercute en droit canadien.

B. Impact du droit fondamental de connaître ses origines sur le droit québécois de la filiation

D'entrée de jeu, il importe de dire que la jurisprudence est quasi inexistante sur le sujet¹²². Il y a cependant quelques manifestations de la reconnaissance de ce droit¹²³. Ainsi, l'étude de la jurisprudence sur le plan international prend donc toute sa signi-

120. É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, 103.

121. *Hemmes c. Young*, précité, note 20, par. 87.

122. Pour une bonne analyse de la question, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-24 et s.

123. Notamment Michel COUTU, « Les libertés et droits fondamentaux, Entre individu et société » (Étude n° 3), dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 62, vol. 2, p. 190-191. Voir également CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *op. cit.*, note 1. De plus, déjà en 1979, dans le contexte de la difficulté d'accéder aux renseignements en matière d'adoption, la Commission des droits de la personne soulignait une possible violation à la Charte québécoise, voir E. DELEURY, « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? », *loc. cit.*, note 1, p. 168 et 169.

fication étant donné l'influence qu'elle peut exercer sur la définition d'un droit aux origines en droit canadien et québécois¹²⁴.

À cet égard, il est pertinent de mentionner l'affaire *A.P. c. L.D.*¹²⁵, l'une des rares décisions québécoises abordant la question du droit aux origines rendues par la Cour d'appel du Québec. Dans cet arrêt, la Cour tient pour acquis que dans les circonstances de l'espèce, il est dans l'intérêt de l'enfant de connaître ses parents biologiques et elle affirme ainsi « le droit fondamental à connaître ses parents ». Elle fait reposer cette affirmation sur l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* :

Je suis d'avis que le droit de l'enfant de connaître ses parents, prévu à l'article 7 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, s'insère parfaitement dans le cadre de l'article 33 du *Code civil du Québec*. En effet, s'il est vrai que cette convention ne nous lie pas puisqu'elle n'a pas été intégrée à notre droit interne, il n'en demeure pas moins que les valeurs qui y sont exprimées peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois, ainsi que l'a noté la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité dans l'affaire *Baker* [...]. D'ailleurs, dans [...] *Gosselin* [...], le juge Robert, dissident, et le juge Baudouin, pour la majorité, ont tous deux référé à des documents internationaux à l'appui de leur interprétation de certaines dispositions du droit interne québécois.¹²⁶

En utilisant l'article 1 de la *Charte canadienne* et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, la Cour passe alors à l'analyse de la pondération et « de la recherche de la solution la plus équitable en cas de conflit entre deux droits fondamentaux » : l'intérêt de l'enfant à connaître ses parents et le droit à l'inviolabilité de la personne qui refuse de se soumettre à un test d'ADN et fait prévaloir le premier, même en l'absence d'une disposition habilitante¹²⁷.

Comme nous l'exposerons dans les lignes qui suivent, nous sommes d'avis que le droit aux origines devrait être un droit fondamental indirectement protégé par les chartes canadienne et québécoise par les dispositions en matière de liberté, sécurité, vie privée et égalité¹²⁸.

124. *Supra*, note 81. Voir aussi GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-27.

125. *A.P. c. L.D.*, précité, note 17.

126. *Ibid.*, notamment au par. 35.

127. *Ibid.*, par. 39.

128. Notre analyse portera essentiellement sur la question de la procréation assistée avec donneur.

Une auteure affirme que le droit à la sécurité protège l'enfant à cet égard :

On peut notamment invoquer les articles 7¹²⁹ [...de la Charte canadienne] pour soutenir qu'un enfant a le droit d'être informé sur ses antécédents biologiques, médicaux et culturels¹³⁰. [...soit parce que] ses renseignements seront nécessaires pour protéger la santé physique de l'enfant [...soit parce qu'] il importe à l'enfant de connaître ces données pour développer une certaine conscience de soi et définir sa place dans l'univers¹³¹ [...].¹³²

Ce droit serait protégé par les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne* pour autant que le consentement du donneur ait été obtenu lorsqu'il s'agit de divulguer des informations nominatives le concernant¹³³. En effet, pour justifier le fait de divulguer l'identité du donneur de gamètes sans avoir obtenu au préalable son consentement, il faudrait apporter une justification en vertu de l'article 1 de la Charte¹³⁴. Comme l'affirme Martha Jackman, « les articles 7 et 8 garantiraient non pas le droit de donner des gamètes de façon anonyme, mais plutôt le droit de ne pas voir la promesse d'anonymat brisée une fois le don effectué »¹³⁵.

La Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport publié en 1992, adoptait une position similaire en ce qui concerne les informations non nominatives :

129. Comme on l'affirme dans GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-28 : « La liberté garantie par l'article 7 comprend à la fois le droit à la liberté physique et le droit de prendre des décisions personnelles [comprend la dimension psychologique] sans intervention de l'État » lorsque ces décisions sont fondamentales afin d'assurer à la personne sa dignité. Pour appuyer ses prétentions, le document nous réfère aux affaires *Godbout*, *Morgentaler* et *Blencoe*.
130. À l'appui de cet argument, M. JACKMAN, *loc. cit.*, note 48, 44 cite R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Au même effet, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 37, p. 100.
131. À l'appui de cet argument, M. JACKMAN, *ibid.*, cite R. c. *Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.
132. *Ibid.* Voir également E.L. OSCAPPELLA, *loc. cit.*, note 53, p. 192, à la p. 227.
133. M. JACKMAN, *ibid.*, p. 41. Voir également E.L. OSCAPPELLA, *ibid.*, p. 192.
134. M. JACKMAN, *ibid.*
135. *Ibid.* Cette interprétation est confirmée par GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 96, p. 2-27 et s. Dans ce document, on affirme que le droit aux origines est inclus dans l'article 7 de la *Charte canadienne*, que la divulgation des renseignements non nominatifs et nominatifs, dans ce dernier cas avec le consentement du donneur, ne porterait pas atteinte à la sécurité du donneur. La seule situation qui demeure ambiguë est celle où une loi viendrait, de façon rétroactive, abolir la règle de l'anonymat du donneur. Sur ce dernier point, l'analyse proposée dans le document utilise l'article 8 de la Charte canadienne et l'arrêt *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.), sans toutefois répondre à la question à savoir si une telle loi serait raisonnable.

Le refus de divulguer des renseignements nécessaires à la protection de la vie et de la santé porterait [...] atteinte au droit à la sécurité de la personne conçue grâce à la procréatique. Un texte de loi qui prescrirait la communication automatique de renseignements non identifiants assurerait la protection de l'intérêt de l'enfant, sans porter atteinte au droit du géniteur au respect de sa vie privée.¹³⁶

Par contre, la Commission fait une distinction en ce qui a trait aux informations nominatives, qui, selon elle, « soulève manifestement le problème du conflit entre l'intérêt de l'enfant à connaître l'identité de ses géniteurs et l'intérêt du donneur à demeurer anonyme »¹³⁷. Elle prend la position suivante : « un texte de loi qui interdirait la divulgation de renseignements identifiants sans le consentement du donneur serait sans doute conforme à l'article 7 de la Charte »¹³⁸. Une des motivations de la Commission était de ne pas décourager le don de gamètes, essentiel pour mener à bien l'exercice de la procréation assistée. Il faut ajouter que l'exemple de la Suède¹³⁹ ne permet pas d'appuyer ces craintes, car un an après les changements législatifs dans ce pays, le nombre de dons s'était stabilisé et les donneurs, responsabilisés¹⁴⁰. Il faut aussi ajouter que lorsque les règles en matière de filiation sont claires et ne permettent pas, comme c'est le cas au Québec, d'établir un lien de filiation entre l'enfant conçu par procréation assistée et le donneur¹⁴¹, ce dernier est mieux protégé.

Ainsi, pour rendre accessibles les renseignements nominatifs, l'approche retenue par la *Loi sur la procréation assistée*¹⁴² est très appropriée¹⁴³ et respectueuse du droit aux origines. En effet,

136. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 37, p. 100. Voir les recommandations 17 et 18. Donc, le C.c.Q. pourrait aller plus loin. C'est d'ailleurs ce que fait la *Loi sur la procréation assistée*, précitée, note 46. *Contra* : une auteure estime cependant qu'il faut être prudent dans l'établissement de mesures favorisant l'accès aux origines et insiste sur l'importance de ne pas bouleverser la vie privée des donneurs, voir B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 75, p. 829-837, 842.

137. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *ibid.*, p. 101.

138. *Ibid.*

139. *Supra*, note 73.

140. Voir Lena JONSSON, *loc. cit.*, note 25, p. 148. Voir aussi COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 37, p. 170, contenu de la note 745.

141. Art. 538.2 C.c.Q.

142. Précitée, note 46.

143. Cette affirmation ne tient pas compte des problèmes constitutionnels que cette législation entraîne. Sur la question du conflit entre les législations fédérale et québécoise, le Renvoi sur la constitutionnalité, *supra*, note 48, nous en dira davantage.

en exigeant le consentement du donneur comme condition à son don de gamètes, on s'assure que l'information sera accessible et on s'assure aussi de traiter tous les enfants également¹⁴⁴. Au surplus, cette solution présente l'avantage de respecter les législations en matière de vie privée¹⁴⁵.

Par ailleurs, l'argumentation en faveur de l'existence d'un droit aux origines, de façon indirecte à travers la protection accordée à la vie privée, doit être développée au Canada et au Québec. En effet, en contraste avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la question du droit aux origines n'a presque pas été abordée sous cet angle. On a plutôt eu tendance à invoquer le droit à la vie privée pour protéger l'anonymat du donneur de gamètes et non pour protéger l'identité de l'enfant¹⁴⁶. Ainsi, la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui protège expressément le droit à la vie privée à l'article 5¹⁴⁷, et la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle consacre indirectement ce droit notamment par les articles 7 et 8¹⁴⁸, pourraient constituer des outils précieux vers la reconnaissance effective du droit aux origines.

Finalement, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'État aurait des obligations positives pour rendre effectif l'exercice du droit aux origines¹⁴⁹. Il aurait donc l'obligation de s'assurer que chaque personne a accès à l'information, tant nominative que non nominative, sur les origines. En ce qui a trait à l'information nominative, bien que toute personne conçue par procréation assistée ne voudra pas nécessairement rencontrer son géniteur, elle devrait en avoir au moins la

144. Voir E.L. OSCAPELLA, *loc. cit.*, note 53, p. 192, à la p. 228.

145. Tant dans le secteur public au Québec, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, que dans le secteur privé, *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1 et art. 35 et s. C.c.Q. Il faut par ailleurs ajouter que ces législations ne sont pas suffisamment précises pour réglementer les procréations assistées. Ainsi, à tout le moins, des dispositions particulières à ce secteur seraient requises, voir notamment E.L. OSCAPELLA, *loc. cit.*, *ibid.*, p. 192, à la p. 225.

146. *Supra*, note 75.

147. E.L. OSCAPELLA, *loc. cit.*, note 53, 203. Voir A.-R. NADEAU, *supra*, note 83, p. 35-45 pour de plus amples détails sur la protection de la vie privée en droit québécois.

148. E.L. OSCAPELLA, *ibid.*, p. 201. Pour une étude fouillée sur la protection du droit à la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain, voir A.-R. NADEAU, *ibid.*, p. 115-365.

149. *Supra*, note 96.

possibilité¹⁵⁰, étant entendu que le donneur a ici plus de droits que sur le plan de l'information non nominative. De plus, l'État aurait l'obligation de mettre sur pied un organisme neutre pour gérer l'information et les possibles conflits entre les droits de l'enfant et du donneur ou des parents.

Dans l'état actuel du droit, nous sommes d'avis que la législation québécoise ne respecte pas le droit aux origines en matière de procréation assistée. Et en ce qui concerne l'adoption, l'État pourrait être forcé de revoir les mécanismes permettant d'accéder aux retrouvailles (ou leur financement), car dans certains cas, les délais sont très longs¹⁵¹, ce qui constitue possiblement une violation du droit aux origines. Édith Deleury affirmait en 1988, de façon minoritaire dans la doctrine québécoise, que cette situation « dénote une contradiction avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et relève de l'incapacité de gérer institutionnellement et professionnellement ce droit »¹⁵².

Tel que mentionné auparavant, une autre façon de protéger le droit aux origines de l'enfant est d'invoquer le droit à l'égalité, protégé par l'article 15 de la *Charte canadienne* et l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁵³, en faisant référence à la différence de traitement entre les enfants adoptés et les enfants issus de la procréation assistée¹⁵⁴. Dans le même sens, l'article 522 C.c.Q. exigerait

150. Comme l'exprime É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, 100 : « il ne s'agit pas tant, [...], d'établir des relations avec leurs parents biologiques, « que de » se situer dans l'espace et parmi les hommes et les femmes dont ils sont issus pour comprendre leur différence et mieux s'assumer ».

151. Voir notamment *Droit de la famille – 1589*; *Droit de la famille – 1492*; *Droit de la famille – 1359*, précités, note 65; *Droit de la famille – 1297*, [1990] R.D.F. 93 (C.Q.) et *Droit de la famille – 1146*, [1988] R.D.F. 47 (C.Q.). Voir également Alain ROY, *op. cit.*, note 25, plus particulièrement à la page 80 où l'auteur suggère une réforme des règles sur les retrouvailles, à l'instar des réformes récentes, notamment en Ontario, qui permettent la transmission des informations sur les origines d'entrée de jeu, sauf s'il y a eu transmission de volontés à l'effet contraire.

152. É. DELEURY, « Filiation, parenté, identité... », *loc. cit.*, note 1, 168 et 169, reprenant l'essentiel de la position de la Commission des droits de la personne dans un « mémoire sur la confidentialité des dossiers d'adoption dans le Rapport de l'Office de révision du Code civil », en 1979.

153. Le motif serait la discrimination quant à l'état civil.

154. M. JACKMAN, *loc. cit.*, note 48, p. 44 et 45 : « Il faudrait donc invoquer l'article premier afin de justifier des mesures législatives prévoyant de refuser les renseignements sur les antécédents médicaux et sociaux de l'enfant et démontrer que ces mesures sont nécessaires pour assurer la viabilité des programmes de dons de gamètes ou pour protéger des intérêts constitutionnels opposés, tel le droit à la vie privée du donneur ou de la donneuse de gamètes ». Voir aussi E. DELEURY, « Filiation, parenté, identité... », *loc. cit.*, note 1, p. 169, qui affirme ce qui suit dans le contexte de la demande plus grande d'accès à l'information exigée des personnes adoptées : « [...] créer un statut différent pour les enfants issus des techniques de reproduction artificielle serait discriminatoire.

le respect du droit aux origines¹⁵⁵. Reste à savoir si l'État est tenu d'adopter des mesures pour assurer la protection de ce droit¹⁵⁶.

Au-delà de la tendance vers la reconnaissance d'un droit aux origines dans la jurisprudence en droit international des droits de la personne, des auteurs ont affirmé l'existence de ce droit parmi les droits humains fondamentaux¹⁵⁷. C'est sans doute l'affirmation de ce droit ainsi que l'influence des chartes des droits et libertés qui ont poussé le législateur fédéral, dans la foulée des recommandations de la Commission Baird¹⁵⁸, à le reconnaître dans la *Loi sur la procréation assistée*¹⁵⁹. Alors, pour toutes ces raisons, si la question des origines se retrouvait devant les tribunaux, nous croyons qu'ils possèderaient tous les outils pour assurer la reconnaissance de ce droit.

Passons maintenant à la question du conflit entre les législations fédérale et québécoise. Il est vrai que le *Renvoi sur la constitutionnalité*¹⁶⁰ nous en dira davantage, mais pour l'heure il demeure pertinent de se pencher sur cette question.

Si l'on admet qu'il puisse y avoir plusieurs formes de famille, on ne peut pas tolérer par contre, que les enfants qui en sont issus ne jouissent pas de mêmes droits. Or l'égalité, quelles que soient les circonstances de la naissance, est un principe fondamental de notre Code civil. » Cette différence de traitement, entre les enfants issus de procréation assistée et les enfants adoptés, serait par ailleurs fondée sur l'état civil, motif de distinction énuméré à l'article 10 de la Charte québécoise et dont la naissance constitue l'une des dimensions : *Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Pour sa part, si l'article 15 de la Charte canadienne ne fait pas directement mention de l'état civil, il est probable qu'une distinction fondée sur les circonstances de la naissance d'un enfant serait considérée comme analogue à celles dont fait expressément mention la norme constitutionnelle d'égalité.

155. É. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 104.

156. M. JACKMAN, *loc. cit.*, note 48, p. 45. Qualifiant le droit à l'égalité de « droit hybride » dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 721, la Cour suprême a déjà reconnu que le respect du droit à l'égalité impose parfois la reconnaissance d'obligations positives à l'État. Voir aussi *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 ; *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 ; *Schachter c. Canada*, *ibid.* ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

157. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 52.

158. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 1, p. 261, a affirmé avec raison : « Dans une tentative pour concilier les intérêts divergents des intéressés, la Commission Baird a recommandé (nos 88 et 94) qu'au moment du don de sperme, des renseignements non nominatifs [antécédents médicaux, âge, origine ethnique, attributs physiques et sociaux] et nominatifs [nom et prénom, date et lieu de naissance et adresse du donneur] sur le donneur soient recueillis et que les informations nominatives sur le donneur soient gardées dans des conditions de sécurité nécessaires afin qu'elles demeurent confidentielles, sauf si les tribunaux jugent qu'il y a une grave nécessité d'ordre médical ».

159. Précitée, note 46.

160. *Supra*, note 48.

Abordons d'abord la question sous l'angle de la présomption de validité des lois et par conséquent, de l'incompatibilité entre le C.c.Q. et la loi fédérale¹⁶¹. Or, dans l'état actuel des choses, nous croyons pouvoir affirmer que le C.c.Q. semble incompatible avec la loi fédérale puisqu'il va à l'encontre de son objet ou esprit. En effet, le premier part du principe de la confidentialité des données, et la seconde a comme fondement le droit d'accéder aux informations sur les origines¹⁶². Alors, en cas de litige, la loi fédérale devra prévaloir. En conséquence, le droit aux origines prévaudra en matière de procréation assistée.

D'autre part, qu'advient-il dans l'hypothèse où la loi fédérale était déclarée *ultra vires* par la Cour d'appel du Québec¹⁶³? Le droit provincial s'appliquerait, mais les règles contenues au C.c.Q. pourraient être contestées pour cause d'incompatibilité au droit fondamental de connaître ses origines¹⁶⁴. Ainsi, le droit aux origines s'imposera, qu'on le veuille ou non.

161. En cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale valides, la première a préséance en vertu du principe de la prépondérance fédérale. Voir *Rothmans, Benson & Edges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11 ; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 68 et *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1992] 2 R.C.S. 161, 189-191. Il y aura incompatibilité s'il n'est pas possible pour l'individu de respecter les deux lois (par exemple si la loi provinciale permet un comportement que la loi fédérale interdit ou l'inverse) (*Rothmans, Benson & Edges Inc. c. Saskatchewan*, *ibid.* ; *M & D Farm c. Société du crédit agricole*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 39-42) ou, dans une perspective plus libérale, si la loi provinciale ne respecte pas l'objet de la loi fédérale. Voir *Rothmans, Benson & Edges Inc. c. Saskatchewan*, *ibid.*, par. 12 ; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, *ibid.*, par. 70 et *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 155.
162. L'incompatibilité semble donc évidente. Ajoutons qu'en vertu de l'article 542 C.c.Q., la démonstration d'un préjudice grave est nécessaire à toute communication de renseignements médicaux non nominatifs, ce que ne requiert pas la loi fédérale. Le Code interdit donc de faire ce que la loi fédérale permet. Cependant, puisque les deux lois permettent en définitive de divulguer des renseignements médicaux non nominatifs, on pourrait objecter que les institutions concernées pourraient se conformer aux deux lois dans la mesure où l'exigence préalable d'une preuve de préjudice grave par le Code serait considérée comme une formalité technique. Ainsi, pour respecter les deux lois, il suffirait d'abord de démontrer, en accord avec le Code, l'existence d'un préjudice grave. La Cour suprême a cependant déjà rejeté un argument similaire dans une affaire soulevant des faits et un domaine de droit différent mais qui s'avère tout de même pertinente pour nos fins. Voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, *ibid.*, par. 72.
163. Il faut noter qu'en principe, une décision de la Cour d'appel d'une province ne lie pas la Cour d'appel des autres provinces. Voir *Wolf c. La Reine*, [1975] R.C.S. 107, 109 ; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 35.
164. De plus, puisque la loi fédérale continuerait de prévaloir dans les autres provinces, une personne pourrait invoquer le traitement inégal entre un citoyen québécois et un autre résident dans une autre province pour tenter de faire invalider le Code. Le succès d'une telle démarche n'est cependant pas assuré étant donné que la Cour suprême a déjà jugé que l'article 15 de la Charte canadienne ne

CONCLUSION

Si, en tenant pour acquis qu'à une certaine époque, les valeurs sociales exigeaient le secret des origines, dans le contexte actuel des réalités familiales plurielles, il importe désormais de remettre en question cette règle¹⁶⁵. En effet, comme l'affirment Sloss et Mikitiuk, « [l]e fait de garantir l'anonymat et de nier l'importance psychologique de connaître ses antécédents génétiques n'aura pas pour effet de préserver et de protéger la structure familiale »¹⁶⁶.

La tendance en droit international est à la reconnaissance d'un droit fondamental de connaître ses origines biologiques. En effet, de plus en plus de pays, dont la Grande-Bretagne, revoient leur législation pour permettre aux enfants de mieux accéder à leurs origines. Aussi, les réticences de la Cour européenne des droits de l'homme ne tiennent souvent qu'à la marge d'appréciation étatique dans le contexte d'un tribunal supranational. Cette marge est un peu moins grande en droit interne, surtout lorsqu'il offre les outils de protection des droits fondamentaux permettant la reconnaissance des droits et libertés, ici le droit fondamental de connaître ses origines.

Comme l'a mentionné Monique Ouellette,

La législation québécoise, avant-gardiste dans certaines dispositions, n'en est pourtant qu'à ses débuts. Le législateur a eu le mérite de prendre position sur certains aspects délicats et controversés des [nouvelles techniques de reproduction].¹⁶⁷

Ainsi, le temps est peut-être venu d'aller plus loin. Le législateur devrait prendre les devants pour réformer le droit sur cette question. Ce serait une excellente occasion d'accorder une place de choix, celle d'ailleurs qui leur revient, aux droits des enfants¹⁶⁸.

permet pas d'invalider une loi provinciale, valablement adoptée selon le partage des compétences, pour la simple raison qu'elle est plus restrictive que le régime législatif d'une autre province, *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254. Voir aussi *Haig c. Canada*; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.

165. R. ACHILLES, *loc. cit.*, note 25, p. 162 : « In sum, it is my view that the current practices of anonymity and secrecy surrounding donor insemination are designed to "normalize" the families created to the cultural norm of the nuclear biologically tied family. » Voir également É. DELEURY, dans « Sortir la maternité du lab. », à la p. 166.

166. E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 52, p. 432.

167. M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 31, p. 693, à la p. 708.

168. E. DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle... », *loc. cit.*, note 1, p. 104 ; « Filiation, parenté, identité... », *loc. cit.*, note 1, p. 169 ; E. SLOSS et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 52, p. 466 ; U. KILKELLY, *op. cit.*, note 98, plus particulièrement le chapitre 5.

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*

Sébastien GRAMMOND*

1.	L'absence des autochtones dans la <i>Charte</i>	298
1.1	Le contexte constitutionnel	300
1.2	Discrimination raciale ou droits de groupe ?	302
1.3	Les autochtones face au projet identitaire québécois	305
2.	Une réévaluation des raisons de l'exclusion	310
2.1	Le partage des compétences	310
2.2	Les droits des minorités, conséquence des droits de la personne	312
2.3	La place des autochtones dans le projet identitaire québécois	315
3.	Modifier la <i>Charte</i> ? Objectifs et contraintes	316

* LL.B., LL.M. (Montréal), M.Stud., D.Phil. (Oxford) ; professeur agrégé et vice-doyen à la recherche, Faculté de droit (Section de droit civil), Université d'Ottawa ; avocat-conseil, Fraser Milner Casgrain s.r.l. Je désire remercier Karina Correa Pereira, candidate au doctorat à l'Université d'Ottawa, qui m'a aidé dans les recherches qui ont mené à la rédaction du présent texte, ainsi que ma collègue Anne-Françoise Debruche, qui en a aimablement commenté une version antérieure.

La *Charte* québécoise garde le silence face aux droits des premiers habitants du pays. On peut donc trouver étrange de voir apparaître, dans un recueil de textes consacrés à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ du Québec, un article sur les droits des autochtones. On ne peut évidemment pas analyser ou commenter des dispositions qui n'existent pas.

Il est tout de même possible, et c'est là l'objet du présent texte, de s'interroger sur les raisons de ce silence. L'omission des droits des autochtones dans la *Charte* québécoise intrigue d'autant plus qu'à peu près à la même époque, le Canada a intégré les droits des premiers peuples dans sa constitution, à l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*² et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³. Pourquoi, dans une même fédération où les deux ordres de gouvernement adoptent chacun leur charte des droits, les droits garantis par ces chartes ne coïncident-ils pas ? La question est d'autant plus intéressante que les divergences ne portent pas sur les libertés dites classiques ou fondamentales (la liberté d'expression ou d'association, les droits judiciaires, etc.), mais plutôt sur les droits de groupes minoritaires. Et le contraste entre les chartes ne concerne pas que les autochtones : la *Charte canadienne* comporte plusieurs dispositions sur les droits linguistiques (art. 16 à 23), alors que la *Charte* québécoise, encore une fois, demeure silencieuse à ce sujet. Le législateur québécois a préféré traiter la question linguistique dans une loi ordinaire, la *Charte de la langue française*⁴.

Sur le plan des principes, cette divergence entre les chartes pose la question de l'universalité des droits, notamment des droits des minorités. Si les droits des autochtones et les droits linguistiques sont reconnus dans la *Charte canadienne*, mais pas dans la *Charte* québécoise, est-ce là un signe que les droits des minorités ou des peuples autochtones ne sont pas de véritables droits de la personne ? Ou qu'ils ne sont pas universels ? Ou que leur reconnaissance ne découle que des hasards de la politique et de l'histoire et non d'un principe supérieur ?

1. L.R.Q., c. C-12 (la « *Charte* québécoise » ou la « *Charte* »).

2. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (la « *Charte canadienne* »).

3. *Ibid.*

4. L.R.Q., c. C-11.

La première partie du présent texte vise à jeter un nouvel éclairage sur les facteurs qui ont pu expliquer l'omission du législateur québécois de garantir les droits des autochtones dans la *Charte*. La seconde partie porte un regard critique sur ces raisons et tente de vérifier si celles-ci ont résisté à l'épreuve du temps et à l'évolution de la pensée. Enfin, on donnera une idée des justifications d'une inclusion des droits des autochtones.

1. L'absence des autochtones dans la *Charte*

Étudier une omission pose évidemment certains problèmes méthodologiques, notamment lorsqu'il s'agit d'en établir les causes. Ces difficultés sont d'autant plus aiguës lorsqu'on étudie l'omission d'adopter une loi, car on ne s'intéresse pas aux actes d'une seule personne, mais d'un groupe d'individus, les députés, que l'on personnifie en lui donnant le nom symbolique de « législateur ». Or, le caractère artificiel de la notion d'intention du législateur est bien connu. Un groupe n'a pas d'intention ; seuls ses membres en ont, et celles-ci peuvent diverger. Le fait qu'un député affirme qu'une loi a été adoptée en vue de régler un problème donné ne signifie pas que cette opinion est partagée par les autres membres du corps législatif. Cela n'exclut pas que d'autres raisons aient pu motiver l'adoption de la loi en cause. Malgré l'indétermination relative du concept d'intention du législateur, il est néanmoins possible d'étudier les idées, les valeurs ou les forces politiques qui ont rendu possible l'adoption d'une loi. Il s'agit alors des causes sociologiques de l'adoption de la loi, même si elles ne coïncident pas nécessairement avec ce qu'un tribunal appellera l'intention du législateur. De la même manière, on peut étudier les causes sociologiques d'une omission de légiférer.

Il se peut que l'omission de légiférer sur un problème donné soit due simplement au fait que ce problème n'a pas été porté à l'attention du gouvernement ou du corps législatif. Dans un tel cas, il est difficile d'attribuer une cause (sociologique) précise à l'omission, hormis l'ignorance du problème à résoudre. Par contre, il arrive qu'une problématique soit connue du gouvernement ou du corps législatif, mais que ceux-ci, après avoir étudié la question, ne jugent pas nécessaire d'adopter une loi sur le sujet. Dans un tel cas de figure, l'omission de légiférer possède bel et bien une cause : ce sont les raisons qui ont poussé le gouvernement à ne pas agir. Cependant, puisque le gouvernement rend rarement publics les motifs de son inaction, le chercheur est confronté à une difficulté. Ne disposant pas de preuves directes, il doit se rabattre sur

des indices des causes de l'omission sous étude, qui peuvent provenir du contexte politique général de l'époque ou encore de prises de position de divers acteurs au sujet de la problématique étudiée.

Il est tentant de croire que la problématique autochtone était absente du débat public durant la période d'élaboration de la *Charte* québécoise, soit entre 1968, lorsqu'un premier projet est établi, et son adoption en 1975⁵. D'ailleurs, les autochtones ne sont pas mentionnés lors des débats parlementaires sur le projet de *Charte*⁶. L'omission d'y garantir les droits des autochtones relèverait donc de la première catégorie mentionnée plus haut et serait due à la simple ignorance. Il serait donc inutile d'en rechercher les causes. Cependant, certains indices nous laissent croire que l'absence des autochtones est délibérée. En effet, c'est à cette époque que la problématique autochtone a fait surface au Québec, notamment par le « jugement Malouf »⁷, c'est-à-dire une injonction, prononcée à la demande de certains autochtones québécois, qui arrêtaient les travaux du complexe hydroélectrique La Grande. Ce jugement a mené à la négociation de la Convention de la Baie James⁸, qui accordait des droits importants aux Cris et aux Inuit du nord du Québec. Cependant, ces indices demeurent ambigus et ne démontrent pas que la problématique autochtone ait fait l'objet d'une attention soutenue entre 1968 et 1975.

Si le caractère volontaire de l'omission des droits des autochtones est incertain lors de l'adoption initiale de la *Charte* en 1975, il ne fait plus aucun doute lors de la révision majeure de celle-ci en 1982. Lors des consultations qui ont mené à cette révision, la question des droits des autochtones a été discutée en détail dans le mémoire présenté par la Commission des droits de la personne à la commission parlementaire⁹. De plus, à cette même époque,

5. Pour un historique de l'adoption de la *Charte*, voir A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1989) 21 *R.J.T.* 1.

6. Voir QUÉBEC, Assemblée nationale, *Débats de l'Assemblée nationale*, 29 octobre 1974, 12 novembre 1974, 14 novembre 1974 et 26 mars 1975.

7. *Gros-Louis c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.), infirmé par *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166.

8. *Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, édition 1998, Sainte-Foy, Publications du Québec, 1998. La négociation et la mise en œuvre de cette convention sont décrites dans R. MACGREGOR, *Chief : The Fearless Vision of Billy Diamond*, Toronto, Penguin Books, 1990 ; voir aussi A.-G. GAGNON et G. ROCHER (dir.), *Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Montréal, Québec Amérique, 2002.

9. QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission permanente de la Justice sur la Charte des droits et libertés de la personne*, octobre 1981, p. 135-145.

l'inclusion éventuelle des droits des autochtones dans la nouvelle constitution canadienne soulevait un débat politique passionné, qu'on n'ignorait pas au Québec. Or, le contenu de la nouvelle constitution canadienne a fait l'objet d'une attention particulière lors du processus de révision de la *Charte québécoise*. L'ajout des articles 24.1, 28.1, 32.1, 33.1, 37.1 et 37.2 prouve que le législateur québécois voulait mettre la *Charte québécoise* au diapason de la *Charte canadienne* en ce qui a trait aux droits relatifs au processus pénal, puisque ces nouvelles dispositions de la *Charte québécoise* reprenaient les articles 8, 11a), 11b), 11c), 11h) et 11i) de la *Charte canadienne*. Or, si un tel exercice a été réalisé en ce qui a trait au processus pénal, son absence en ce qui a trait aux droits des autochtones est nécessairement volontaire.

Quelles sont alors les causes (au sens sociologique) de cette omission délibérée ? On peut identifier trois facteurs potentiellement significatifs : le contexte constitutionnel, la conception individualiste des droits et la tension entre les droits des autochtones et le projet identitaire québécois.

1.1 Le contexte constitutionnel

C'est bien connu : les autochtones relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral¹⁰. Cette attribution de compétence signifie non seulement que seul le Parlement fédéral peut adopter des lois portant, de par leur caractère véritable (en anglais, « *pith and substance* ») sur les autochtones¹¹, mais aussi que les lois provinciales ne peuvent pas être appliquées aux autochtones, du moins si elles affectent un aspect important de leur identité¹². La compétence fédérale vise non seulement les autochtones en tant qu'individus, mais aussi les terres qui leur sont réservées, ce qui comprend à la fois les « réserves indiennes » au sens strict et les autres droits territoriaux dont ils sont titulaires, comme les droits de chasse et de pêche ou le titre ancestral¹³. De plus, dans une société où l'État agit davantage en offrant des services ou en établissant des programmes qu'en adoptant des

10. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), App. II, n° 8, art. 91(24) ; pour ce qui est des Inuit, voir *Re Eskimos*, [1939] R.C.S. 104 ; pour une analyse plus fouillée, voir S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Yvon Blais, 2003, p. 355-378.

11. *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451.

12. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309.

13. *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. La Reine* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 59 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1116-1117.

lois contraignantes, on considère généralement que l'attribution d'une compétence législative est accompagnée d'une responsabilité financière quant aux programmes ou aux services qui pourraient être associés à l'objet de cette compétence. Ainsi, c'est le gouvernement fédéral qui supporte le fardeau de la majeure partie des dépenses publiques en faveur des autochtones. À titre d'exemple, les services d'éducation et de santé destinés aux autochtones ont historiquement été dispensés par le gouvernement fédéral et non par les provinces, qui assurent ces services au reste de la population.

Cette situation constitutionnelle entraîne une ignorance, voire une méfiance mutuelle entre les autochtones et les gouvernements provinciaux. Ceux-ci n'ont pas une connaissance approfondie des autochtones, de leur situation et de leurs besoins. Les autochtones et leurs terres constituent une forme de « trou » dans la compétence des provinces, une question dont les gouvernements provinciaux estiment n'avoir pas à s'occuper. De leur côté, les autochtones entretiennent l'idée qu'ils sont en quelque sorte immunisés face à l'action ou aux pouvoirs des provinces. La législation et les services provinciaux, croient-ils, ne sont pas adaptés à leur condition. L'action provinciale serait insensible à la culture et à l'identité autochtones. Les provinces sont perçues comme ayant une volonté d'assimiler les autochtones au reste de la population, pour offrir des services ou des programmes identiques à tous. Ce sont aussi les lois provinciales sur la chasse et la pêche, sur l'exploitation forestière ou minière ou sur l'hydroélectricité qui sont le plus susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux des autochtones. Ainsi, les règles du partage des compétences qui découlent de la constitution canadienne protégeraient les intérêts des autochtones de façon indirecte, en délimitant une sphère d'autonomie à l'intérieur de laquelle ceux-ci ne sont pas assujettis à la législation provinciale¹⁴.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant qu'on ait laissé de côté la problématique autochtone dans une *Charte* qui ne vise que les domaines de compétence provinciale (selon son article 55). On peut aussi comprendre que certains groupes autochtones aient exprimé une certaine méfiance face à l'idée de voir leurs droits garantis au sein de la *Charte* québécoise. Ainsi, en 1981, la Com-

14. B. RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *R.D. McGill* 308.

mission des droits de la personne notait les objections de groupes autochtones (qu'elle n'identifie pas) à un tel ajout¹⁵. En particulier, les autochtones auraient craint que la reconnaissance de leurs droits dans une charte provinciale en diminue le contenu ou aboutisse à exclure les droits qui leur sont reconnus par la législation fédérale. Une garantie provinciale de leurs droits serait au mieux inutile, au pire un cheval de Troie menant à une extension du champ d'application des lois provinciales.

1.2 *Discrimination raciale ou droits de groupe ?*

Une autre explication du silence de la *Charte* québécoise au sujet des autochtones est qu'à l'époque de l'élaboration de celle-ci, on analysait la problématique autochtone principalement sous l'angle de la discrimination raciale. La situation socio-économique inférieure des autochtones était considérée comme une conséquence de leur isolement et de leur traitement séparé. La solution, croyait-on, était de leur accorder le même statut qu'à tous les autres citoyens. C'est dans cet esprit que le gouvernement fédéral, sous la houlette du premier ministre Trudeau, avait proposé, en 1969, d'abolir le statut d'Indien, d'abroger la *Loi sur les Indiens*¹⁶ et de faire disparaître l'appareil gouvernemental qui assurait l'administration de leurs affaires¹⁷. C'est aussi en 1969 que le Québec accordait (enfin !) le droit de vote aux Indiens¹⁸ et que la Cour suprême rendait son célèbre arrêt *Drybones*¹⁹, dans lequel elle invalidait une disposition de la *Loi sur les Indiens* au motif que celle-ci constituait de la discrimination raciale.

Cette tendance à attribuer la situation défavorable des autochtones à un problème de discrimination raciale était renforcée par l'attitude négative envers les droits de groupe qui a généralement prévalu, sur la scène internationale, jusqu'aux années 1980. En effet, l'idée d'accorder des droits particuliers aux minorités ethniques ou nationales, surtout si ces droits possédaient un aspect collectif, était généralement vue, depuis la

15. QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission permanente de la Justice sur la Charte des droits et libertés de la personne*, octobre 1981, p. 138.

16. L.R.C. (1985), c. I-5.

17. S.M. WEAVER, *Making Canadian Indian Policy : The Hidden Agenda 1968-70*, Toronto, University of Toronto Press, 1981 ; le « livre blanc » lui-même est reproduit en annexe de D.M. TURNER, *This Is Not a Peace Pipe : Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

18. *Loi modifiant la Loi électorale*, L.Q. 1969, c. 13, art. 1.

19. *Drybones c. La Reine*, [1970] R.C.S. 282.

Deuxième Guerre mondiale, comme un ferment de l'instabilité politique. Les droits des minorités ont été volontairement exclus du système de protection des droits de la personne qui a été mis en place dans l'après-guerre²⁰. Lorsque, à l'article 27 du *Pacte international sur les droits civils et politiques*²¹, la communauté internationale a garanti certains droits aux minorités, on a bien pris soin d'indiquer qu'il s'agissait de droits appartenant aux *personnes* qui sont membres de groupes ethniques, religieux ou linguistiques et non aux groupes eux-mêmes. Dans ce contexte, on comprend aisément que le législateur québécois ait limité sa reconnaissance des droits des minorités au cas des minorités dites « ethniques » à l'article 43 de la *Charte*. Cette disposition est calquée sur l'article 27 du *Pacte international*, tout en omettant – on y reviendra – les minorités religieuses ou linguistiques. À l'exception de cet article, la *Charte* québécoise ne fait aucunement allusion à l'existence, au sein du Québec, de minorités ethniques ou nationales ou des peuples autochtones.

La jurisprudence récente de la Cour suprême au sujet des droits des autochtones témoigne également de cette antinomie perçue entre les droits des autochtones et l'égalité. Ainsi, dans l'arrêt *Van der Peet*²², le juge Lamer affirme que les droits ancestraux ne peuvent être définis en fonction des principes de la philosophie des Lumières qui a influencé les chartes des droits. En effet, selon lui, les droits garantis par les chartes doivent appartenir à tous les membres de la société, puisqu'ils sont universels et qu'ils traduisent la dignité inhérente de chaque individu. Or, les droits ancestraux n'appartiennent qu'aux autochtones et ce « défaut d'universalité » obligerait les tribunaux à en chercher le fondement dans des principes étrangers aux droits de la personne.

Les autochtones eux-mêmes expriment souvent leur méfiance face aux chartes des droits, en raison précisément de la tension entre droits de groupe et droits individuels. En effet, au début des années 1970, les tribunaux ont commencé à se servir de la *Déclaration canadienne des droits*²³ pour invalider certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* en raison de leur caractère discriminatoire. La première affaire fut le célèbre arrêt *Drybones*, où la Cour invalida l'interdiction, applicable seulement aux

20. A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Les minorités et le droit*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 23, 39, 52.

21. (1976) 999 R.T.N.U. 306.

22. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 534.

23. L.R.C. (1985), App. III.

autochtones, d'être ivres en dehors des réserves²⁴. On attaque ensuite la règle voulant que la femme indienne qui épousait un homme non indien perde automatiquement son statut, alors que l'inverse n'était pas vrai. Un tribunal de première instance annula la règle et affirma qu'il était fort probable que la *Loi sur les Indiens* soit invalide dans sa totalité²⁵. La disparition éventuelle de cette loi, qui, malgré ses imperfections, constituait la seule reconnaissance juridique de la spécificité autochtone, effraya les leaders autochtones et convainquit ceux-ci d'intervenir en Cour suprême afin d'appuyer la validité des dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*²⁶. La Cour suprême valida finalement la règle discriminatoire en cause²⁷.

De plus, certains auteurs, y compris des auteurs autochtones, ont critiqué le fait que les chartes des droits véhiculent une conception individualiste de la personne humaine qui est contraire à la conception davantage communautaire qui prévaut chez les peuples autochtones²⁸. En fait, cette prise de position vise à réagir à la tendance de la philosophie libérale dominante à faire prévaloir les droits des individus membres d'une minorité au détriment des intérêts du groupe minoritaire à préserver sa propre culture, lorsque les deux entrent en conflit²⁹. Par conséquent, bon nombre de leaders autochtones ont affirmé que la *Charte canadienne* ne devrait pas s'appliquer aux gouvernements autochtones³⁰. On peut penser qu'ils adopteraient la même position au sujet de la *Charte* québécoise, qui est inspirée de la même philosophie individualiste.

24. *Drybones c. La Reine*, [1970] R.C.S. 282.

25. *Bédard c. Isaac* (1971), 25 D.L.R. (3d) 551 (H.C. Ont.) ; voir aussi *Isaac c. Davey* (1973), 38 D.L.R. (3d) 23 (H.C. Ont.), p. 34-37, cassé par (1974), 51 D.L.R. (3d) 170 (C.A. Ont.), confirmé par [1977] 2 R.C.S. 897.

26. S.M. WEAVER, « First Nations Women and Government Policy, 1970-92 : Discrimination and Conflict », dans S. BURT, L. CODE et L. DORNEY (dir.), *Changing Patterns : Women in Canada*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1993, p. 92.

27. *Canada (Procureur général) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

28. M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolies, Cultural Differences », (1989-90) 6 A.C.D.P. 3 ; K. WILKINS, « ...but we Need the Eggs : The Royal Commission, The Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government », (1999) 49 U.T.L.J. 53, 86-99 ; voir cependant, pour une position plus nuancée, J. BORROWS, « Contemporary Traditional Equality : The Effect of the Charter on First Nation Politics », (1994) 43 R.D.U.N.-B. 19.

29. C'est la position que défend, avec certaines nuances, W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, Montréal, Boréal, 2001 ; pour un survol récent de ce débat, voir A. EISENBERG et J. SPINNER-HALEV (dir.), *Minorities within Minorities : Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

30. T. SCHOOLS, *Shifting Boundaries : Aboriginal Identity, Pluralist Theory and the Politics of Self-Government*, Vancouver, UBC Press, 2003, p. 101-103.

Ce contexte explique que les autochtones manifestent peu d'intérêt pour un instrument comme la *Charte* québécoise. Une manifestation particulière des craintes autochtones figure dans le mémoire que la Commission des droits de la personne adressait à la commission parlementaire en 1981, où l'on mentionnait que certains groupes autochtones craignaient qu'une reconnaissance de droits individuels ne mette en danger le rôle de leurs représentants élus³¹. Il semble que cette appréhension soit reliée à la possibilité que les droits individuels puissent miner l'organisation politique autochtone.

1.3 Les autochtones face au projet identitaire québécois

Les deux facteurs qui viennent d'être étudiés peuvent expliquer certaines réticences instinctives à l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte* québécoise. On verra cependant, dans la section suivante, que ces objections sont aisément réfutables ou qu'elles ont perdu de leur pertinence au cours des 30 dernières années. Mon hypothèse, dont il n'est pas possible d'apporter une démonstration complète dans le cadre du présent texte, est qu'un facteur plus fondamental est en jeu : *une société ne constitutionnalise pas des droits qui peuvent être perçus comme une menace à son identité politique*. Par identité politique, j'entends les éléments qu'une société met de l'avant, au moyen de lois, de politiques gouvernementales ou de discours publics, pour se distinguer. Ces éléments constituent les marqueurs d'une identité collective³² définie par des moyens politiques. Ainsi, en d'autres termes, mon hypothèse est qu'une société résistera à la constitutionnalisation de droits qui pourraient être utilisés pour contre-carrer la réalisation des objectifs collectifs qui la définissent et la distinguent en tant que société.

Voici deux situations qui peuvent contribuer à jeter un éclairage sur ce phénomène. Le Québec n'a jamais reconnu les droits linguistiques de sa minorité anglophone dans la *Charte* québécoise. En fait, il n'y a dans la *Charte* aucun indice de l'existence d'une minorité anglophone au Québec. Ces droits, notamment en

31. QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, p. 138.

32. Je me réfère ici à la théorie anthropologique moderne de l'identité ethnique, telle que développée par F. BARTH, « Introduction », dans F. BARTH (dir.), *Ethnic Groups and Boundaries*, Prospect Heights (Illinois), Waveland Press, 1998 ; voir aussi Thomas Hylland ERIKSEN, *Ethnicity and Nationalism*, Londres, Pluto Press, 1993.

matière d'éducation, ne sont reconnus que dans une loi ordinaire et ils sont formulés non pas comme un droit fondamental, mais plutôt comme une exception au principe de l'enseignement en français³³. Bien plus, en transposant, à l'article 43 de la *Charte*, l'article 27 du *Pacte international sur les droits civils et politiques*, le législateur québécois a volontairement omis les droits des membres des minorités linguistiques³⁴. Or, la francisation de la société québécoise est un objectif collectif majeur, une pièce maîtresse de son identité politique depuis les quarante dernières années. Par ailleurs, le Canada a refusé de reconnaître, dans sa constitution, le caractère distinct du Québec. L'échec de l'Accord du lac Meech, qui proposait une telle reconnaissance, s'explique en grande partie par la crainte que celle-ci ne menace les droits des membres des minorités au Québec et n'aboutisse à la création de « classes de citoyens » ; autrement dit, que la société distincte ne l'emporte sur la *Charte canadienne*. Or on connaît l'importance qu'a prise le respect des droits individuels dans l'imaginaire canadien, notamment canadien-anglais. De plus, la « clause de la société distincte » remettait en cause les fondements symboliques de la politique fédérale de bilinguisme, attachée à garantir le choix individuel entre le français et l'anglais partout au pays. On peut dire que ces deux éléments (droits individuels et bilinguisme de libre choix) sont au cœur de l'identité politique canadienne.

En gardant ces exemples à l'esprit, examinons un peu plus en détail en quoi la reconnaissance des droits des autochtones pourrait entrer en conflit avec l'identité politique ou le projet collectif québécois. La preuve d'un tel conflit n'est évidemment pas facile à apporter : ce genre de chose n'est habituellement pas avouée publiquement. On peut tout de même esquisser une démonstration en identifiant l'élément du projet identitaire qui est en cause, puis en montrant la tension entre celui-ci et les revendications autochtones.

L'intégrité territoriale du Québec a été, depuis les années 1960, une préoccupation constante des gouvernements québécois. La défense de cette intégrité est, on le comprend aisément, une pierre d'assise du projet indépendantiste. Elle est aussi une préoc-

33. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 72 et 73.

34. Dans le seul jugement qui a interprété cette disposition, la Cour supérieure a statué que les « minorités ethniques » visées à l'article 43 n'incluaient pas la communauté anglophone du Québec : *Campisi c. Québec (Procureur général)*, [1977] C.S. 1067, infirmé pour d'autres motifs par [1978] C.A. 520.

cupation des gouvernements provinciaux qui, sans souhaiter une rupture avec le Canada, ont cherché à maximiser l'autonomie du Québec au sein de la fédération. C'est en effet un gouvernement de l'Union nationale qui, en 1966, a donné le coup d'envoi à une commission d'enquête sur l'intégrité du territoire du Québec, présidée par le géographe Henri Dorion. Plus récemment, l'importance du territoire comme élément de l'identité politique québécoise a été attestée par certaines lois ou projets de lois portant sur le statut politique du Québec ou son éventuelle indépendance. Ainsi, l'article 9 de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*³⁵ mentionne : « Le territoire du Québec et ses frontières ne peuvent être modifiés qu'avec le consentement de l'Assemblée nationale. Le gouvernement doit veiller au maintien et au respect de l'intégrité territoriale du Québec. » L'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec, dont l'adoption avait été proposée à la population québécoise lors du référendum de 1995, mentionnait aussi (aux articles 3 et 4) l'intégrité du territoire parmi les principaux éléments du projet politique indépendantiste³⁶.

Or qu'entend-on au juste par intégrité territoriale ? La Commission Dorion a identifié deux dimensions, externe et interne, à cette problématique³⁷. La dimension externe réfère à la délimitation du territoire québécois : on pense naturellement, entre autres, à la question de la frontière du Labrador. Cette dimension est évidemment d'une importance capitale pour les indépendantistes, qui veulent garantir les frontières d'un éventuel Québec souverain et repousser les menaces partitionnistes. La dimension interne, quant à elle, découle des principes du fédéralisme qui attribuent une compétence à l'État fédéral sur certaines parcelles du territoire québécois. Cette compétence fédérale nuirait à l'exercice cohérent de la compétence de principe du Québec sur la gestion de son territoire. C'est pourquoi on parle parfois d'« enclaves » fédérales au sein du territoire québécois.

La reconnaissance de droits aux autochtones a souvent été perçue comme une atteinte à l'intégrité du territoire du Québec

35. L.R.Q., c. E-20.2.

36. L'avant-projet de loi est reproduit dans D. TURP, *L'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec, texte annoté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 35, 53.

37. H. DORION et J.-P. LACASSE, « La notion d'intégrité territoriale et les problèmes des régions frontalières du Québec », (1974) 43 *Cahiers de géographie du Québec* 137, 143.

dans sa dimension interne. En effet, en raison de la compétence fédérale sur les terres réservées aux autochtones, le Québec voit sa compétence considérablement réduite à l'égard des réserves indiennes. La Commission Dorion avait d'ailleurs consacré une partie importante de ses travaux à l'étude des droits des autochtones sur le territoire du Québec. Elle avait conclu à l'inexistence de droits ancestraux dans la moitié sud du territoire, à l'exception des réserves indiennes, de dimensions relativement modestes. La doctrine et la jurisprudence québécoises ont fait un large écho à cette thèse³⁸, jusqu'à ce qu'un jugement de la Cour suprême affirme qu'il n'y avait pas de différence de principe entre les droits ancestraux au Québec et ailleurs au Canada³⁹. La reconnaissance de droits ancestraux au Québec, à la suite de cette décision de la Cour suprême, nuirait à la compétence du Québec à gérer l'exploitation des ressources naturelles de son territoire. Bien que la portée de ces limites n'ait pas encore été précisée par les tribunaux, certains auteurs soutiennent que les provinces seraient à toutes fins utiles privées de tout pouvoir à l'égard de terres grevées de droits ancestraux⁴⁰. Une telle vision des rapports entre les droits ancestraux et la compétence provinciale est discutable⁴¹, mais il est indéniable que le Québec ne peut plus ignorer les droits des peuples autochtones dans la gestion de son territoire, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation de consulter les autochtones établie par le récent arrêt *Nation haïda*⁴².

La reconnaissance des droits des autochtones fait aussi craindre pour la dimension externe de l'intégrité du territoire du Québec. En effet, plusieurs groupes autochtones du Québec ont fait savoir haut et fort qu'ils ne souhaitaient pas faire partie d'un Québec indépendant et qu'ils exerceraient leur droit de s'en séparer et de demeurer au sein du Canada⁴³. Certains auteurs ont aussi affirmé qu'un Québec indépendant devrait être amputé des

38. Voir notamment l'analyse critique de P. DIONNE, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après », (1991) 51 *R. du B.* 127, ainsi que les motifs du juge Baudouin dans *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.), p. 1363-1364.

39. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

40. N. BANKES, « *Delgamuukw*, Division of Powers and Provincial Land and Resources Laws : Some Implications for Provincial Resource Rights », (1998) 32 *U.B.C. L. Rev.* 317 ; K. McNEIL, « Aboriginal Title and Section 88 of the *Indian Act* », (2000) 34 *U.B.C. L. Rev.* 159 ; K. WILKINS, « Of Provinces and Section 35 Rights », (1999) 22 *Dal. L.J.* 185.

41. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 11, p. 367-370.

42. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

43. P. JOFFE, *Sovereign injustice : forcible inclusion of the James Bay Crees and Cree territory into a sovereign Québec*, Nemaska, Grand Council of the Crees, 1995.

territoires qui lui ont été ajoutés en 1912, entre autres en raison de la présence des peuples autochtones sur ce territoire⁴⁴. La Cour suprême a fait écho à ces prétentions, sans toutefois les trancher, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴⁵. La répétition de telles affirmations depuis une quinzaine d'années a mené à une situation où les autochtones, notamment ceux du nord du Québec, sont considérés comme étant les plus susceptibles de se séparer d'un Québec indépendant et constitueraient la principale menace à l'intégrité territoriale dans sa dimension externe – même davantage que le mouvement partitionniste anglophone.

C'est pourquoi le discours indépendantiste sur les autochtones ne reconnaît leurs droits que sous réserve du respect du territoire. Ainsi, en 1983, le gouvernement québécois a énoncé quinze principes régissant ses relations avec les peuples autochtones. Le gouvernement s'est montré disposé à reconnaître certains droits territoriaux aux autochtones, mais ajoute que « ces droits doivent s'exercer au sein de la société québécoise, et ne sauraient par conséquent entraîner des droits de souveraineté qui puissent porter atteinte à l'intégrité territoriale du Québec »⁴⁶. L'avant-projet de loi de 1995 reprend, à l'article 3, cette promesse et cette réserve, en prévoyant que la future constitution du Québec doit « reconnaître aux nations autochtones le droit de se gouverner sur des terres leur appartenant en propre », tout en précisant que cette reconnaissance s'exerce « dans le respect de l'intégrité du territoire québécois ». Cette méfiance envers les conséquences potentielles des droits des autochtones est toujours d'actualité : dans le projet de constitution québécoise qu'il a récemment publié, le professeur Turp propose de reconnaître aux autochtones le droit de se gouverner sur leurs propres terres, mais, encore une fois, « cette garantie et cette reconnaissance s'exercent dans le respect et l'intégrité du territoire québécois »⁴⁷.

Cela dit, les préoccupations quant à l'intégrité territoriale québécoise ne sont pas l'apanage du mouvement indépen-

44. K. McNEIL, « Aboriginal Nations and Quebec Boundaries : Canada Couldn't Give What it Didn't Have », dans Daniel DRACHE et Roberto PERIN (dir.), *Negotiating with a Sovereign Quebec*, Toronto, James Lorimer & Co., 1992.

45. [1998] 2 R.C.S. 217, 288.

46. Cité dans R. DUPUIS, *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Toronto, Carswell, 1999, p. 137 ; ces principes ont été confirmés dans une résolution de l'Assemblée nationale du 20 mars 1985, reproduite dans D. TURP, *op. cit.*, note 36, p. 220.

47. D. TURP, *Nous, peuple du Québec : un projet de constitution du Québec*, Sainte-Foy, Éditions du Québécois, 2005, p. 39.

tiste. Néanmoins, c'est principalement dans sa dimension interne qu'elle intéresse les forces fédéralistes au Québec. En effet, on connaît bien l'importance que les gouvernements successifs du Parti libéral du Québec, notamment sous la houlette du premier ministre Bourassa, ont accordée au développement des ressources hydrauliques du Québec. Là encore, les autochtones sont souvent perçus comme un obstacle au développement économique, en raison de leur opposition à l'inondation d'une partie importante de leurs territoires pour constituer des réservoirs destinés à alimenter des centrales hydroélectriques.

En somme, les Québécois perçoivent, à tort ou à raison, une tension entre une facette majeure de leur identité politique, l'intégrité territoriale, et les revendications des autochtones sur le même territoire. Cette tension a porté les divers gouvernements québécois à prétendre à l'inexistence des droits territoriaux des autochtones, d'une part, et à formuler une éventuelle reconnaissance de leurs droits d'une manière qui préserve la liberté d'action du gouvernement en matière de gestion du territoire, d'autre part. Cette prudence extrême face aux droits des autochtones explique sans doute qu'on ait jusqu'à présent refusé d'accorder une protection quasi constitutionnelle à ces droits en les inscrivant dans la *Charte* québécoise.

2. Une réévaluation des raisons de l'exclusion

Jusqu'à présent, nous avons analysé les raisons qui tendent à expliquer l'absence des droits des autochtones dans la *Charte* québécoise, tant dans sa première mouture de 1975 que lors de sa révision générale en 1982. Ces raisons tiennent-elles encore la route aujourd'hui, dans un contexte intellectuel, politique et juridique qui a évolué ? Je reprendrai tour à tour les trois facteurs identifiés plus haut, pour démontrer que les arguments qui ont pu expliquer la mise à l'écart des droits des autochtones ne sont plus aussi convaincants qu'ils ont déjà pu le paraître.

2.1 Le partage des compétences

Le premier aspect de cette réévaluation concerne les effets du partage des compétences sur la possibilité de garantir les droits des autochtones au sein de la *Charte* québécoise. L'interprétation judiciaire des règles de la constitution à ce sujet tend, depuis plusieurs décennies, vers un plus grand chevauchement

des compétences fédérales et provinciales. Ainsi, on reconnaît de plus en plus que les autochtones peuvent être régis par des lois provinciales⁴⁸. Une décision de 1974 de la Cour suprême a mis au rancart la théorie voulant que les réserves indiennes soient des « enclaves » au sein du territoire provincial⁴⁹. Les lois provinciales qui n'affectent pas le noyau dur de la compétence fédérale (comme des lois sur la circulation automobile) peuvent s'y appliquer⁵⁰. La Cour suprême admet également que les provinces puissent adopter des lois qui concernent les autochtones, lorsque ces lois créent des programmes ou des services⁵¹ ou lorsqu'elles ne réduisent pas les droits constitutionnels des autochtones⁵².

Dans les faits, le Québec a adopté bon nombre de lois qui concernent les autochtones. Une première série de lois vise à mettre en œuvre la Convention de la Baie James. On y retrouve, entre autres, une loi sur le statut de bénéficiaire de la Convention⁵³ (un avatar du statut d'Indien), une loi sur les droits de chasse des autochtones⁵⁴, une loi sur l'aide financière aux trappeurs⁵⁵ ainsi que des lois sur le système scolaire et le système de santé des Cris et des Inuit⁵⁶. La constitutionnalité de ces lois n'a jamais été contestée. D'autres lois québécoises contiennent des chapitres qui édictent des règles particulières pour les autochtones, souvent au moyen d'ententes négociées. Il en est ainsi en matière de chasse et de pêche⁵⁷, de protection de la jeunesse⁵⁸ ou de services policiers⁵⁹.

48. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 10, p. 365-377.

49. *Cardinal c. Alberta (Procureur général)*, [1974] R.C.S. 695.

50. *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025.

51. *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

52. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146 ; voir aussi *Ardoch Algonquin First Nation c. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (C.A. Ont.), p. 156 ; *Tsawwassen Indian Band c. Delta (City)*, [1998] 1 C.N.L.R. 290 (C.A.C.-B.).

53. *Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., c. A-33.1

54. *Loi sur les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q., c. D-13.1.

55. *Loi sur le programme d'aide aux Inuit bénéficiaires de la Convention de la Baie James et du Nord québécois pour leurs activités de chasse, de pêche et de piégeage*, L.R.Q., c. P-30.2.

56. *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., c. I-14 ; *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q., c. S-5 ; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 530.89 et s.

57. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. C-61.1, art. 24.1 et 24.2.

58. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 37.5.

59. *Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1, art. 90-102.

Signalons aussi que, jusqu'à preuve du contraire, les Métis ne sont pas assimilés aux « Indiens » aux fins de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et relèvent donc de la compétence législative des provinces⁶⁰. La Cour suprême n'a pas encore tranché cette question précise, mais son raisonnement dans l'affaire *Blais*⁶¹, qui portait sur une autre disposition constitutionnelle, semble pouvoir être transposé à l'article 91(24). L'Alberta a d'ailleurs adopté une loi qui accorde une forme d'autonomie locale à certaines communautés métisses⁶². Le Québec pourrait sans doute faire de même à l'égard des groupes métis qui résident sur son territoire.

De ces considérations, on peut tirer deux conclusions relatives à l'inclusion de droits des autochtones dans une Charte des droits provinciale. Premièrement, malgré ce que pourrait laisser croire une lecture superficielle du texte constitutionnel, bon nombre de lois québécoises peuvent s'appliquer aux autochtones ou les visent nommément. La *Charte* québécoise a vocation à s'appliquer à de telles lois. L'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte* québécoise permettrait de s'assurer de la compatibilité de telles lois avec ceux-ci. Deuxièmement, l'ajout à la *Charte* de dispositions qui garantiraient les droits des autochtones serait constitutionnellement valide. En effet, de telles dispositions n'imposeraient pas de fardeau aux autochtones ; elles se borneraient à leur reconnaître des droits additionnels dans des domaines de compétence provinciale.

2.2 Les droits des minorités, conséquence des droits de la personne

La deuxième raison qui semble expliquer l'absence des autochtones dans la *Charte* québécoise est l'accent placé, dans celle-ci, sur les droits individuels au détriment des droits collectifs ou des droits de groupe. En effet, la reconnaissance de droits terri-

60. Voir, sur cette question : C. CHARTIER, « Indian : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 », (1978-79) 43 *Sask. L. Rev.* 27 ; B.W. MORSE et J. GIOKAS, « Do the Métis Fall Within Section 91(24) of the Constitution Act, 1867 ? », dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Aboriginal Self-Government : Legal and Constitutional Issues*, 1995 ; B.W. MORSE et R.K. GROVES, « Métis and Non-Status Indians and Section 91(24) of the Constitution Act, 1867 », dans P.L.A.H. CHARTRAND (dir.), *Who are Canada's Aboriginal Peoples ?*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002.

61. *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236.

62. *Metis Settlements Act*, R.S.A. 1990, c. M-14.3.

toriaux (ou autres) spécifiques à un groupe ethnique donné irait à l'encontre du droit à l'égalité et serait discriminatoire.

Cependant, les théories récentes des droits des minorités réconcilient ceux-ci avec le principe d'égalité. Pour cela, il faut partir d'une conception substantielle (ou « réelle ») du droit à l'égalité, au lieu d'une conception purement formelle. Qu'est-ce que cela veut dire ? Une conception formelle de l'égalité exige que tous les individus qui se trouvent dans une situation donnée soient *traités de la même manière* par la règle de droit. Par exemple, dans la perspective formaliste, tous les employés d'une école sont traités également s'ils doivent respecter le même calendrier scolaire : la même règle s'applique à tous. Par contre, la conception substantielle de l'égalité met l'accent sur les *résultats* ou la *situation concrète* qui découle de l'application d'une règle de droit. Ainsi, une règle qui semble égalitaire sur le plan formel peut, dans les faits, produire des effets inégalitaires. Dans l'exemple donné plus haut, une règle uniforme affecte négativement les employés qui pratiquent une religion minoritaire, dont les jours saints ne coïncident pas avec les congés du calendrier scolaire⁶³. Elle est donc substantiellement discriminatoire, même si elle est apparemment neutre.

Appliqué aux groupes ethniques, c'est-à-dire aux groupes qui se définissent par leur identité culturelle, le concept d'égalité substantielle peut mener à la reconnaissance de droits distincts⁶⁴. En effet, on s'est aperçu que l'État et son système juridique servent habituellement les intérêts du groupe culturel majoritaire. L'État fonctionne normalement dans la langue de la majorité ; il adopte une conception du bien commun qui est celle de la culture majoritaire. Les intérêts des groupes culturels minoritaires sont ainsi mis de côté ou sont laissés aux prises avec des lois du marché qui favorisent la majorité. Ainsi, lorsque l'État fait la promotion du développement économique fondé sur l'extraction des ressources naturelles, cela avantage généralement la culture occidentale

63. L'exemple est tiré de l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

64. Sur cette question, voir, en général : W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, Montréal, Boréal, 2001 ; J. TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy/Bordeaux, Presses de l'Université Laval et Presses de l'Université de Bordeaux, 1999 ; C. TAYLOR, *Multiculturalisme : Différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994 ; S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 2002 ; P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.

majoritaire, mais nuit aux intérêts des autochtones. Ces répercussions négatives des politiques de l'État sur les cultures minoritaires appellent donc, pour rétablir l'égalité substantielle, une intervention positive en faveur de ceux-ci. C'est là la justification des « droits des minorités », c'est-à-dire des droits attribués uniquement aux membres de certaines minorités culturelles.

La légitimité des droits des minorités est de plus en plus reconnue en droit international. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une déclaration de principes sur les droits des minorités⁶⁵, alors que les États membres du Conseil de l'Europe ont conclu des conventions portant sur les droits des minorités nationales⁶⁶ ou linguistiques⁶⁷. Ces instruments reconnaissent l'importance, pour les membres de telles minorités, de préserver leur culture, leur identité, leur langue et leur religion. Les normes internationales en développement au sujet des peuples autochtones vont encore plus loin en reconnaissant l'autodétermination des peuples autochtones et le droit de ceux-ci de se gouverner eux-mêmes dans les domaines qui les affectent⁶⁸.

Une évolution semblable a été observée en droit canadien au sujet de la relation entre le droit à l'égalité et les droits linguistiques consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les premières décisions de la Cour suprême portant sur la question, les juges ont considéré que les droits linguistiques constituaient une forme d'exception à l'égalité. Ainsi, dans l'arrêt *Mahé*, le juge Dickson soulignait qu'« il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à « tous » pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé »⁶⁹. Cependant, dans les arrêts *Arsenault-Cameron*⁷⁰ et *Gosselin*⁷¹, la Cour suprême reconnaît maintenant que « l'égalité réelle, plutôt que l'égalité pour la forme seulement, peut exiger un traitement différent »⁷². Le même

65. *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et culturelles*, Résol. A.G. N.U. 47/135, 18 décembre 1992.

66. *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Strasbourg, 1^{er} février 1995, S.T.E. n° 157.

67. *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Strasbourg, 5 novembre 1992, S.T.E. n° 148.

68. *Projet de Déclaration des droits des peuples autochtones* des Nations Unies, Doc. N.U. E/CN.4/2006/79 (2006), adopté le 29 juin 2006 par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, malgré le vote négatif du Canada.

69. *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 369.

70. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

71. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238.

72. *Ibid.*, p. 245.

raisonnement peut valoir pour les droits des autochtones : leur traitement distinct, en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne déroge pas à l'égalité, mais vise plutôt à assurer l'égalité substantielle (ou réelle) des peuples autochtones⁷³. Il n'y a donc pas de conflit entre les droits individuels et les droits des minorités ; ceux-ci ne sont pas discriminatoires.

Au demeurant, on voit mal comment la Commission des droits de la personne elle-même pourrait avoir, depuis 25 ans, recommandé l'inclusion dans la *Charte* québécoise de droits qui seraient en conflit avec les droits individuels⁷⁴. La Commission a toujours adopté une conception substantielle du droit à l'égalité qui reconnaît la légitimité des droits des autochtones dans le cadre plus large des droits de la personne.

2.3 La place des autochtones dans le projet identitaire québécois

Un autre obstacle que nous avons identifié à l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte* québécoise est la perception d'un conflit entre ces droits et le projet identitaire québécois, notamment dans sa dimension territoriale, mais aussi dans la conception indifférenciée de la citoyenneté qui est souvent adoptée au Québec.

Il faut d'abord admettre que la reconnaissance par le Québec des droits des autochtones risque peu d'entraîner des changements importants quant à la légitimité des revendications territoriales des autochtones, que ce soit dans un contexte interne ou externe. Les droits territoriaux des autochtones sont déjà reconnus dans la constitution canadienne. L'Assemblée nationale a déjà reconnu aux autochtones du Québec le statut de nation, tant dans la résolution de 1985 que dans la loi de 2000. L'inscription dans la *Charte* québécoise n'ajouterait que peu de chose en termes de légitimité politique des revendications autochtones sur le plan international. Au surplus, s'il était besoin de le rappeler, les autochtones ne présentent aucune menace sérieuse au caractère français du Québec.

73. Voir aussi *R. c. Advance Cutting and Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 307-308 (J. LeBel).

74. QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 9 ; QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, 2000, vol. I, p. 62-71.

Au-delà de la question territoriale, c'est la nature de la citoyenneté qui est remise en question par la reconnaissance de droits spécifiques aux autochtones. La *Charte* québécoise véhicule une conception indifférenciée de la citoyenneté, c'est-à-dire que l'appartenance à un groupe ethnique n'est pas considérée comme une source de droits ou un facteur pertinent dans la sphère publique. L'inscription de droits en faveur des peuples autochtones, qui seraient nécessairement des droits de nature collective, pose la question de savoir si le Québec veut ouvertement adopter une vision multinationale de soi-même. Cette question fait actuellement l'objet d'un débat⁷⁵. Au risque de simplifier, le dilemme est essentiellement le suivant. Si l'on adopte une conception indifférenciée de la nation québécoise, qui ne réfère pas à la culture ou à la langue du groupe majoritaire, il faut admettre que l'État doit demeurer neutre sur le plan linguistique et culturel. Or, la nécessité de promouvoir la langue et la culture du groupe majoritaire francophone fait assez largement consensus. Il faut donc, en toute justice, admettre que les autres groupes culturels ou linguistiques, comme les anglophones ou les autochtones, conservent leur identité propre et peuvent mériter des droits spéciaux ou des institutions politiques distinctes. Dans cette optique, la reconnaissance de droits aux minorités peut contribuer à la justification morale (et, éventuellement, juridique) des efforts de la majorité pour préserver son identité culturelle.

3. Modifier la *Charte* ? Objectifs et contraintes

La section qui précède a démontré qu'on avait tendance à surestimer les obstacles à l'ajout des droits des autochtones aux dispositions de la *Charte* québécoise. Une question demeure pourtant : à quoi servirait une telle reconnaissance ? Si elle est possible, en quoi est-elle utile ou souhaitable ?

À ce sujet, on bute rapidement sur un paradoxe : étant donné que la constitution canadienne protège déjà les droits des autochtones, leur incorporation dans la *Charte* québécoise n'ajouterait rien. D'ailleurs, lorsque la *Charte canadienne* et la *Charte* québécoise contiennent des droits semblables, les tribunaux, et en premier lieu la Cour suprême, analysent la question sous l'angle de la *Charte canadienne* et présument que les droits garantis par la

75. G. MATHIEU, *Qui est Québécois ? Synthèse du débat sur la redéfinition de la nation*, Montréal, vlb éditeur, 2001.

Charte québécoise ont une portée identique⁷⁶. Le peu d'effet qu'une reconnaissance québécoise des droits des autochtones est susceptible de produire est illustré par le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Betsiamites*⁷⁷, où les dispositions de la loi québécoise de 2000 portant sur les nations autochtones⁷⁸ sont mentionnées en passant, alors que toute l'analyse repose sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par ailleurs, si le Québec souhaitait conférer des droits différents de ceux qui sont garantis par la constitution canadienne, il risquerait d'excéder sa compétence législative. Le projet d'inclure les droits des autochtones dans la *Charte* québécoise serait donc au mieux inutile, au pire invalide.

Il y a cependant des raisons, qui débordent le pur droit positif, en faveur d'un tel projet. Premièrement, la *Charte* québécoise se veut la vitrine de la conception québécoise des droits de la personne. On a souvent vanté son originalité et sa portée généreuse, qui se compare avantageusement à celle d'autres instruments de protection des droits et libertés, comme la *Charte canadienne* ou les lois sur les droits de la personne des autres provinces. Il importe donc, dans cette perspective, que la *Charte* québécoise demeure à la fine pointe de la protection des droits. Le Québec, à cet égard, ne peut se permettre d'être à la traîne. C'est sans doute ce qui explique pourquoi, en 1982, le législateur québécois a effectué une mise à niveau de sa *Charte*, qui visait entre autres à s'assurer qu'elle contenait des droits au moins équivalents à ceux qui venaient d'être enchâssés dans la *Charte canadienne* (voir les articles 24.1, 28.1, 32.1, 33.1, 37.1 et 37.2). Cette mise à niveau était sans doute inutile dans une perspective de pur droit positif, étant donné que la *Charte canadienne* devait s'appliquer au Québec de toute manière. Cependant, le fait qu'on ait jugé bon d'y procéder démontre l'importance symbolique de garder la *Charte* québécoise à la fine pointe des droits de la personne.

76. *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 748 ; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, 415 (j. La Forest) et 459 (j. L'Heureux-Dubé) ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 576 et s. (j. Iacobucci) et 611-612 (j. Bastarache) ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6 ; *Johnson c. Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961 (C.A.), p. 1970 ; *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.), p. 611 ; voir aussi D. PROULX « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) NSR. du B. 485, 533-540.

77. *Première nation de Betsiamites c. Canada (Procureur général)*, [2005] R.J.Q. 1745 (C.S.), p. 1748 ; infirmé par 2006 QCCA 569.

78. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.R.Q., c. E-20.2.

Une garantie spécifiquement québécoise des droits des autochtones pourrait aussi produire des effets quant à l'attitude dont font preuve, face à ceux-ci, l'administration publique québécoise et la société québécoise en général. En effet, en raison des circonstances de son adoption, la *Loi constitutionnelle de 1982* est souvent perçue au Québec comme étant illégitime et comme imposant au Québec une conception des droits de la personne qui lui est étrangère. Puisque la force qu'ont acquise les droits des autochtones au cours des dernières années découle principalement des dispositions de cette loi, notamment l'article 35, la même illégitimité est souvent attribuée, consciemment ou non, à ces droits. Garantir les droits des autochtones au sein de la *Charte* québécoise lèverait cette hypothèque et enverrait un signal clair : le Québec traite aussi bien les peuples autochtones que le Canada.

Il reste à trouver une manière de modifier la *Charte* québécoise d'une manière qui soit à la fois significative et constitutionnellement valide. À cet égard, les propositions suivantes peuvent être lancées :

- ❑ Une reconnaissance (comme dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) des droits ancestraux et issus de traités des Premières Nations, des Inuit et des Métis ;
- ❑ Une reconnaissance du droit à l'autonomie dans la gestion des services publics qui relèvent de la compétence provinciale, comme l'éducation, la santé et les services sociaux, la protection de la jeunesse ou la police ;
- ❑ Un droit spécifique à l'autonomie gouvernementale pour les Métis (dans la mesure où ceux-ci ne relèvent pas de la compétence fédérale) ;
- ❑ Un engagement à négocier des traités avec les peuples autochtones pour aménager les conditions de l'exercice de leurs droits ;
- ❑ Un droit de participer à la gestion des ressources naturelles du territoire ;
- ❑ L'inclusion du statut ou de l'identité autochtone parmi les motifs de discrimination interdite.

Ces indications doivent uniquement être considérées comme un point de départ. En fait, toute modification de la *Charte* devrait

faire suite à une consultation des autochtones et, dans la mesure du possible, avec leur accord. En effet, les principaux textes internationaux concernant les autochtones soulignent que ceux-ci ont le droit de choisir leur propre statut politique et d'être consultés au sujet de tout changement législatif et de toute politique publique qui les affecte⁷⁹. Le droit canadien reconnaît lui aussi l'importance de la consultation, à la fois à l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et dans la jurisprudence récente de la Cour suprême⁸⁰. L'exercice peut être difficile, étant donné le peu d'intérêt traditionnellement manifesté par les autochtones envers la *Charte* québécoise, la diversité des revendications des autochtones et la nécessité de parvenir à un accord négocié. Il vaut cependant la peine d'être tenté, ne serait-ce que pour le puissant message symbolique que lancerait une reconnaissance spécifiquement québécoise des droits des autochtones.

79. *Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (Organisation internationale du travail), reproduite dans I. SCHULTENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, notamment l'article 6 ; *Projet de Déclaration des droits des peuples autochtones* des Nations Unies, précité, note 68, art. 18-19.

80. Notamment l'arrêt *Nation haïda*, précité, note 42.

L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux¹

Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu

Louise LALONDE²

INTRODUCTION	323
I. UN SYMPTÔME DES LIMITES DU DROIT : la notion de réparation, baromètre de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.	327
I.1 La notion de réparation et le droit civil	328
I.2 Le sens de la notion de réparation et les modèles de justice.	331
II. UN SYMPTÔME DES LIMITES DU JUDICIAIRE : le débat sur la transformation de la fonction de juger .	334
II.1 L'incontournable jugement moral en matière de droits fondamentaux ?	335

-
1. Cet article se limite, dans son survol de la réparation et des enjeux de l'application de la Charte, aux rapports privés, en excluant les rapports entre les citoyens et l'État et les questions particulières qu'ils posent. Par ailleurs, cet article esquisse l'application de la Charte par les tribunaux de droit commun, et non par les tribunaux spécialisés ou par les mécanismes déjà mis en place à la Commission des droits de la personne et de la jeunesse.
 2. Docteure en droit et professeure agrégée, directrice des programmes de 2^e cycle et de maîtrise de PRD, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteure tient à remercier les professeurs Pierre Blache et G.A. Legault de l'Université de Sherbrooke pour leurs précieux commentaires et leur appui dans la rédaction de cet article.

II.2	Normes et valeurs, une distinction transfor- matrice du rôle des juges ?	338
III.	UNE PERSPECTIVE RÉMÉDIATRICE : une approche de la réparation ancrée dans le monde vécu	341
III.1	Une approche procédurale, contextuelle et médiate de la réparation	342
III.2	De la protection à la promotion des droits, par la construction du sens commun	346
CONCLUSION		349

INTRODUCTION

*Puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus... (Cour suprême)*³

L'adoption, il y a maintenant trente ans, de la *Charte québécoise des droits et libertés*⁴ suscitait de nombreuses attentes et nourrissait des idéaux élevés de promotion de valeurs fondamentales dans la société québécoise⁵. Le statut privilégié de la Charte au sein du corpus juridique québécois, consacré⁶ et par ailleurs reconnu comme loi fondamentale à caractère quasi constitutionnel⁷, confère à cet instrument juridique un rôle potentiel de régulation des rapports sociaux et de catalyseur du respect des valeurs qu'elle porte dans le monde vécu⁸.

Pendant trente ans, la Charte fut invoquée, interprétée et appliquée, et il nous est permis aujourd'hui de poser un regard sur l'étendue des garanties offertes, sur l'effectivité de la promotion des droits fondamentaux accordés, sinon de leur protection. Un constat, déjà effectué par ailleurs⁹, semble pouvoir être vérifié et il remet en question les limites du raisonnement juridique traditionnel, construit dans la rationalité du droit et de la décision judiciaire. L'écart entre les droits promus par la Charte et leur application dans le monde vécu éclaire les limites du droit et du

3. *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 20 (j. McLachlin).

4. Ci-après appelée la Charte.

5. Voir notamment les articles : P.G. JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357 ; L. PERRET, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et la responsabilité civile », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

6. Art. 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

7. Voir sur cette question : *infra*, note 24, p. 264.

8. *Supra*, note 5.

9. De nombreux auteurs se sont interrogés sur les insuffisances du droit et de sa rationalité. Essentiellement, ces auteurs nomment l'insuffisance du droit et de la décision judiciaire à appréhender le monde vécu. Pour un survol des divers courants issus du paradigme procédural du droit, voir les travaux de Habermas, Luhmann et Lenoble ; plus particulièrement, dans cet article, nous nous référons à la procéduralisation contextuelle du droit, théorie élaborée par J. Lenoble. Le lecteur peut se familiariser avec les constats d'insuffisance du droit et du judiciaire sur lesquels repose notamment l'articulation première de la construction de cette approche, en se référant à l'ouvrage : J. LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Les Éditions du cerf, 1994.

judiciaire à assurer la protection puis la promotion des droits fondamentaux que prône la Charte. Des symptômes témoignant de ces limites à réguler le monde vécu nous sont offerts par l'interprétation de la notion de réparation, comme limite du droit, puis, par le débat sur la transformation de la fonction de juger en application de la Charte, comme limite du judiciaire¹⁰.

D'abord, un premier symptôme des limites du droit à réguler le monde vécu peut s'inférer de l'interprétation donnée par les tribunaux de la Charte. Une forme de réductionnisme conséquente d'une interprétation parfois limitative de la Charte paraît s'être installée afin qu'elle s'intègre, sinon, qu'elle se moule et se soumette au corpus juridique existant et aux limites des pouvoirs juridictionnels. Le phénomène est d'autant plus marqué en regard de la réparation prévue à l'art. 49 de la Charte, faisant dire à certains auteurs que la Charte subit une *inféodation au droit commun*¹¹. En résultante, la Charte offre ainsi parfois une forme de *protection quasi civiliste* des droits fondamentaux. La justification positiviste de cette interprétation restrictive de la Charte n'est nullement reprise dans cette communication. La littérature offre amplement ce débat où s'affrontent des tenants d'une interprétation de la réparation libérée des principes du droit civil et ceux qui préconisent que le droit civil demeure la référence en regard de l'application de la réparation prévue par la Charte¹².

Ce phénomène interroge puisqu'il semble masquer un mouvement quasi antinomique à celui préconisé lors de l'adoption de

-
10. Dans cet article, comme nous nous limitons aux rapports privés en application de la réparation, nous traiterons peu ou pas de la *théorie du dialogue* en droit constitutionnel qui participe de ces voies de transformations pressenties ou souhaitées de la fonction de juger. Cette approche peut être comprise comme une réponse aux mêmes insuffisances du droit, bien qu'elle mériterait une analyse approfondie qui n'est pas l'objet de cette communication. Nous soulignons simplement que cette approche s'inscrit dans ce besoin de contextualisation (comme symptôme) et peut s'apparenter aux formes de procéduralisation du droit issues du courant américain du *Public Law Litigation* par lequel les juges réinvestissent les parties par leur décision du pouvoir de se conformer aux contraintes normatives, amorçant ainsi aussi une forme de dialogue entre le judiciaire et le monde vécu. Voir notamment : A. CHAYES, « The Role of the Judge in the Public Law Litigation », (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1281.
 11. S. GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 269.
 12. G. OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561 ; *supra*, note 4.

la Charte ; qu'elle soit en quelque sorte la balise interprétative à laquelle le droit québécois s'assujettisse.

Puis, un second symptôme peut être palpé, celui du débat entourant la transformation de la fonction de juger, pour certains incontournable, dans l'application par les tribunaux des droits fondamentaux. Comme le précise De Schutter en regard du contrôle juridictionnel effectué en application des droits fondamentaux, *le débat semble s'être déplacé du contenu des droits garantis aux moyens d'en obtenir la protection*¹³. Ce débat traduit la difficile conciliation entre normes et valeurs dans la rationalité du judiciaire. La récurrence de ce débat sur le rôle des juges en application des Chartes peut être comprise comme une tentative de pallier l'insuffisance du judiciaire à appliquer des valeurs actualisables dans le monde vécu.

Ces symptômes offrent l'occasion d'ouvrir quelques pistes situées hors de la vision interprétative traditionnelle du droit et de la transformation de la fonction de juger dans l'application de la Charte.

Cette communication souhaite réfléchir et entamer un dialogue sur ces symptômes issus tant de l'interprétation limitative de la Charte que de la remise en question du rôle des juges. Une réflexion semble devoir être entreprise sur le choix d'une autre approche que la vision traditionnelle du droit afin de permettre une plus grande effectuation des droits fondamentaux dans le monde vécu.

En arrière-fond de ces symptômes, la question que nous souhaitons soulever est celle de l'incontournable problème de l'application normative et de son effectivité dans l'approche traditionnelle de l'application par la décision judiciaire. Le concept de la réparation devient ainsi prétexte à mettre en doute les limites inhérentes à l'application normative et à la fonction de juger, particulièrement en matière de droits fondamentaux.

Puisque la réparation permet d'appréhender l'amplitude de l'effectivité des droits, en **première partie**, nous survolerons le symptôme des limites du droit par le biais de la notion de la répa-

13. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 1101-1102.

ration sous l'article 49. Il s'agira de constater l'effet baromètre de la réparation qui s'arrime d'une part au rapport entretenu entre la réparation et le droit civil, puis, d'autre part, au sens même donné à la notion de réparation par les modèles de justice auxquels elle se réfère.

En **deuxième partie**, le débat sur la transformation de la fonction de juger en application de la charte sera rappelé. Ce débat semble être initié de la difficile articulation du pluralisme axiologique par les tribunaux et culmine en l'incontournable jugement moral en matière de droits fondamentaux. La difficulté de concilier *norme juridique* et *valeur* dans la perspective du jugement sera reformulée afin d'enraciner la problématique de la réparation dans le socle de la nature intrinsèque de la Charte, entre droits et valeurs.

Puis, en **dernière partie**, une perspective rémédiatrice de l'écart entre la Charte et le monde vécu sera abordée. La notion de réparation servira de référent afin de permettre de niveler cet écart. La réparation offre un potentiel de promotion des droits fondamentaux, par l'appréhension d'une tout autre voie d'application des chartes : une approche procédurale, contextuelle et médiative de la réparation. La récurrence de la problématique de l'application des normes énonciatrices de droits fondamentaux, valant entre pluralisme axiologique et universalité de la norme nous semble interpeller ce recours à une autre approche de l'énonciation et de l'application normative. Une approche qui permette d'appliquer contextuellement la Charte comme instrument de promotion des droits, plutôt que comme norme d'application d'une protection civiliste de la réparation, intégrant alors une véritable pluralité axiologique. Fondamentalement, comme le disait Weber, « *(l)es motifs pour lesquels on se plie à la règle de droit peuvent être des plus variés.* » Ainsi, comme le rappelle Gendreau¹⁴, le droit n'est qu'une des causes possibles de l'orientation de l'action des individus. Ce qu'il advient dans les faits du droit, ce sont les représentations que les gens se font de la loi qui fonde leur agir.

14. C. GENDREAU, « Les relations privées dans le contexte du divorce et le rapport au droit : une affaire de justice ? Réflexion sur les processus de résolution des conflits dans une perspective wébérienne », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 119 ; et citant Weber, p. 119. M. WEBER, *Économie et société – L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Paris, Pocket, 1995, p. 16.

I. UN SYMPTÔME DES LIMITES DU DROIT : la notion de réparation, baromètre de l'effectivité¹⁵ de la protection des droits fondamentaux

L'interprétation judiciaire livrée par les tribunaux de droit commun de la notion de réparation énoncée à l'article 49 de la Charte québécoise témoigne de variations quasi climatiques qui, à juste titre, permettent de lui conférer le statut de baromètre de l'effectivité de la réparation. Le droit ne semble pas répondre à la complexité que suppose l'atteinte à des droits fondamentaux, au chapitre même des valeurs qu'ils portent de dignité et de reconnaissance de la diversité. Les diverses tendances interprétatives laissent entrevoir et parfois consolident des glissements importants vers le cadre juridique du droit civil, sinon, de la rationalité civiliste. L'atmosphère juridique civiliste imprègne le droit à la réparation et l'esquive parfois à son propre cadre d'ouverture à cette notion.

Ce sont ces tendances et variations qui seront dans un premier temps survolées afin de présenter les limites que dessine le droit par l'interprétation judiciaire de la notion de réparation. Il ne s'agit aucunement de proposer une analyse détaillée de l'état de la jurisprudence sur la question dans toutes ses nuances, non plus que de faire état des nombreux débats entourant cette question. Pour les fins de notre propos, il suffira simplement de marquer les tendances générales constatées dans la littérature, lesquelles dégagent la pression atmosphérique de l'interprétation de la réparation sous la Charte, et permettent un regard sur ce phénomène. D'entrée de jeu, le fond du débat que suscitent ces limites au niveau de leurs justifications en regard de l'application de la notion de réparation sera tracé. Il permet d'inférer des positionnements théoriques, sinon idéologiques, quant au sens de la portée constitutionnelle de la Charte, et plus largement, de son statut dans l'économie du droit québécois. Ces positionnements enracinent le phénomène au niveau même des limites du droit à réparer l'atteinte à des valeurs fondamentales.

Par ailleurs, poursuivant notre lecture de la notion de réparation, nous nous attarderons au sens de la notion de réparation, lequel est en lien direct avec les modèles de justice choisis par le droit. La notion de réparation présente une panoplie d'interpré-

15. Voir *supra*, note 13, p. 1101 et s.

tations possibles irrémédiablement liées au modèle de justice préconisé par les processus de réparation.

1.1 La notion de réparation et le droit civil

Le rapport présumé ou construit entre le droit civil et la Charte québécoise est au centre du débat portant sur l'interprétation de la réparation en vertu de la Charte. La Cour suprême avait invité les juristes à se pencher sur cette interaction qu'elle qualifiait de trop centrée sur les rapports entre la responsabilité civile et les libertés fondamentales, concernant la question de la réparation¹⁶. L'argumentaire tourne essentiellement autour du statut de la Charte en regard des normes de droit commun. Ces positionnements coloreront ou même fonderont en certains cas, les critères théoriques d'ouverture à la notion de réparation.

Les questions sous-jacentes à ce débat interpellent la hiérarchisation normative de la Charte en regard de l'ordre juridique québécois, non pas au niveau de la reconnaissance formelle des droits fondamentaux mais de leur actualisation en conjonction aux normes juridiques existantes.

Cette suprématie formelle de la Charte en regard du droit commun n'exclut pas le débat sur son interaction avec les dispositions du droit commun, dont celle de la réparation, notion fondamentale de la responsabilité civile. Lequel du droit commun ou de la Charte comme porteuse de principes juridiques distincts¹⁷, dictera les critères d'ouverture de la réparation, actualisant ainsi les conséquences juridiques de l'atteinte illicite en lui offrant un lieu de concrétisation ? Le droit à la réparation est *la pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la Charte en tant que mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection*¹⁸.

Dès l'adoption de la Charte, nonobstant l'article 52 et la reconnaissance dans l'ordre juridique québécois de la préséance des droits fondamentaux, la question de son statut s'est immédiatement posée dans son rapport au droit civil, particulièrement en matière de responsabilité. Selon certains auteurs, la Charte

16. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 25.

17. Voir notamment : L. LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231.

18. *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 20.

devait effectuer une rupture avec le droit civil du fait même des principes et des valeurs fondamentales qu'elle énonce¹⁹. Cette rupture permettrait alors l'échafaudage de principes juridiques distincts, apportant une protection supplémentaire des droits y étant reconnus, non assimilable au droit existant. Comme cette construction d'un sens distinct du droit commun découle de l'interprétation judiciaire, lorsque la norme à appliquer est celle de la réparation et qu'elle n'est pas expressément définie, la notion de réparation par ailleurs construite en droit civil s'est avérée un référent utile. Dès lors, il est devenu peu étonnant que cette notion emprunte le chemin du droit civil. Outre la reconnaissance effective du statut de la Charte et la volonté d'actualiser la réparation comme un droit fondamental²⁰, la propension vers le droit civil apparaît juridiquement compréhensible, sinon défendable.

Ainsi, malgré l'article 52 de la Charte et bien que le statut de *loi fondamentale à caractère quasi constitutionnel de la Charte ait été reconnu* par la Cour suprême, le sens et l'effet de cette reconnaissance demeurent parfois teintés dans l'application normative de la notion de réparation. Gagnon semble expliquer le phénomène par une profonde croyance en la primauté du droit civil²¹. De fait, comment se délier de cette croyance enracinée dans la pensée civiliste lorsque même la Cour suprême rappelait dans l'arrêt *Amselem* que le Code civil est l'instrument le plus important pour définir l'ordre public²². Question de culture juridique ou question de droit, l'une et l'autre se distinguent parfois difficilement.

Particulièrement depuis l'arrêt *Béliveau St-Jacques*²³, bien que des décisions plus mitigées dans l'application des principes du droit civil à la réparation aient été rendues, une orientation issue de la primauté du droit civil sur les droits fondamentaux demeure perceptible. Il faut se rappeler que la Cour suprême avait assujéti *l'ensemble de la procédure rémédiatrice découlant de la Charte aux principes généraux de la responsabilité civile*²⁴. La question de

19. *Supra*, note 5.

20. Certains auteurs préconisent que la réparation soit reconnue comme un droit fondamental afin de permettre une interprétation plus large de la notion de la réparation. *Supra*, note 11, p. 328 et s.

21. *Supra*, note 11, p. 274.

22. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 146 (dissidence du juge Bastarache).

23. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345.

24. *Ibid.* ; M. COUTU et P. BOSSET, « Études n° 6 – La dynamique juridique de la Charte », dans QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la

l'autonomie du régime de réparation de la Charte semble perpétuellement posée. Bien que l'assimilation des voies de droit sous l'article 49 au droit civil soit nuancée, présentant des fluctuations, il n'en demeure pas moins une certaine primauté des principes de droit civil en matière de réparation, contrairement aux prétentions de certains auteurs qui soutiennent une nécessaire subordination du droit civil à la Charte²⁵. Ce qui laisse à penser que la Charte jouit d'une primauté déclaratoire plutôt qu'effective en regard des droits fondamentaux qu'elle énonce. Si la force d'un droit se mesure à l'effectivité de la réparation, la Charte demeure atrophée dans sa force et sa préséance exécutoire.

Au-delà des arguments juridiques soutenant l'une ou l'autre des tendances justifiant le rapport hiérarchique entre la Charte et le droit civil en matière d'ouverture à la réparation, il nous semble que ce débat revêt une dimension beaucoup plus philosophique, sinon axiologique elle-même, que purement juridique. La primauté d'un ordre normatif sur l'autre tient plus à la vision que nous portons de la place des normes dans le corpus juridique que de justifications relevant purement de la rationalité du droit. En cela, nous sommes face à un conflit de valeurs, dont les positions peuvent se justifier juridiquement, sans errer en droit, ce qui en mesure toute la portée. Les fluctuations jurisprudentielles démontrent bien la valeur juridique de l'un ou l'autre des raisonnements et l'imprégnation des principes de réparation du droit civil par la Charte.

Cette assimilation, plus ou moins étendue, des critères de la réparation du droit civil à la Charte se concrétise notamment par la recherche des éléments constitutifs de la faute en responsabilité civile et par l'ampleur de la réparation accordée²⁶. L'atteinte illicite à un droit protégé ou à une liberté promue devient, dans cette perspective interprétative, limitée à la recherche de la faute civile, du dommage et du lien de causalité. Bien que des décisions aient ouvert vers des preuves *prima facie* de discrimination dans l'application de l'article 49, d'autres ont privilégié le recours au

jeunesse, *Après 25 ans, la Charte des droits et libertés*, vol. 2, p. 257. Voir notamment : *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 ; *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

25. M. DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *R.J.T.* 31.

26. *Supra*, note 23, la Cour statuant que le préjudice objet de la réparation doit être causé par une faute. Voir aussi : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211. Quant à la preuve du préjudice, voir *supra*, note 24, arrêt *Aubry*.

droit civil et à l'établissement de la faute préalable à la réparation²⁷. C'est notamment en ce sens que l'arrêt *Béliveau St-Jacques* peut être interprété.

Dans ce contexte de la restriction de l'ouverture au droit à la réparation, la première limite à l'effectuation de la réparation est posée.

Ensuite, l'étendue du sens qui pourra être donné à la notion de réparation en elle-même, l'ouverture restrictive à ce droit découlant de l'importation des principes du droit civil viendra nécessairement diminuer les possibilités de réparation. Le droit civil statue d'abord sur le comportement fautif, et les conséquences causées par ce comportement fautif. Il en résulte des atteintes illicites demeurées non réparées à des droits par ailleurs reconnus, ce qui laisse penser à une finalité plus déclaratoire qu'exécutoire des droits fondamentaux énoncés à la Charte.

1.2 Le sens de la notion de réparation et les modèles de justice

Il n'est pas de justice qui ne répare pas ; toute justice, même celle qui châtie, offre une réponse à un acte considéré comme injuste et tente de pallier l'injustice conséquente de cet acte en « réparant » l'injustice qu'elle aura qualifiée. Les concepts fondateurs du droit dans nos sociétés sont inexorablement liés aux notions de « réparation » et de « responsabilité »²⁸. Quant à la notion même de réparation, elle demeure toujours une visée centrale de la justice civile liée au concept général d'obligation, aussi bien en matière de responsabilité que de contrat. Le sens même de la notion de réparation interpelle une réflexion sur les conséquences de l'atteinte illicite qui seront prises en compte. Quel ancrage dans le monde vécu auront ces conséquences prises en compte ? Qu'est-ce qui sera réparé et comment ?

Or il nous semble que les conséquences du comportement injuste, voire illicite, et celles vécues par les acteurs concernés sont indissociables de celles que devraient entrevoir la finalité de la réparation, et plus largement, la finalité de la justice. Les conséquences entrevues ou reconnues par l'ordre juridique traduisent

27. *Ibid.*

28. Voir notamment sur la place de la notion de responsabilité dans « l'imaginaire juridique » : J.L. GÉNARD, *Les dérèglements du droit – Entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Éditions Labor, 2000, p. 16 et s.

la finalité de la *réparation* qui matérialisera les idéaux de justice, qu'ils soient de l'ordre du dédommagement, de la reconstruction, de l'éducation ou de la punition. Ces conséquences peuvent être limitatives ou extensives, et elles influenceront considérablement les possibilités d'atteindre la finalité envisagée par la réparation. Elles en sont le bassin, le lieu de collecte des données, puisqu'elles nomment les torts qui doivent être pris en compte dans le redressement de l'injustice que circonscrit toute justice, et qu'elle tend à réparer. Les conséquences du comportement injuste sont le socle de la réparation possible.

Ainsi, lorsque la notion de réparation est circonscrite dans son application en regard des principes du droit civil, de la notion de faute, du lien de causalité, et même d'ordre public²⁹, elle est nécessairement restrictive du potentiel de la réparation, au niveau même de l'ouverture à cette réparation. En cela, un choix de finalité à la réparation se présente et il révèle un positionnement sur le rôle social de la Charte, effectué consciemment ou non. Les tendances sont encore ici diversifiées, et les tenants de la soumission de la réparation énoncée par la Charte au droit commun, semblent déjà vouloir se rallier à un sens de la notion de la réparation qui découle des critères même de son application par le droit commun.

Ce choix en est un des finalités d'application de la Charte comme loi fondamentale à caractère quasi constitutionnel ; vise-t-elle la régulation des comportements sociaux afin qu'ils soient conformes aux valeurs qu'elle porte ou alors vise-t-elle une compensation de la victime, de nature civile ? Cette question sera développée en troisième partie.

Les signes de l'ouverture à l'élargissement de la notion de réparation sous la Charte sont présents dans la jurisprudence et la doctrine, par ailleurs bien souvent sous la tension non dite de l'actualisation de la nature fondamentale de la Charte et des conséquences que cela porte.

La Cour suprême a rappelé que l'article 49 contient le potentiel de la recherche de la mesure appropriée³⁰. De même, que les

29. *Supra*, note 24, p. 257.

30. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004]1 R.C.S. 789, par. 13. Il faut noter que la Cour statuait notamment dans cet arrêt sur les pouvoirs de réparation du tribunal de la personne dont les pouvoirs sont plus étendus que ceux prévus à l'article 49.

cours devaient faire preuve de flexibilité et de créativité dans la conception de la réparation³¹. Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*³², la Cour suprême a énoncé qu'une réparation utile doit être adaptée à l'expérience vécue. Cette approche nécessite certes un élargissement des conséquences entrevues, dont celles vécues par les victimes, ce qui peut autoriser à penser une vision différente de la réparation, axée vers les conséquences. Cette perspective de se tourner vers les conséquences, vers les relations futures, qu'Éliadis³³ nomme une réparation prospective plutôt que rétrospective, contraste avec la vision traditionnelle de la réparation.

Dans cette ouverture vers une définition élargie de la réparation, nous ne pouvons passer sous silence l'approche contextuelle ou téléologique d'interprétation des chartes qui ont été expressément reconnues comme devant s'appliquer à la réparation dans l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴. En ce cas, la prise en compte du contexte permet en partie une appréhension élargie des conséquences entrevues et qui devront être réparées par l'application de la norme réparatrice. Les principes de droit civil en matière de réparation tentent aussi de circonscrire les dommages causés par la transgression normative menant à la responsabilité civile, tout étant une question d'amplitude des conséquences entrevues à la réparation.

Alors que l'usage de l'approche contextuelle d'interprétation en regard de la portée des droits fondamentaux permet une contextualisation du sens des droits dans le monde vécu, par la prise en compte de divers éléments constitutifs du contexte, nous nous interrogeons sur l'effet élargissant d'une telle approche en regard de la notion de réparation sous la Charte. L'interprétation téléologique est très certainement utile afin de reconnaître la transgression d'un droit fondamental, mais lorsqu'il s'agit d'offrir une réparation utile qui doit être adaptée, comme le rappelle la Cour suprême, à l'expérience vécue, il nous semble que la réparation se heurte à une vision de la justice qui prétend nommer les conséquences de l'acte injuste.

31. *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, C.A., n° 200-09-003274-005, 24 janvier 2005, par. 94.

32. *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] R.C.S. 3.

33. P. ELIADIS, « Developments in Human Rights and Remedies : A Canadian Perspective », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 471.

34. Voir notamment : L.B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459.

Lenoble écrit que « (L)e juge n'est-il pas particulièrement inadapté pour prétendre maîtriser les conditions d'application de la norme »³⁵. La notion de réparation est directement liée aux torts causés que l'on souhaite réparer. En cela, elle demeure indissociable, pour être appréhendée, des conséquences vécues par les acteurs.

Dans cette perspective, la finalité de la réparation est en cause. Ainsi, la réparation sous la Charte se meut à l'intérieur de deux limites qui en façonnent l'idéal de justice, son rapport avec le droit civil et la définition même de la réparation qui repose sur une construction décisionnelle de cette réparation, même en prenant en compte le contexte le plus élargi. Ces constats sont-ils incontournables, inhérents à l'institution et à la norme juridique ? Quels modèles de justice valident ces visions de la réparation ?

II. UN SYMPTÔME DES LIMITES DU JUDICIAIRE : LE DÉBAT SUR LA TRANSFORMATION DE LA FONCTION DE JUGER

La réparation en application des droits fondamentaux présente un des lieux d'application les plus subjectifs de reconnaissance des conséquences de la transgression normative. Le rapport entre la nature de la norme transgressée et le sens de la réparation est incontournable. En matière de droits fondamentaux, la norme traduit des valeurs et la réparation s'effectue par suite de l'atteinte à ces valeurs. Or, dans la mesure où l'atteinte se situe au chapitre des valeurs des personnes, reconnues dans leur diversité, elle nécessite une reconnaissance des conséquences vécues par les personnes et relativement au niveau des relations de ces personnes, inscrites dans le monde vécu. Ce problème soulève alors un second niveau de limites, celui-là conséquent de la capacité ou de la légitimité des tribunaux à rendre effective la réparation pour atteinte à des droits fondamentaux.

Le débat sur la transformation de la fonction de juger qu'attisent l'interprétation et l'application des chartes, peut être lu comme une réponse aux insuffisances du judiciaire à contextualiser dans l'interprétation de l'énonciation normative et dans l'application de la norme juridique, tout spécialement en matière de droits fondamentaux et, plus encore, par la réparation. En cela,

35. J. LENOBLE, « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 67.

ce débat est un symptôme des limites du judiciaire. Cette réponse offerte par la transformation de la fonction de juger tente de préserver la rationalité du droit tout en intégrant une fonction moralisatrice qui va à l'encontre de cette même rationalité.

Lenoble nomme ainsi cette insuffisance que révèle le débat sur la transformation de la fonction de juger en matière constitutionnelle :

[...] croire, dans la perspective ouverte par l'activisme judiciaire [...] que le contrôle du respect dû à ces droits fondamentaux implique un rôle nouveau et renforcé pour le juge repose sur une méconnaissance tant de la théorie du droit en démocratie que de la nature du raisonnement juridique du droit.³⁶

Dans un premier temps, nous survolerons l'incontournable jugement moral qui découle de l'application par les tribunaux des droits fondamentaux, et plus particulièrement, de la réparation en matière de droits fondamentaux. Puis, dans un second temps, nous réfléchirons sur la distinction entre les normes et les valeurs, laquelle permet de penser une transformation de la fonction de juger, mais ouvre aussi la voie à d'autres moyens afin d'assurer la réparation dans le monde vécu, et l'effectivité du pluralisme axiologique que présupposent les Chartes. Le jugement moral est peut-être contournable si l'interprétation des valeurs portées par la Charte se situe en rapport du monde vécu.

II.1 L'incontournable jugement moral en matière de droits fondamentaux ?

Les droits fondamentaux recèlent, dans leur essence, une intention de reconnaissance de valeurs plurielles. La notion de discrimination actualise cette reconnaissance et elle offre protection à une pluralité de valeurs. Que l'on parle de liberté religieuse, d'expression, ou du droit à l'égalité, leur promotion est celle de la reconnaissance de cette diversité, de cette pluralité axiologique qui traduit ou devrait traduire des choix démocratiques fondamentaux. Ainsi les droits fondamentaux portent des valeurs³⁷ et interpellent le pluralisme normatif. L'on constate donc l'idée d'une *morale universaliste inhérente aux droits de l'homme*,

36. *Ibid.*, p. 51.

37. Voir notamment l'article de Bégin concernant cette question de la lecture morale des droits : L. BÉGIN, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », (1997) 38 *C. de D.* 417.

comme l'exprime Melkevik dans son analyse de la pensée d'Habermas³⁸. Comment concilier l'idée de cette morale universaliste, ou du moins de mode de régulation sociale et celle du pluralisme des valeurs, qui appelle sa reconnaissance ?

Le paradoxe des droits fondamentaux naît de la reconnaissance juridique de valeurs plurielles et de leur application par la normativité juridique qui présuppose une coordination sociale. La norme juridique sous-tend une prédétermination du sens des valeurs et une universalisation de leur sens. L'enjeu des droits fondamentaux est celui de la tension entre ce pluralisme axiologique et l'universalité de la norme juridique comme mode collectif de régulation sociale³⁹.

L'on peut constater trois degrés d'écarts particuliers en corollaire à cette problématique du pluralisme axiologique dans la reconnaissance des droits fondamentaux. Le premier écueil se situe au chapitre de la hiérarchisation des valeurs énoncées que présuppose cette reconnaissance. Le deuxième découle du premier et réfléchit les limites intrinsèques de cette hiérarchisation des valeurs dans la reconnaissance même de la diversité axiologique. Le troisième écart relève de la limite inhérente au raisonnement judiciaire à répondre à cette conjonction entre le pluriel et l'universel, dans l'interprétation même téléologique des droits et de leur application. Ce troisième écart soulève le débat ou le constat de la transformation de la fonction de juger.

Bégin résume ces deux premières tensions des droits fondamentaux en ces termes :

Ces derniers, transformés en biens ou en valeurs, sont appelés à être hiérarchisés dans chaque situation de désapprobation morale en fonction des biens ou des fins qu'ils sont présumés viser. Or, si tel est le cas, à partir du moment où les droits sont des valeurs parmi d'autres valeurs on ne voit plus très bien quels peuvent être les critères rationnels permettant de lever suffisamment le doute

38. B. MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERTS (dir.), *L'amour des lois*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 386.

39. *Supra*, note 9, p. 21. Le pluralisme normatif paraît insuffisant à fonder une théorie de la norme qui permette une véritable coordination sociale. Les craintes soulevées par les diverses théories du pluralisme juridique ou normatif se fondent souvent sur l'absence de référents collectifs normatifs que la seule idée du pluralisme laisse émerger. Or, nous croyons que le pluralisme normatif nécessite dans sa reconnaissance de nouvelles théories normatives qui permettent son articulation et offrent la finalité collective nécessaire à l'ordonnement social.

quant à l'arbitraire ou l'irrationalité des hiérarchies ponctuellement établies.⁴⁰

Bégin parle alors d'une porte ouverte à un *travestissement téléologique des droits*. Or, la finalité entrevue dans la hiérarchisation porte en elle-même ses valeurs et cette perpétuelle pondération entre l'un et l'autre droit, entre l'ensemble des droits.

Certains ont parlé alors de *jurisprudence des valeurs* qui énonce alors ces choix effectués entre la préséance d'une valeur sur une autre. Par ailleurs, comme le souligne Bernatchez, *cette jurisprudence des valeurs se heurte au pluralisme axiologique et à l'impossibilité d'établir un consensus quant à l'idée du bien*⁴¹. *A fortiori*, lorsque la notion de réparation est interpellée, ce pluralisme axiologique doit être reconnu en rapport avec les personnes, dans leurs valeurs reconnues et vécues.

Ce problème de hiérarchisation éclaire les limites relatives aux critères même de délibération du judiciaire dans cette pondération des valeurs. Les travaux d'Andrée Lajoie sont à cet égard révélateurs de cette détermination des valeurs choisies. Lajoie constate que la jurisprudence des chartes prône les valeurs dominantes, alors que paradoxalement, la Charte protège les valeurs des minorités⁴². Elle constate que les valeurs minoritaires sont prises en compte si elles ne remettent pas en cause les valeurs majoritaires ou intérêts⁴³. Ainsi, s'ajoute à cette pondération des valeurs un biais, une *surdétermination* des valeurs qui accentue cet écart conséquent de pondération des valeurs et du paradoxe de la Charte entre pluralisme axiologique et norme juridique. Ce problème paraît insoluble par sa récurrence lorsque le droit porte des valeurs, ou une *prédétermination des valeurs* ou lorsque simplement le droit se fait valeurs.

En réponse à ces écarts, le courant de l'interprétation téléologique ou contextuelle permet une certaine ouverture dans la

40. L. BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans G.A. LEGAULT, A. RADA-DONATH et G. BOURGEAULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions GGC, 1997, p. 237.

41. S. BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2005-2006) 36 *R.D.U.S.* 186 ; voir aussi la citation faite par Bernatchez de Weinstock pour une définition du pluralisme axiologique : *ibid.*

42. A. LAJOIE, *Jugements de valeurs, le discours judiciaire et le droit*, Paris, P.U.F., 1997 ; A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2002.

43. *Ibid.*

détermination de la définition des droits fondamentaux puisqu'il autorise une prise en compte d'un contexte dans la détermination même des droits fondamentaux. Par ailleurs, *plus le droit se développe dans sa nature communicationnelle, plus le discours du juge se dévoile dans sa précarité*, comme le souligne si justement Lenoble⁴⁴.

Bien que notre propos ne soit pas de circonscrire cette méthode interprétative, il importe de saisir qu'elle interpelle ce besoin d'arrimer à une certaine réalité sociale le sens des valeurs promues par les droits fondamentaux en général. Comme le constate Bégin en regard des différentes approches d'interprétation contextuelle ou téléologique, le juge n'est pas moralement désengagé, et en cela, se cristallise cet écueil de la reconnaissance des valeurs portées au rang de droits fondamentaux.

Bien que la Cour suprême⁴⁵ ait, en regard de la Charte canadienne, statué sur l'application de l'approche téléologique à la reconnaissance des droits fondamentaux, et plus particulièrement à la réparation, il n'en demeure pas moins que cette approche interprétative souffre des limites inhérentes au raisonnement judiciaire. D'abord, en termes de hiérarchisation des valeurs mais surtout, et fondamentalement, par l'impossibilité pour le judiciaire de se substituer et de reconnaître les conséquences subjectives que présuppose l'atteinte à un droit fondamental.

L'insuffisance du droit à venir à bout du paradoxe entre pluralisme axiologique et universalité des droits fondamentaux semble prendre racine dans l'interprétation de valeurs appliquées comme du droit.

II.2 Normes et valeurs, une distinction transformatrice du rôle des juges

Le problème de la reconnaissance des valeurs par l'application de normes juridiques, plus encore de droits fondamentaux, rejaillit directement sur la fonction des juges et engendre ce débat sur la nécessaire transformation de la fonction de juger. Les juges en ces cas exercent une fonction éthique et non juridique, et se

44. *Supra*, note 9, p. 88. Cette précarité révèle notamment ces symptômes des limites du judiciaire.

45. Sur cette question, voir *supra*, note 33.

pose alors le problème de la légitimité de cette fonction qui entraîne la définition des valeurs dans leur contenu normatif⁴⁶.

Tout le débat en matière de contrôle constitutionnel relatif à la légitimité de la transformation du rôle des juges par l'accroissement de leur rôle en regard du partage des pouvoirs entre le judiciaire et l'État, en termes de légitimité, trouve écho même au dehors du rapport avec l'État, dans la légitimité de la reconnaissance des valeurs par les juges en matière de droits fondamentaux entre personnes privées. La nature de la norme juridique prédispose à ce débat sur le rôle des juges et la légitimité de leur intervention en application de normes porteuses de valeurs dites fondamentales. Il semble que l'on présume d'emblée de la nécessité de la transformation de la fonction de juger par l'accroissement de leur pouvoir en matière de droits fondamentaux et que le débat tourne essentiellement sur les limites ou les justifications offertes à la légitimité de cette intervention parfois plus énonciatrice qu'applicatrice du droit du fait de la nature de la justification effectuée par les juges. Le débat est riche, dense et soulève de nombreuses passions et des questionnements. On a beaucoup écrit sur cette problématique de la transformation du rôle des juges par le contrôle constitutionnel et l'application des chartes, et nous ne reprendrons aucunement ce débat fort étoffé qui porte en filigrane la question du *gouvernement des juges*. Il repose sur une vision d'effritement ou de remise en cause, souhaitée ou réfutée, de la conception traditionnelle de l'État de droit, entre le judiciaire, l'exécutif et le législatif. Il importe de recadrer ce présupposé de la transformation du rôle des juges par l'accroissement de leur pouvoir comme intrinsèquement liée au contrôle constitutionnel, et plus particulièrement, pour ce qui nous concerne, à l'application et à la justification des droits fondamentaux par les tribunaux.

Une autre vision de la problématique de la transformation du rôle des juges peut être entrevue. Le problème peut se situer ailleurs qu'entre l'activisme judiciaire et la retenue judiciaire, pour ce qui est du contrôle constitutionnel, mais aussi, dans la simple application des Chartes en matière de droits fondamentaux, entre personnes privées. En ce cas, bien sûr, la question de la transformation des pouvoirs du juge semble se poser avec moins

46. Voir : G.A. LEGAULT, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », (1989) *Éthica* 1, 95-109.

d'acuité dans son rapport avec le législatif, mais elle revêt toute son ampleur dans la reconnaissance de la légitimité de l'énonciation, de l'application et de la justification des valeurs par les juges. Il ne nous semble pas que soient étrangères à cette question de légitimité de l'intervention du juge dans l'application des droits fondamentaux, les limites judiciaires à la réparation que nous avons esquissées en première partie. Les juges ne souhaitant peut-être pas se glisser dans la justification des jugements de valeurs, et préfèrent peut-être formuler la réparation au départ des principes reconnus du droit civil.

Une certaine confusion entre *valeur et norme* issue de la transformation de valeurs en normes nous semble poser problème, ou ouvrir des pistes de réflexion. Nécessairement, lorsque les valeurs deviennent normes, elles se heurtent à leur hiérarchisation inévitable, à leur prédétermination, et aux difficultés d'application et de reconnaissance qui en découlent. Comme le souligne Bégin, les normes interpellent le juste alors que les valeurs appellent le bien⁴⁷ et le judiciaire statue sur le juste en droit, et non le bien. Conséquemment, le bien interpelle un jugement de valeur et la difficulté est celle de substituer, sinon de valider, un jugement en droit à un jugement de valeur. Dans quelle rationalité et selon quelles balises normatives le jugement de valeur pourra-t-il atteindre cette validité juridique constitutive de l'ordre juridique, tout en reconnaissant le pluralisme axiologique ? Le problème semble sans issue, et tout le débat entourant cette question en témoigne. Le constat posé par Lenoble trouve ici une grande portée, celui d'une *tendance récurrente de la pensée juridique à ancrer la validité juridique dans le socle de l'idéal*⁴⁸.

Nécessairement, les valeurs véhiculent des idéaux, mais la reconnaissance d'idéaux pluriels, de valeurs plurielles, peut-elle être validée dans et par le juridique, sans effectuer ce passage du droit vers le jugement moral ou, à l'opposé, vers la perte du référent collectif aux droits fondamentaux ?

Ainsi, peut-être faut-il que *les droits fondamentaux stabilisent l'intersubjectivité discursive*, comme l'entrevoit Melkevik⁴⁹.

47. *Supra*, note 39, p. 229-230.

48. J. LENOBLE, « Idéal de la raison et raison procédurale », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERTS (dir.), *L'amour des lois*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 257.

49. B. MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERTS (dir.), *L'amour des lois*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 385.

Auquel cas, la transformation de la fonction de juger peut être appréhendée autrement, *vers les dispositifs culturels permettant une véritable discussion au niveau de l'opinion publique*, propose Lenoble, en rapport au contrôle constitutionnel⁵⁰. Cette vision nous semble transposable aux rapports privés en application de la Charte québécoise, vers des modèles qui permettent cette réappropriation du jugement de valeur par les citoyens tout en permettant l'universalisme de la norme au niveau procédural.

III. UNE PERSPECTIVE REMÉDIATRICE : une approche de la réparation ancrée dans le monde vécu

*... une intériorisation de la
transcendance dans l'immanence
des relations sociales et culturelles
(Lenoble, supra, note 47, p. 259)*

Par-delà les limites de l'application de la notion de réparation, le problème de l'effectuation des valeurs par les droits fondamentaux suggère des voies nouvelles de penser le *moment du droit*⁵¹, là où sa véritable effectivité se joue, dans le rapport entre l'énonciation, l'application et la justification normative. Dans cette communication, la notion de réparation a été choisie comme prétexte de départ puisqu'elle est le terreau non seulement de la reconnaissance de l'ordre juridique à l'égard des droits fondamentaux mais aussi, en ce qu'elle éclaire la problématique des valeurs et de l'incontournable jugement moral que cela postule. La réparation exprime avec acuité l'importance du contexte et de sa détermination, et surtout, elle pressent des voies de sa subjectivisation ancrée dans le monde vécu, de son intersubjectivité.

Nous assistons dans le judiciaire à *une procéduralisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des normes*⁵². Que ce soit par les processus intégrés de médiation judi-

50. *Supra*, note 34, p. 52.

51. *Ibid.*, p. 64. *Op. cit.* : « Le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un en deçà de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des préférences individuelles, mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre destinée commune, à la perception d'une forme de vie. »

52. *Supra*, note 47, p. 287. *Op. cit.* « Il y a donc un triple mouvement au sein du droit contemporain : accroissement vers le haut des exigences normatives, transformation vers le bas des procédés de production de la signification juridique et horizon-

ciaire ou par les divers outils et dispositifs mis en place pour assurer la gouvernance citoyenne, les modèles d'élaboration du droit se transforment vers une certaine forme d'autorégulation dans le medium du droit, dans une philosophie de l'intersubjectivité que traduit notamment la pensée d'Habermas⁵³.

Cette dernière partie dégage des voies de réflexion sur la transformation du droit dans le sens de sa contextualisation qui soit procédurale et médiative, et dont la finalité serait d'offrir réponse aux insuffisances du droit et du judiciaire à réparer et à juger de valeurs plurielles qu'il prétend par ailleurs reconnaître, sinon prôner.

Dans un premier temps, un canevas de cette perspective de la réparation comme pierre angulaire de l'effectivité de la promotion des droits fondamentaux. Puis, dans un second temps, une légitimation du passage vers une transformation de la finalité ou une atteinte de la finalité des droits fondamentaux par leur véritable promotion sociale, par la construction du sens commun, au lieu et place d'une prédétermination construite dans le seul référent juridique et décisionnel du droit.

III.1 Une approche procédurale, contextuelle et médiative de la réparation

La justice dans le droit vécu est plus significative que l'énoncé de grands principes
(R.A. Macdonald)

L'interprétation des droits fondamentaux au départ de l'approche contextuelle ou téléologique offre déjà une certaine forme de contextualisation au raisonnement judiciaire, transfor-

talisation – négociation des modes de résolution des conflits. Ces évolutions traduisent une contextualisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des règles. Lenoble définit ainsi le terme *procéduralisation* : le terme *procéduralisation* s'entend des conséquences normatives sur l'organisation des dispositifs d'action qui résultent d'une compréhension procédurale des conditions d'une action rationnelle. » *Supra*, note 34, p. 29.

53. *Supra*, note 47, p. 381. « La notion d'intersubjectivité, lorsque posée en regard de la transformation du droit, s'inscrit dans une conception post-moderne du droit dans laquelle la centralité du sujet et la prise de conscience de son implication dans la connaissance de l'objet apparaissent comme l'une des caractéristiques fondamentales ». Voir : C. YOUNES, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet », dans É. LE ROY et C. YOUNES, *Médiation et diversité culturelle*, Paris, Éditions Karthala, 2002, p. 52.

mant ainsi l'interprétation du sens de la norme à travers le prisme d'un certain contexte défini par le judiciaire et une certaine appréhension des valeurs sociales. Cette approche interprétative donne une certaine amplitude à l'énonciation normative et une certaine légitimité à la justification dans l'application normative. Elle dresse les principes et les paramètres des droits reconnus, et elle livre le contenu normatif du droit à être reconnu, protégé et réparé.

Il importe de saisir qu'une forme d'interprétation contextuelle par le juge du sens du droit au chapitre de son énonciation normative demeure incontournable afin d'éviter une subjectivisation à outrance qu'entraînerait la seule contextualisation intersubjective. C'est dans cette perspective d'une interprétation contextuelle que s'inscrit la procéduralisation du droit, comme procédé non pas de justification normative mais d'application contextuelle. Ainsi, cette interprétation du sens de l'énonciation pourrait demeurer réflexive lors de l'application, et relever de critères de validation procédurale, ce qui alors nécessite une remise en cause de la théorie de la norme, et au moins, de l'interprétation contextuelle telle que nous la connaissons⁵⁴.

Ce premier degré de contextualisation qu'offre l'approche d'interprétation contextuelle de la norme présente un écart entre ce sens de l'énonciation normative qui en découle et l'autre contexte, celui de l'application, de la réparation conséquente de la reconnaissance du sens de la norme dans le monde vécu. Cet écart entre l'énonciation et l'application/justification révèle très certainement la plus grande insuffisance du droit à sa propre effectivité et une grande part du rôle des tribunaux consiste à tenter de réduire cet écart entre le droit et le monde vécu, entre l'énonciation et l'application normative par la justification. Le problème inhérent à la rationalité du droit s'accroît d'autant que la norme, tel que nous l'avons démontré, enchâsse des valeurs plurielles qui doivent être reconnues dans leur application, tout particulièrement dans le cas d'une réparation à effectuer.

54. Notamment, *supra*, note 47, p. 286. Voir les travaux de Lenoble sur la procéduralisation contextuelle du droit et l'enjeu de la réflexivité dans le rapport énonciation et application normative. Par exemple, en regard du principe d'égalité intégré aux chartes, Lenoble prétend qu'il introduit déjà une certaine réflexivité interne au système juridique. « Le rôle de principe de surplomb joué par le principe d'égalité est un de ceux le plus explicitement consacré par ces chartes. Le fait intéressant est précisément que cette inscription traduit la prise en compte par nos systèmes juridiques, de la réflexivité qu'implique une compréhension correcte de la rationalisation sociale et de la formalisation du droit que celle-ci implique. »

La notion de contexte doit être revue au chapitre de l'énonciation et de l'application au-delà des sens qui lui ont été donnés dans l'approche interprétative contextuelle, laquelle relève toujours du jugement judiciaire et d'une objectivisation décisionnelle qui écarte une véritable subjectivisation que nécessite la pleine réparation pour atteinte à des valeurs fondamentales. Le contexte ne doit pas alors être un construit objectif ou prédéterminé, mais la résultante d'une démarche de contextualisation.

Lenoble présente ainsi la notion de contexte dans son rapport à la norme, laquelle définition se situe bien au-delà des définitions du contexte issues de l'approche contextuelle en interprétation⁵⁵.

Les effets d'une norme sont le résultat d'une démarche qui n'est pas anticipable. [...]

Il s'ensuit que toute réalisation d'un objectif normatif n'implique pas seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable mais aussi, les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toutes normes ouvrent dans son application.

[...] Sans doute, y a-t-il un pluralisme conflictuel des formes de vie.⁵⁶

Dans cette vision du contexte et de l'application normative par une démarche réflexive qu'elle présuppose :

Le juge n'est-il pas particulièrement inadapté pour prétendre maîtriser les conditions d'application de la norme – droits fondamentaux. Le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut contrôler le processus réflexif.⁵⁷

Il peut en découler que seule une certaine forme d'appropriation des conséquences par les parties, dans les rapports privés, permet de véritablement rétablir ou reconstruire le lieu du conflit en considérant l'ensemble des conséquences subies dans l'atteinte aux droits, et tout particulièrement aux droits fondamentaux. Ce moment d'application du droit, qui permet sa véritable effectuation en est le baromètre, et il doit être redonné aux parties, aux personnes, par l'intégration d'un processus réflexif et procédural de contextualisation qui permette de redonner sens à

55. *Supra*, note 34, p. 63.

56. *Ibid.*, p. 64.

57. *Ibid.*, p. 67.

la norme au niveau du monde vécu, par une approche judiciaire procédurale plutôt que prescriptive du contenu de l'énonciation normative.

La médiation comprise dans sa finalité de justice permet d'appréhender en partie ce potentiel d'effectuation normative qui intègre une pluralité de valeurs qui viendront redéfinir la norme en l'actualisant et en la contextualisant, par un processus réflexif. Lorsque la médiation est ainsi entrevue dans la perspective d'une nouvelle offre de justice, qui appréhende autrement les conséquences de la transgression normative, voire la réparation, elle redonne sens au pluralisme axiologique en transformant le lieu de construction du sens subjectif de la norme, du juge aux personnes.

Par ailleurs, il serait erroné de penser que seule l'intégration de processus médiatifs puisse permettre d'atteindre cet objectif d'intégration d'une approche procédurale, contextuelle et méditative de la réparation en matière de droits fondamentaux. L'entreprise nécessite de revoir tant l'énonciation normative que son application/justification afin que soit assurée cette conjonction nécessaire de la norme avec le pluralisme axiologique enraciné dans le contexte social et l'intersubjectivité. Il ne s'agit certes pas d'intégrer des processus de médiation judiciaire au moment de l'application de la réparation pour prétendre atteindre cette transformation du rôle des juges et du droit dans la reconnaissance des valeurs plurielles.

La téléonomie normative, et plus largement, la finalité de justice et en corollaire le rôle des juges dans l'atteinte de cette finalité sont en cause. En arrière-fond, la théorie du droit est interpellée et en cela, une réflexion sur l'énonciation normative et son application devient nécessaire, afin de tendre à diminuer cet écart que porte le droit dans sa rationalité. Tant que les processus ne viseront que l'application du droit, sans remettre en cause l'énonciation normative, et le rôle de la norme comme cadre processuel de l'effectuation du droit, l'amplitude des réformes sera limitée au terrain de l'application, comme c'est le cas souvent dans les pratiques de médiation judiciaire, surtout en matière de normes d'ordre public, où le droit dans sa logique n'offre pas de terrain à la véritable construction commune.

L'enjeu est donc fondamental puisqu'il doit permettre une révision de la théorie de la norme qui autorisera cette atteinte de son universalité procédurale et de son application intersubjective.

En littérature, certains auteurs dont Lenoble, ont construit les fondements d'approches procédurales permettant cette réflexivité du droit et sa contextualisation. Le travail d'actualisation en matière de droits fondamentaux est à réfléchir et à construire.

Nous ne pouvons dans ce court article qu'ouvrir ce dialogue et ces pistes de réponses aux enjeux de l'application des droits fondamentaux, lesquels présupposent aussi une transformation du rôle du juge et plus profondément, du raisonnement judiciaire, sinon, de la place de la normativité juridique dans la reconnaissance du pluralisme axiologique. Le juge doit demeurer le gardien des processus de délibération de l'application de la réparation et de la réflexivité de l'énonciation normative, afin de préserver l'universalité du droit et la pluralité des valeurs, sans substituer son jugement à la construction commune de l'application de la norme dans le monde vécu. Cette vision de la fonction du juge, le ramenant dans le jugement du droit, est par ailleurs déjà présente dans la conceptualisation théorique des pratiques de médiation judiciaire, de même que dans certaines pratiques de justice participative dans le domaine pénal, par les cercles de règlement des conflits. En ce domaine, nous sommes aussi en présence de normes d'ordre public, certes aussi fondamentales que les droits fondamentaux, où la perspective de l'offre de justice se situe dans la sphère de la reconstruction sociale plutôt que de la sanction, laquelle anime la perspective civiliste de la réparation.

Ces pistes permettent d'envisager une transformation, déjà par ailleurs amorcée, du rôle du juge tout en préservant davantage l'écart qui sépare les normes des valeurs, et les questionnements de légitimité qu'il présuppose. Il ne faut par ailleurs pas tomber dans ce leurre que la seule intégration au judiciaire de processus dialogiques puisse permettre une véritable transformation de l'offre de justice.

III.2 De la protection à la promotion des droits fondamentaux, par la construction du sens commun

Ces pistes de réflexion vers une transformation du lieu, des acteurs et de leurs rôles en regard de l'énonciation et de l'application normative postulent une nouvelle vision de la justice et de sa légitimité. Elles présupposent une certaine remise en cause des modèles de justice, tout comme l'intégration de la médiation judiciaire et les processus de justice participative et de justice répara-

trice le proposent en théorie. Il semble qu'un choix puisse être effectué, comme le pose Commaille, entre un modèle de justice par le haut ou un modèle de justice qui agisse comme opérateur social, d'un type imposé à un type auto-produit par la société, sans pour autant instaurer une justice privée, hors l'État de droit et ses principes fondateurs⁵⁸.

Dans le domaine des droits fondamentaux, toute la question du modèle de justice préconisé revêt une importance toute particulière. Dans la mesure où ces normes sont empreintes de valeurs plurielles et de leur reconnaissance, quel rôle doivent-elles jouer sur la plan social : reconnaissance déclaratoire, protection ou promotion des droits ?

Entrevoir la Charte dans une perspective régulatrice des comportements⁵⁹, ou comme l'a soutenu la Cour suprême, comme porteuse d'une fonction éducatrice et réparatrice⁶⁰, peut ou devrait présupposer un comment qui soit autre que celui du droit commun.

Comme certains auteurs le soutiennent, la notion de régulation peut être entrevue dans une approche collective⁶¹, ou dans une visée de modification des comportements, s'apparentant plus à la promotion de droits fondamentaux qu'à leur simple sanction. La Cour suprême s'est référée explicitement à ce vocable de promotion dans l'arrêt *Robichaud* en précisant que la loi devait être interprétée de manière à promouvoir les politiques qui la sous-tendent⁶².

Cette notion de promotion, par opposition à la celle de sanction, nous semble traduire une rupture fondamentale dans la rationalité juridique, et nécessiter des actions et applications normatives distinctes, dont celles applicables à la notion de répara-

58. J. COMMAILLE, « La fonction de justice et le changement de régulation des sociétés », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*. Montréal, Éditions Thémis, p. 91 et s.

59. *Supra*, note 11.

60. *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 94.

61. Voir notamment l'article suivant en regard des enjeux collectifs : C. SHEPPARD, « Individual Accommodation versus Institutional Transformation : Two Paradigms for Reconciling Paid Work and Family Responsibilities », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 379 et s.

62. *Supra*, note 59.

tion. Les résistances à actualiser le caractère fondamental de la Charte, notamment par la notion de réparation, ne sont peut-être pas étrangères à cette rupture qu'elle introduit dans la rationalité juridique et le symptôme d'un malaise qui nécessite une transformation profonde de notre système de justice.

En arrière-plan de ce passage quasi paradigmatique de la sanction à la promotion, la finalité de la réparation et par conséquent, celle de la justice, sont interrogées. Les mesures de réparation visant la promotion des droits seront différentes de celles qui n'en visent que la sanction. Le droit régule par le commandement, par la sanction. Or, s'il revêt un idéal, par ses lois fondamentales, de promotion des valeurs qu'il énonce, ce virage présuppose un élargissement considérable des conséquences qui devront être entrevues dans la détermination de la réparation consécutive de l'atteinte de ces droits par ailleurs reconnus comme fondamentaux.

Par ailleurs, afin que le droit serve de promoteur des valeurs, il apparaît nécessaire qu'il se délie du traditionnel rôle de commandement et contrôle, afin d'embrasser des modes qui permettent cette construction des valeurs communes au sein de la collectivité. Le problème sous-jacent semble être celui du passage du droit vers la promotion de valeurs, et de son ancrage dans une rationalité de protection. Le modèle de protection n'offre pas les mécanismes normatifs permettant la promotion des droits. Les moyens du droit à l'atteinte des fins qu'il projette sont inappropriés. L'on peut difficilement atteindre la promotion des droits par des modes de seule protection de ces droits.

La rationalité du droit et le rôle décisionnel des juges en cette matière ne permettent pas cette effectuation des droits fondamentaux dans leur potentiel de transformation du social vers des valeurs par ailleurs présupposées reconnues comme fondatrices de nos sociétés. C'est en cela que le questionnement se pose vers l'intégration de processus qui permettent de passer de la protection à la promotion des droits fondamentaux, par la construction du sens commun.

Si les chartes portent cette visée de promotion des droits dans la société, un passage devra s'effectuer dans la construction du droit afin qu'il puisse réaliser cet objectif de régulation sociale et de transformation sociale consécutives de ce rôle de justice qu'il prône.

CONCLUSION

Dans cette brève contribution, nous avons esquissé des pistes de réflexion au départ de symptômes des limites du droit et du judiciaire que permette d'entrevoir la notion de réparation en application de l'article 49 de la Charte québécoise. Ces limites tiennent à la fois de l'entonnoir interprétatif que construit parfois le droit commun à la notion de réparation et du jugement moral que présupposent l'application et la reconnaissance des valeurs prônées par la Charte. Ces limites creusent le fossé de l'effectuation du droit dans le monde vécu, en limitant la reconnaissance de la réparation pour atteinte à des droits fondamentaux.

Ce survol a permis de mettre en lumière un problème récurrent en matière de droits fondamentaux qui découle de la nature de la normativité de la Charte comme instrument juridique porteur de valeurs fondamentales. Le problème du contenu axiologique des normes juridiques recèle cet incontournable jugement moral nécessaire à l'interprétation des droits fondamentaux par les tribunaux. Puis, en corollaire, se posent les enjeux de la légitimité du jugement de valeur. Incontournable il y paraît, puisque comment penser le jugement en application de valeurs sans nécessairement tomber dans le jugement de valeurs ? Les diverses tentatives d'objectivisation du raisonnement judiciaire à travers les contextes, même sociaux, ne pourront jamais épuiser ce moment de subjectivité que commande l'application de valeurs véhiculées par des normes juridiques appliquées dans le monde vécu. La demande faite au droit et au judiciaire peut difficilement résoudre ce problème intrinsèque à la finalité des chartes.

Cet article veut humblement tracer une autre voie de réflexion sur les limites de l'application de la Charte dans le monde vécu, alors que cet instrument entend réguler ce monde, et les relations qui s'y construisent. Il pose en cela plus de questions qu'il n'offre de réponse, et souhaite éclairer le débat vers une perspective, celle d'une approche contextuelle, procédurale et méditative de la réparation.

Cette vision a le mérite d'autrement poser le problème, vers une transformation de la rationalité du droit qui permette la rencontre des finalités qu'impliquent les normes axiologiques transposées en normes juridiques. Le débat reste entier et ouvert, et le travail à entreprendre afin de permettre d'ainsi repenser l'effec-

tuation des Chartes, vers des voies qui par ailleurs s'explorent en d'autres lieux, y inclus au sein du judiciaire, par des pratiques et de nouvelles offres de justice.

Il semble bien que ...

*la pleine reconnaissance des droits fondamentaux exige de remettre en question les valeurs essentielles et les règles traditionnelles du système juridique.*⁶³

63. G. TRUDEAU, « Instances juridictionnelles et réparation », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 514.

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris

Lucie LAMARCHE* et Véronique LEBUIS**

Introduction	353
I. Qui sont les Québécoises ? Quelques chiffres contemporains et quelques autres données utiles . . .	359
Les chiffres parlent...	360
Et le droit n'écoute pas toujours....	361
Le Québec rappelé à l'ordre sur la scène internationale : la voix des femmes se fait entendre là où c'est possible !	364
II. L'article 10 de la <i>Charte</i> et le droit à l'égalité : des acquis dont l'effet social fut transformateur	369
La grossesse et la discrimination fondée sur le sexe . .	369
Le harcèlement sexuel	373
Égalité et accommodement : des enjeux de taille	376
Pauvreté, égalité sexuelle, condition sociale et droits économiques et sociaux : plus que le droit d'être également pauvres ?	379

* Lucie Lamarche est membre du Barreau du Québec et professeure à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa ; elle est titulaire de la Chaire de recherche Gordon F. Henderson.

** Véronique Lebus est membre du Barreau du Québec et finissante au programme de maîtrise en droit international et politique internationale de l'Université du Québec à Montréal. Elle effectue en 2006 un stage auprès des associations de femmes autochtones de la région d'Oaxaca, au Mexique.

Égalité et accommodement	382
III. Mesures et réparations systémiques : dans la <i>Charte</i> , point de salut ?	385
L'équité salariale : cauchemar ou progrès tortueux ? .	385
Les PAÉ : illusion... Illusion...	389
Un cas de proactivité tardive et incomplète : la <i>Loi</i> <i>sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes</i> <i>publics</i>	391
Conclusion	393

INTRODUCTION

La lutte des Québécoises pour la reconnaissance de leurs droits, y compris leur droit à l'égalité, n'est pas née dans la foulée des travaux ayant mené à l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec¹. Elle est ancrée, d'un point de vue historique, beaucoup plus profondément². Néanmoins, la *Charte* constitue un jalon aussi essentiel que symbolique de cette lutte. Les années 70 ont en effet été au Québec des années d'effervescence féministe et de progrès importants. Comme le rappelle Muriel Garon³, les lieux de bataille étaient dès lors nombreux : l'éducation, le travail, la lutte contre la publicité sexiste, la dénonciation des multiples formes de violence faites aux femmes, la campagne soutenue pour l'accès à l'avortement libre et gratuit⁴ ; autant de préoccupations qui constituèrent des champs de revendication. Tout à tour, le mouvement des femmes, le mouvement communautaire, le monde syndical, les institutions publiques et, un peu plus timidement à l'époque⁵, les tribunaux ont contribué à la construction politique des droits des Québécoises. Ce serait donc une erreur d'isoler le rôle et l'impact de la *Charte* sur les droits des Québécoises d'un contexte qui est dans les faits beaucoup plus large.

1. *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12 [Charte].
2. Voir M. DUMONT et COLLECTIF CLIO, *L'histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions Le Jour, 1992.
3. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [CDPDJ], *Après 25 ans La Charte québécoise des droits et libertés, Étude n° 2, Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, 2003, p. 71 [Étude n° 2].
4. Laquelle a culminé avec la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. L'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, a aussi envoyé un message puissant à la société québécoise.
5. Rappelons l'une des décisions pionnières, l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Les Aliments Ault*, [1985] C.S. 1073, dans laquelle il fut décidé, qu'en vertu de l'article 19 de la *Charte*, la seule force physique ne peut justifier une différence salariale et que dès lors, la rémunération ne peut être déterminée par le seul constat du caractère plus lourd ou plus léger des fonctions, par rapport à l'exigence de cette force. Voir aussi l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Cité de Magog*, (1983) 4 CHRR 1369 (C.S.), où la Cour s'est prononcée contre le stéréotype paternaliste voulant que les femmes supportent plus difficilement les conditions de travail difficiles ; l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Emergency Car Rental Inc.*, [1980] C.P. 121, dans laquelle il fut jugé discriminatoire de refuser de louer un camion à une femme en vertu de la *Charte*. Voir également : *Union des employés de commerce, local 500 et Marché Boyer Châteauguay Inc.*, SA 84 04 169, D.T.E. 84T-399 (T.A.), dans laquelle le refus d'accorder un poste d'assistant-caissier à une femme, lequel était fondé sur une incapacité présumée de décharger des camions de marchandises, a été jugé discriminatoire.

La lutte des Québécoises pour le respect de leurs droits s'inscrit par ailleurs dans un contexte international qui a marqué les débats précédant l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Charte*. Comme le rappelait le professeur Morel⁶, la *Charte* fait écho à l'adoption de deux traités internationaux des droits de la personne dont la venue l'a précédée de peu : le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁷. Ces deux instruments internationaux prohibent la discrimination fondée notamment sur le sexe⁸. Les articles 3 et 26 du PDCP assurent d'une part, le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits garantis par le *Pacte* et d'autre part, l'égalité de toutes les personnes devant la loi et à une égale protection de la loi sans discrimination. Enfin, la *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁹, entrée en vigueur en 1981, a été élaborée par la communauté des États entre 1976 et 1981. L'article 3 de la CEDEF prévoit l'engagement des États parties de prendre toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme (*sic*) et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes. La CEDEF ne contient toutefois pas de disposition relative à la protection du droit des femmes à l'égalité. Mais l'article 2 du traité énumère longuement les engagements des États parties destinés à l'éradication des multiples formes de discrimination à l'égard des femmes. Fait intéressant, les futures décisions du Tribunal des droits de la personne accorderont toute l'importance qui s'impose au droit international des droits de la personne dans la mise en œuvre de la *Charte*¹⁰.

6. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1.
7. Tous deux entrés en vigueur le 23 mars 1976. *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171 [PDCP] et *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3 [PIDESC].
8. Art. 2(1) du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* et art. 2(2) du *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.
9. *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 R.T.N.U. 13 [CEDEF].
10. Le professeur Schabas note que le Tribunal des droits de la personne serait l'une des instances judiciaires canadiennes qui utilisent le plus les normes internationales : W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 254, et note 115, p. 254. Voir aussi D. TURP, « Le droit international des droits fondamentaux et le Tribunal des droits de la personne : le point de continuité et d'audace », dans *Colligé des textes des conférences du Sommet des 7, 8 et 9 novembre 2001 du Tribunal des droits de*

Dès les années 70, le gouvernement du Québec a par ailleurs reconnu le besoin de créer des institutions consultatives dont le mandat consiste à informer l'action gouvernementale du point de vue des besoins, des droits et des opinions des femmes. L'institution pionnière au Québec est le Conseil du statut de la femme, créé en 1978. Les articles 2 et 3 de la *Loi sur le Conseil du statut de la femme*¹¹ prévoient la création d'un organisme d'étude et de consultation appelé à donner son avis sur toute question concernant l'égalité et le respect des droits et du statut de la femme. Le Secrétariat à la condition féminine, placé sous la responsabilité ministérielle, a pour sa part le mandat de soutenir le développement et la cohérence des actions gouvernementales pour le respect des droits des femmes en vue de l'atteinte de l'égalité entre les hommes et les femmes¹². Chacune de ces institutions adopte des stratégies et des programmes d'action adaptés à son mandat¹³. L'existence de telles institutions est essentielle au respect de l'obligation de l'État de mettre en œuvre les droits des femmes. Cela a d'ailleurs été récemment confirmé dans le Rapport de la Commission des affaires sociales¹⁴, à qui la ministre chargée de l'application de la *Loi sur le Conseil du statut de la femme* et responsable du Secrétariat à la condition féminine a confié le mandat de tenir des audiences publiques dans le cadre des consultations à l'égard du document produit par le Conseil du statut de la femme et intitulé *Vers un nouveau contrat social pour l'égalité entre les hommes et les femmes*¹⁵.

la personne, Montréal, Tribunal des droits de la personne, 2001, p. 1 et 2 : « Pour l'année 2001, des treize décisions canadiennes ayant eu recours au droit international, cinq d'entre elles émanent du Tribunal des droits de la personne ». Cité dans M. RIVET, « Discours d'ouverture. Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs », Colloque sur les 15 ans du Tribunal des droits de la personne et les 30 ans de la *Charte des droits et libertés de la personne : instances juridictionnelles et réparations*, Tribunal des droits de la personne du Québec et Barreau du Québec, Montréal, 29 avril 2005, p. 1.

11. *Loi sur le Conseil du statut de la femme*, L.R.Q., c. C-59.
12. Voir en ligne : <<http://www.scf.gouv.qc.ca/role/role.asp>>.
13. Voir par exemple QUÉBEC, Secrétariat à la condition féminine, *Un avenir à partager... La politique en matière de condition féminine, Programme d'action 2000-2003, L'égalité pour toutes les Québécoises*, 2000. Cette politique, maintenant échue, a été suivie d'une consultation. Voir Secrétariat à la condition féminine, *L'avenir des Québécoises, Les suites des consultations de 2003*, 2004.
14. QUÉBEC, Commission des affaires sociales, Rapport et Recommandations à la suite des audiences tenues dans le cadre de la consultation générale sur le document intitulé *Vers un nouveau contrat social pour l'égalité entre les hommes et les femmes*, décembre 2005, en ligne à : <http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/CAS/egalite/rapport-egalite-final.html#_Toc121645107>.
15. QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Vers un nouveau contrat social pour l'égalité entre les hommes et les femmes*, décembre 2005, en ligne à : <http://www.csf.gouv.qc.ca/telechargement_publication/Index.php?id=295>.

Les tribunaux recourent souvent à l'exemple de l'arbre vivant pour décrire le processus évolutif de protection des droits promus par une loi fondamentale, telle la *Charte*. Il est vrai que les Québécoises ne savaient pas exactement comment leurs luttes de l'époque trouveraient écho dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, et ce, malgré le texte de l'article 10 de cette dernière. Un bref survol du document historique que constitue la *Politique d'ensemble en matière de condition féminine* adoptée par le Conseil du statut de la femme en 1978 et intitulée *Pour les Québécoises : égalité et indépendance*¹⁶ nous en convainc. Ce document énonce les lignes de force de cette politique en postulant d'une approche féministe qui prend acte des rapports d'inégalité entre les hommes et les femmes, qui cherche à en comprendre la source et qui entend en éliminer les causes¹⁷.

Ainsi, la discrimination contre les femmes n'est pas le fruit de la volonté individuelle de certains hommes de nier les droits des femmes mais plutôt celui d'un système social, économique et politique qui crée des désavantages et des exclusions dont les femmes sont victimes. Le Conseil du statut de la femme postulait alors d'une certaine interprétation de la *Charte* québécoise : le droit de femmes à l'égalité ne signifie pas des droits et des bénéfices identiques au profit des femmes et des hommes. Les femmes, comme groupe de personnes victimes de discrimination, ont aussi besoin de mesures et de bénéfices adaptés afin de réellement jouir d'un statut égal. On se rappellera que dans les années 70, on croyait encore que l'état de grossesse, situation exclusive aux femmes, justifiait des exclusions de bénéfices elles aussi uniques à ces dernières¹⁸. Avec le temps, les tribunaux ont confirmé la proposition du Conseil du statut de la femme.

Trente années (et des poussières) après l'entrée en vigueur de la *Charte*, il est admis que les Québécoises ont été les principales bénéficiaires des protections fondamentales qu'elle garantit¹⁹. Le travail, toutefois, a été et demeure l'enjeu principal de l'égalité sous l'angle de la *Charte*²⁰. Il est certain que l'effet cumulatif de

16. QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Pour les Québécoises : égalité et indépendance*, 1978.

17. *Ibid.*, p. 25.

18. *Bliss c. Canada (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 183, par exemple. Voir aussi *Breton c. Société canadienne des métaux Reynolds ltée*, (1981) 2 C.H.R.R. D/532 (alors la Cour provinciale du Québec).

19. *Supra*, note 3, *Étude* n° 2.

20. Pour l'année d'exercice 2004-2005, 64 des 817 dossiers ouverts à la suite de plaintes auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

l'action des différentes institutions destinées à la promotion et la protection des droits garantis par la *Charte* a beaucoup contribué à cette évolution. Il faudrait néanmoins prendre garde d'isoler ou de privilégier l'action d'une seule de ces institutions.

Sur le plan politique, tant le Conseil du statut de la femme que le Secrétariat à la condition féminine contribuent à promouvoir et à mettre en œuvre au Québec tous les droits des femmes. Sur le plan administratif, il convient de rappeler le mandat de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec énoncé à l'article 71 de la *Charte* : 60 % environ des fonctions de la Commission ne concerne pas les plaintes de discrimination mais bien plutôt l'éducation aux droits, la fonction conseil auprès du gouvernement du Québec et la recherche. Sur le plan judiciaire, on doit célébrer la création, en 1989, du Tribunal des droits de la personne du Québec²¹.

Sur le plan législatif, le Québec se distingue par une activité remarquable²² et qui est destinée à assurer effectivement la mise en œuvre des droits des femmes et de leur droit à l'égalité. Cette activité fait l'envie des Canadiennes. Rappelons la réforme du droit de la famille de 1981²³ et l'adoption en 1989 des dispositions du Code civil du Québec relatives au patrimoine familial²⁴. Soulignons l'adoption de la *Loi sur les centres de la petite enfance et*

[CDPDJ] étaient fondées sur le sexe à titre de motif discriminatoire. De ce chiffre, 55 émanaient du monde du travail. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*, p. 61-64. Depuis 1976, entre 150 et 250 des plaintes qui sont déposées annuellement auprès de la Commission des droits de la personne sont en fonction du motif du sexe. De ce nombre, 75 p. cent le sont par des femmes et 60 p. cent de ces plaintes sont issues des lieux de travail. L.F. DAGENAIS, *Étude comparative 1995 et 1997 sur les requérants et les allégations des plaintes (Charte) au bureau de Montréal*, QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Direction de la recherche et de la planification), 2000, cité dans *Étude n° 2, supra*, note 3, p. 75.

21. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51. Actuellement la Partie VI de la *Charte*, telle que modifiée.
22. Une synthèse utile de l'évolution des législations a été produite par le Secrétariat à la condition féminine du Québec en 2003. Voir QUÉBEC, Secrétariat à la condition féminine, *Les femmes et les lois du Québec depuis 1970*, 2003.
23. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Une nouvelle étape a été franchie récemment avec l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.
24. *Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile*, L.Q. 1990, c. 18. Rappelons l'adoption précédente de la *Loi modifiant le régime de rentes du Québec*, L.Q. 1977, c. 24, laquelle prévoit le partage des gains admissibles entre ex-conjoints.

*autres services de garde à l'enfance*²⁵. Célébrons la venue en janvier 2006 du Régime québécois d'assurance parentale²⁶. Enfin, comment oublier la *Loi sur l'équité salariale*²⁷, dont l'application s'avère plus complexe que prévu à l'origine, ou encore, la récente modification apportée à la *Loi sur les normes du travail*²⁸ et qui interdit en général le harcèlement psychologique au travail mais dont l'origine réside dans les acquis de la lutte contre le harcèlement issu de la discrimination, et notamment le harcèlement sexuel.

On affirme à juste titre que le Québec est un leader international et un exemple en matière de droits des femmes. Sur le plan juridique, les Québécoises ont bénéficié de la rencontre des standards d'égalité prévus tant à l'article 10 de la *Charte québécoise* qu'à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁹, entré en vigueur en 1987. Cette rencontre est un cas heureux de fertilisation réciproque. La condamnation des pratiques individuelles ou systémiques de harcèlement sexuel tout comme la reconnaissance de la grossesse à titre de motif explicite ou implicite de discrimination fondée sur le sexe constituent des exemples éloquentes de cette heureuse rencontre. De même, l'émergence du concept d'accommodement a significativement transformé les lieux de travail où les femmes sont de plus en plus présentes. À partir de certains jugements clés, ce sont non seulement les discriminations contre les femmes qui ont été reconnues mais aussi, et sinon surtout, des pans entiers des pratiques d'entreprise et de rémunération qui ont été transformés.

Ce court article se veut une contribution à la fois historique et critique quant au rôle de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec dans l'évolution de la reconnaissance des droits des Québécoises, y compris leur droit à l'égalité. Dans un premier temps, il s'attarde à identifier les enjeux qui préoccupent les fem-

25. *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.R.Q., c. C-8.2, remplacée par *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, L.Q. 2005, c. 47.

26. *Loi sur l'assurance parentale*, L.Q. 2001, c. 9, modifiée par L.Q. 2005, c. 13. Voir aussi *Entente finale Canada-Québec sur le régime québécois d'assurance parentale*, 2005. On se rappellera que cette entente est survenue dans la foulée de la décision de la Cour suprême du Canada confirmant la constitutionnalité des articles 22 et 23 de la loi fédérale sur l'assurance emploi. *Renvoi relatif à l'assurance emploi*, [2005] 2 R.C.S. 669.

27. *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

28. L.Q. 2002, c. 80, art. 47, introduisant l'article 81.19 de la *Loi sur les normes du travail*.

29. 1982, c. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44.

mes dont il est ici question. La question de l'accès à la justice et celle de l'effectivité des voies de droit disponibles y seront abordées. Dans un deuxième temps, cet article rappelle avec plaisir le chemin parcouru et souligne que la *Charte*, particulièrement dans le monde du travail, a résolument contribué à éradiquer les pratiques sexistes les plus insidieuses, telle que la discrimination fondée sur la grossesse ou le harcèlement sexuel au travail. Notamment, nous soulignerons comment l'évolution du concept d'égalité entre les sexes et les décisions judiciaires tant canadiennes que québécoises constitue un exemple positif de fertilisation mutuelle. De même, nous expliquerons comment les enjeux liés aux droits économiques et sociaux des femmes constituent un défi pour le standard québécois d'égalité entre les sexes et pourquoi la création jurisprudentielle que constitue l'accommodement raisonnable ne suffira pas à cet égard à résoudre la question de la pauvreté des femmes. Enfin, nous nous attarderons à la désolante réalité des législations proactives destinées à la correction systématique de la discrimination au travail dont les femmes sont victimes au Québec. En guise de conclusion, nous soulèverons certains enjeux contemporains qui interpellent les Québécois, la Charte et les institutions qui veillent à son respect. Après tout, il faut reconnaître que le Québec d'aujourd'hui n'est pas celui d'hier et qu'il est dorénavant impossible d'évoquer la catégorie des « femmes » comme une catégorie sociologique, économique et juridique monodimensionnelle.

I. Qui sont les Québécoises ? Quelques chiffres contemporains et quelques autres données utiles

Le Québec au féminin a changé. Aujourd'hui, une Québécoise sur dix est née à l'étranger. Depuis 1976, le visage de l'immigration féminine s'est modifié avec l'arrivée des femmes d'Haïti, d'Afrique et de l'Asie, 20 % de ces femmes ont été admises à titre de réfugiées politiques alors que 48 % d'entre elles l'ont été dans la catégorie de l'immigration économique, 20 % des femmes immigrées se déclarent issues d'une autre religion que des religions dominantes en Amérique du Nord, 10 % de ce groupe se déclarent de religion musulmane. Fait intéressant, la récente immigration féminine au Québec est scolarisée ou très scolarisée. Pourtant, une femme immigrée sur dix est sans revenu comparativement à un homme immigré sur vingt, et la moitié des femmes immigrées travaillent dans les quatre secteurs les moins rémunérateurs du marché du travail québécois. Ironique prix de consola-

tion, seules les immigrées monoparentales sont aussi pauvres que les autres femmes monoparentales³⁰ !

Au Québec, la pauvreté se féminise et les femmes sont victimes d'une transformation négative de leur rapport au travail³¹. En 2003, le taux d'activité des Québécoises était de 60 % et de 72,9 % dans le cas des mères d'enfants âgés de moins de 3 ans. Le salaire horaire moyen des femmes équivalait à 83,4 % de celui des hommes, 71,2 % des Québécoises travaillaient au salaire minimum. Le revenu médian annuel des femmes immigrantes était de 14 711 \$. Plus de 67 % des emplois à temps partiels étaient occupés par des femmes et 4 % des femmes travaillaient sur un mode atypique. Au chapitre de la syndicalisation, notons que le taux féminin de syndicalisation du secteur privé au Québec était alors de 20,3 % (34,9 % dans le cas des hommes) alors que le secteur public affichait un taux de 83,2 % (78,8 % dans le cas des hommes). Le chômage frappe aussi durement les femmes. Ainsi, le taux féminin d'accès aux bénéfices prévus par la *Loi sur l'assurance emploi*³² était en 2001 de 39 % seulement. Une nette décroissance depuis 1996 (48 %) et 1990 (81 %)³³.

Les chiffres parlent...

Clairement, les Québécoises sont plus pauvres que les Québécois tout comme elles expérimentent des conditions de vie plus précaires que ces derniers. La situation est encore plus dramatique si ces femmes sont immigrantes, autochtones ou issues des groupes de minorités racisées. Sommes-nous donc étonnés d'entendre s'élever des voix qui dénoncent la pauvreté des femmes et leur exclusion sociale ? Ces femmes parlent de leurs conditions de vie de manière très concrète : accès au logement, à l'éducation, à la santé. Elles lient leur condition de pauvreté aux violences diverses dont elles font l'objet, tant dans la sphère publique que privée. Aujourd'hui, elles revendiquent donc au premier chef le respect des droits économiques et sociaux garantis par le Chapitre IV de la Partie I de la *Charte*, et ce, dans une perspective d'égalité.

30. Conseil du statut de la femme du Québec, *Des nouvelles d'elles, portrait des femmes immigrées au Québec, 2005. Données issues du Recensement canadien de 2001*. En ligne à : <<http://www.csf.gouv.qc.ca/telechargement/publications/InfoDesNouvellesDEllesJeunesFemmesDuQuebec.pdf>>.

31. Voir QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Travail atypique cherche normes équitables*, Avis, 2000.

32. *Loi sur l'assurance emploi*, L.C. 1996, c. 23, telle que modifiée.

33. Voir : Emploi Québec, *Les femmes et le marché du travail*, Comité aviseur femmes en développement de la main-d'œuvre, 2005. En ligne à : <www.femmesautravail.qc.ca>.

Dans de telles conditions, il est impossible de ne pas prendre en compte les rapports de sexe dans l'analyse du parcours de la *Charte* québécoise. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les plaintes de discrimination fondées sur le sexe qui ont été déposées et reçues par la CDPDJ ont représenté, pour l'exercice 2004-2005, 7,8 % du total des plaintes reçues³⁴. C'est très peu ! Il y a longtemps que les chercheurs n'ont sérieusement examiné les causes et les conséquences des maigres pourcentages de plaintes reçues par la Commission en fonction des motifs de discrimination interdits et énumérés à l'article 10 de la *Charte*³⁵. Il serait néanmoins urgent de se remettre au travail. Car pour ce groupe particulièrement vulnérable et privé dans bien des cas de voies effectives d'accès à la justice, les chiffres ci-dessus évoqués, doublés des conséquences du jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Ménard*³⁶, réduisent à une peau de chagrin la protection utile que les femmes peuvent espérer tirer de la *Charte*. Pour reprendre les chiffres de l'exercice 2004-2005, seules deux des 64 plaintes reçues par la CDPDJ ont fait l'objet d'une proposition de mesure de redressement après enquête et ce, conformément aux articles 77 et suivants de la *Charte*. Clairement, les femmes doivent compter sur d'autres voies de droit que celles issues de la *Charte*, même lorsque le fondement de celles-ci en est issu. Vu leur faible rapport de pouvoir sur le marché du travail, reste pour elles l'intervention d'organismes concurrents telles la Commission des normes du travail ou encore, dans des cas plus précis de lésions professionnelles liées au travail, la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec. L'arrêt *Ménard* a donc des effets catastrophiques pour les femmes, et particulièrement pour celles qui ne travaillent pas dans un milieu syndiqué. À toute fins utiles, elle déssexualise l'interdiction de la discrimination.

34. *Supra*, note 20. Pour l'année 2004-2005, 7,8 % des plaintes étaient fondées sur le sexe à titre de motif de discrimination. Pour l'année précédente, ce pourcentage était de 9,7 %. En 2001, la combinaison sexe/travail avait généré 18,6 % du total des 645 plaintes reçues, 14 plaintes avaient l'objet de propositions de mesures de redressement dans le domaine du travail et 3 d'actions intentées dans ce même domaine étaient issues de plaintes de discrimination fondée sur le sexe. Voir : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Voir aussi *Rapport d'activité et de gestion*, 2001.

35. Voir, par exemple, L. LAMARCHE et F. POIRIER, « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », (1998) 57 *R. du B.* 785-911.

36. *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.) : en vertu de l'article 84 de la *Charte*, un plaignant ne peut saisir lui-même le Tribunal si la Commission a choisi d'exercer sa discrétion de ne pas le faire.

Cet effet d'exclusion a d'ailleurs été amplifié par d'autres décisions judiciaires qui, pour leur part, réduisent significativement la portée de l'article 49 de la *Charte*, lequel prévoit le droit à la réparation du préjudice *moral ou matériel* dans le cas d'une atteinte illicite à un droit prévu par la *Charte*. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*³⁷ la Cour suprême a décidé à la majorité qu'une travailleuse victime de harcèlement sexuel ne pouvait à la fois poursuivre son employeur pour les dommages compensatoires et exemplaires prévus à l'article 49 de la *Charte* et être indemnisée en vertu de l'article 438 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁸ (*L.A.T.M.P.*). De l'avis de la CDPDJ, cette décision a pour effet de forcer la Commission à diriger d'abord les victimes vers la CSST afin de déterminer si le harcèlement équivaut à lésion³⁹. Cette malheureuse décision, du point de vue des vulnérabilités des femmes, s'est vue enrichie d'un apport *théorique* à la suite de la décision *Genest*⁴⁰. Dans l'arrêt *Genest*, la Cour d'appel a confirmé l'absence de compétence du Tribunal en ce qui concerne l'action en responsabilité visant à compenser les dommages résultant de la faute d'un employé en matière de lésion professionnelle issue d'un comportement prohibé par la *Charte*. Elle a même étendu cette prohibition au cas où la plaignante n'a pas fait de réclamation à la C.S.S.T. La seule *possibilité* d'une indemnisation de cette nature ferme donc la porte à l'article 49 de la *Charte*. La Cour d'appel a néanmoins précisé que les autres voies de droit prévues par la *Charte*, dont les mesures de réparations, demeurent ouvertes⁴¹. Posons bêtement la question : au bénéfice de qui ?

On a souvent dit que la *Charte* québécoise s'intéresse surtout aux rapports privés⁴². Toutefois, le Québec affiche un taux de féminisation de la syndicalisation supérieur à 80 % dans le secteur public. Pour ces femmes, non seulement l'État est-il l'entité publique qui s'est commise envers le respect de leur droit à l'éga-

37. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et des employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

38. L.R.Q., c. A-3.001.

39. K. LIPPEL et D. DEMERS, « Le harcèlement sexuel au travail : la rencontre du droit de la santé au travail et des droits de la personne », (2000) 12 *Can. J. Women & L.* 32, 56. Les auteures établissent par ailleurs clairement l'improbabilité que le harcèlement sexuel soit reconnu à titre de lésion professionnelle. Voir *ibid.*, p. 46.

40. *Genest c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 2001T-99 (C.A.).

41. *Ibid.*, par. 22.

42. Voir par exemple, D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes deux modèles », (2003) *NS R. du B.* 485.

lité, mais il est aussi, sous toutes ses formes⁴³, l'employeur. Ce sont, reconnaissons-le, ces travailleuses qui sont le mieux à même de trouver les ressources requises aux luttes judiciaires fondées sur l'égalité au travail et hors le travail. La *Charte* est peut-être donc moins qu'on le dit, une affaire de rapports privés, si l'on analyse la question sous l'angle des rapports de sexe. Ainsi, il appert du *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*⁴⁴ produit par la CDPDJ qu'environ 30 % des plaintes de discrimination reçues l'ont été à l'encontre de « l'administration publique ». De plus, selon le Bilan des 25 années de la Charte produit par la CDPDJ, un tiers des plaintes issues du monde du travail syndiqué (indépendamment du sexe du plaignant) ont aussi fait l'objet de procédures de grief⁴⁵.

Or l'État bénéficie de certaines immunités en vertu des principes de droit public, comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Québec c. Québec*⁴⁶. Selon le juge LeBel, le régime de l'article 49 de la *Charte*, issu du droit des libertés civiles, ne dispose pas du besoin de respecter les règles de fonctionnement des institutions publiques. La Commission réclamait des dommages, assimilant le comportement de la CUM à celui d'un acte fautif. La Cour, sous la plume du juge LeBel, rappelle qu'il ne saurait s'agir en l'espèce d'une réparation appropriée, même au sens de l'article 49 de la *Charte* qui peut par ailleurs conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire. En l'espèce, la Cour conclut que l'ordonnance de réintégration rétroactive du plaignant n'équivalait pas au seul ou au meilleur moyen d'obtenir réparation et ajoute que les dommages ne sont pas recevables⁴⁷.

Que signifie, du point de vue des droits des femmes, cette étrange césure entre le constat de discrimination et la quête de la

43. Hôpitaux, commissions scolaires, communautés urbaines, municipalités, etc.

44. *Supra*, note 20.

45. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, Bilan et Recommandations, 2003, vol. 1. [Bilan].

46. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789.

47. *Ibid.*, par. 15 et 26. Au moment où ces lignes sont écrites, nous apprenons par les médias du 19 août 2006 (*La Presse*) que la juge Bénard de la Cour supérieure du district de Montréal a rendu une décision enjoignant au gouvernement du Québec de rembourser les femmes qui ont dû déboursier des sommes d'argent afin d'obtenir un avortement thérapeutique. Selon la juge, le gouvernement doit être condamné au remboursement du seul fait d'avoir contrevenu à ses propres lois. On ne sait si cette décision sera portée en appel. Néanmoins, la décision illustre l'incertitude qui distingue la question de l'immunité de l'administration publique ainsi que l'actualité grandissante de cette question.

réparation ? On verra plus loin que le cas de l'égalité salariale a perdu au change à ce jeu⁴⁸. Comment comprendre qu'alors que l'État est le principal et le premier garant du respect des droits des femmes en vertu des engagements internationaux que le Québec a contractés, le droit public puisse être analysé indépendamment des exigences des libertés civiles et mener ainsi à la négation de remèdes utiles, efficaces et accessibles dans des délais acceptables ? Une analyse en profondeur s'imposerait encore une fois ici.

Au bilan, l'État québécois aimerait bien que la *Charte* soit surtout une affaire de rapports privés. Mais la proposition est malencontreuse au moins pour deux raisons : d'une part, cela nie le fait que la *Charte* est un vecteur central et fondamental de la mise en œuvre des droits humains et des droits des femmes sur le plan international ; d'autre part, les données récentes rendues publiques par la CDPDJ démontrent que l'administration publique est de moins en moins à l'abri du pouvoir d'enquête de celle-ci.

Devant la réalité des chiffres et le constat d'une jurisprudence trop souvent abstraite, sur le plan de l'analyse sexuée du droit public, on ne peut hélas prétendre que les tribunaux favorisent l'effet transformateur du droit au bénéfice des femmes et ce, malgré le fait que la *Charte* soit au cœur d'un projet politique et philosophique qui favorise l'égalité réelle ou concrète des Québécoises.

Dans les dernières années, le gouvernement du Québec a fréquemment été rappelé à l'ordre à cet égard par les organes de contrôle des traités de droits humains des Nations Unies. Reste à savoir s'il entend l'appel brièvement relaté ci-dessous.

Le Québec rappelé à l'ordre sur la scène internationale : la voix des femmes se fait entendre là où c'est possible !

Le système de contrôle et de suivi des traités de droits de la personne des Nations Unies prévoit la création de comité d'experts indépendants chargés de recevoir et d'examiner les rapports périodiques de mise en œuvre fournis par les États parties à ces traités. Le Québec contribue à ces rapports en ce qui concerne ses champs de compétence. De même, ces Comités d'experts adoptent des interprétations des diverses dispositions des traités dont ils ont la responsabilité du suivi et du respect. Ces interpréta-

48. *Infra*, notes 125 et s.

tions, appelées recommandations ou observations, constituent pratiquement la « jurisprudence » ou le recueil de décisions des organes de contrôle des traités de droits de la personne⁴⁹. Enfin, certains comités d'experts se sont vu confier la responsabilité de décider de plaintes individuelles issues de ressortissants des États parties aux traités. C'est le cas du PDCP et de la CEDEF⁵⁰. Ces plaintes individuelles sont recevables si le plaignant a épuisé toutes les voies de droit du droit national. Dans le cas du Canada, plusieurs plaintes de cette nature ont été déposées devant le Comité des droits de l'homme en vertu du Protocole additionnel au PDCP⁵¹.

Certains comités d'experts, dont celui du PIDESC et de la CEDEF, ont récemment été appelés à interpréter le « droit égal des hommes et des femmes » au bénéfice de tous les droits garantis par ces instruments fondamentaux des droits de la personne. Ils ont confirmé l'interprétation donnée par les tribunaux canadiens et québécois au droit des femmes à l'égalité substantive telle qu'elle est garantie par les chartes canadienne et québécoise.

En 2004, le Comité d'expertes de la CEDEF a adopté la *Recommandation n° 25 portant sur le sens et la portée des mesures temporaires spéciales* visées dans la CEDEF (art. 4, par. 1 et 2)⁵². Bien que ne portant pas en général sur l'interprétation du droit des femmes à l'égalité, cette recommandation prévoit ce qui suit :

De l'avis du Comité, une approche purement formelle, qu'elle soit juridique ou programmatique, ne peut parvenir à instaurer entre hommes et femmes l'égalité de fait, c'est-à-dire, au sens du Comité,

49. À titre d'exemple, le Comité d'expertes de la CEDEF a adopté à ce jour 25 recommandations (1986-2005) dont certaines portent sur des questions particulières telles la violence à l'égard des femmes (n° 12 et 19) ; l'égalité de rémunération (n° 13) ; le travail ménager non rémunéré (n° 17) ; les femmes handicapées (n° 18) ; l'égalité dans le mariage (n° 21) ; la vie politique et publique (n° 23), et la santé (n° 24). Ces recommandations sont disponibles à : <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/index.html>>.

50. *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, entrée en vigueur au Canada en 1976. Voir aussi *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* ratifié par le Canada, entrée en vigueur au Canada en 2003.

51. Pour une liste des plus récentes plaintes et des décisions afférentes, consulter le site de Patrimoine canadien à : <http://www.pch.gc.ca/progs/pdp-hrp/inter/decisions_f.cfm#1>.

52. *Recommandation n° 25 portant sur le sens et la portée des mesures temporaires spéciales visées dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (paragraphe 1 et 2 de l'article 4)*, 2004, En ligne à : <[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(French\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(French).pdf)>.

une égalité réelle (ou concrète). En outre, la Convention exige que les femmes bénéficient de chances égales au départ et d'un environnement propice pour aboutir à l'égalité de résultats. Il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes. Il faut plutôt tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale. Dans certains cas, il n'est pas possible de traiter de la même façon les hommes et les femmes du fait de ces différences. [...]

[...] Le Comité considère que l'application de ces mesures [mesures spéciales] n'est pas tant une exception à la règle de la non-discrimination, qu'une façon de souligner que les mesures temporaires spéciales font partie intégrante de la stratégie que les États parties doivent adopter pour instaurer l'égalité de fait ou réelle entre les sexes en ce qui concerne l'exercice des libertés et des droits fondamentaux.⁵³

En 2005, le Comité d'experts du PIDESC a adopté l'*Observation générale n° 16 portant sur le droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels* (art. 3)⁵⁴ :

La jouissance par les hommes et les femmes de leurs droits dans des conditions d'égalité doit être comprise dans toutes ses dimensions. Les protections en matière de non-discrimination et d'égalité énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme prescrivent l'égalité à la fois *de facto* et *de jure*. Ces deux notions, quoique différentes, sont intimement liées. L'égalité formelle réside dans le fait qu'une loi ou une politique traite de manière neutre les hommes et les femmes. L'égalité concrète ou *de facto* se rattache quant à elle à l'effet de la législation, des politiques et des pratiques et à la nécessité de veiller à ce qu'elles ne perpétuent pas mais atténuent les désavantages inhérents à la situation de certaines catégories de personnes.

[...] L'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits économiques, sociaux et culturels exige l'élimination de la discrimination *de jure* et *de facto*. Le fait de ne pas adopter, mettre en œuvre et contrôler les effets des lois, des politiques et des programmes visant à éliminer la discrimination *de jure* et *de facto* pour chacun des droits énoncés aux articles 6 à 15 du Pacte constitue une violation de ces droits.⁵⁵

53. *Ibid.*, par. 8 et 18.

54. *Observation générale n° 16 portant sur le droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels* (art. 3), Doc. NU E/C.12/2005/4.

55. *Ibid.*, par. 7 et 41.

L'examen par le Comité d'expertes de la CEDEF en 2003 du dernier Rapport de mise en œuvre de cette Convention par le Canada⁵⁶ révèle⁵⁷ les inquiétudes du Comité envers les femmes les plus vulnérables au Canada et au Québec : les femmes immigrantes⁵⁸, les aides familiales résidant temporairement au pays⁵⁹, les femmes autochtones⁶⁰, les femmes victimes de la traite et de la violence⁶¹. Le Comité exprime aussi les plus vives inquiétudes concernant la croissance de l'emploi précaire des femmes⁶² ainsi que les lents progrès accomplis au chapitre de l'équité salariale⁶³.

Le Comité d'expertes de la CEDEF encourageait alors vivement les gouvernements fédéral et provinciaux et territoriaux au Canada à *évaluer les effets que les mesures de lutte contre la pauvreté ont sur les hommes et les femmes et à redoubler d'efforts pour atténuer la pauvreté dont sont victimes les femmes en général et plus particulièrement les groupes de femmes vulnérables*⁶⁴.

L'examen du Rapport périodique de mise en œuvre du Canada par le Comité des droits de l'homme en vertu du PDCP a

56. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Cinquième rapport du Canada couvrant la période d'avril 1994 à mars 1998, Doc. NU CEDAW/C/Can/5, avril 2002. Par. 609-791 en ce qui concerne le rapport du Québec.

57. Voir Doc. NU A/58/38, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, 28^e session (13-31 janvier 2003), par. 325-389.

58. *Ibid.*, par. 364.

59. *Ibid.*, par. 365.

60. *Ibid.*, par. 361 : « Il [le comité] est préoccupé entre autres choses par le fait que parmi d'autres groupes de femmes très vulnérables au Canada, de très nombreuses femmes autochtones occupent des emplois peu qualifiés et peu rémunérés ; qu'elles représentent une imposante proportion des femmes qui n'ont pas achevé leurs études secondaires ; qu'elles constituent un pourcentage important des détenues ; et qu'elles sont tout particulièrement victimes d'actes de violence dans leur famille. » Des préoccupations de même nature ont été exprimées par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans ses Observations finales adressées au Canada en 2002. Voir : Doc. NU A/57/18, par. 315-343.

61. Doc. NU E/C.12/2005/4, par. 367.

62. *Ibid.*, par. 373 et 374.

63. *Ibid.*, par. 375. Voir aussi Liste de questions destinées au Québec dans le cadre de l'examen par le Comité d'experts du PIDESC des 4^e et 5^e rapports canadiens de mise en œuvre, Doc. NU E/C.12/Q/CAN/2, juin 2005, par. 13 : « What has the response of the Government of Québec to the 2004 decision of the Superior Court of Québec declaring that the State, as an employer, is not exempt from implementing the *Pay Equity Act* ? In this regard, please indicate the percentage of female employees who have received the appropriate retroactive salary adjustments. »

64. Doc. NU E/C.12/2005/4, par. 362. Le Canada et le Québec ont dû donner suite à cette même préoccupation en mai 2006 alors qu'ils présentaient au Comité d'experts du PIDESC leur Rapport de mise en œuvre. Voir, à cet effet, Doc. NU E/C.12/Q/CAN/2, juin 2005, par. 32. Question du Comité : « Please provide detailed information on specific strategies undertaken to address the poverty of single mothers, Aboriginal women, visible minority women, women who are recent immigrants, women with disabilities and older single women. »

eu lieu en novembre 2005⁶⁵. Le paragraphe 11 des Observations finales adoptées par le Comité rappelle aux gouvernements fédéral et provinciaux du Canada l'obligation de veiller à la disponibilité de recours effectifs et utiles destinés aux victimes de discrimination. Dans ses Observations de 1999⁶⁶, le Comité exprimait par ailleurs ses préoccupations à l'égard du pourcentage grandissant de Canadiennes affectées par la pauvreté, estimant par là que cette situation portait atteinte au droit de ces dernières à la vie et à la sécurité.

Enfin, le dernier examen du Rapport périodique de mise en œuvre du PIDESC par le Canada a eu lieu en mai 2006⁶⁷. Encore une fois, le Comité rappelle aux gouvernements du Canada leur obligation non seulement de prévoir des voies de droit effectives dans les cas de violations des droits garantis par les chartes et les codes des droits de la personne, mais aussi celle d'étendre une telle protection à l'ensemble des droits, y compris les droits économiques et sociaux de la personne⁶⁸. Le Comité s'inquiète aussi du fait que devant les tribunaux intérieurs, les gouvernements tendent à promouvoir des interprétations très restrictives des droits garantis par les chartes⁶⁹. Enfin, le Comité s'interroge sur la capacité du droit interne de protéger les droits de la personne qui sont essentiels à la prévention de la pauvreté des Canadiens, et notamment des Canadiennes⁷⁰.

Comme le rappelle la CDPDJ dans son Bilan des 25 années de la Charte⁷¹, cette dernière a besoin d'un nouveau souffle. Clairement, ce nouveau souffle est requis aux fins de la mise en œuvre effective des droits de toutes les Québécoises. Notamment, la question de l'effectivité des droits et des voies de droit prévues par la *Charte*, tout comme celle de la valeur affaiblie des droits économiques et sociaux garantis par les articles 39 et suivants de cette dernière, sont au cœur des amendements requis. Il est intéressant

65. Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observations finales adressées au Canada*, novembre 2005, Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5, version éditée d'avril 2006 en anglais.

66. Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observations finales adressées au Canada*, avril 1999, Doc. NU CCPR/C/79/Add.105, par. 20.

67. Comité d'experts des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales adressées au Canada*, mai 2006, Doc. NU E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5.

68. *Ibid.*, par. 35.

69. *Ibid.*, par. 41. L'arrêt *Gosselin* a reçu l'attention de certains membres du Comité. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

70. *Ibid.*, par. 44.

71. *Supra*, note 45.

que la critique qui prend en compte les rapports de sexe émerge de plus en plus des organes de contrôle des engagements internationaux du Québec. Reste à faire entendre cette critique sur le plan national.

L'identification des faiblesses de la *Charte* et des institutions qui en assurent le respect ne doit toutefois pas nous faire perdre de vue les acquis. Car il y a toujours un risque à la critique, lequel consiste à laisser croire que tout est à reconstruire. Rien n'est plus faux en ce qui concerne le rapport des Québécoises à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

II. L'article 10 de la *Charte* et le droit à l'égalité : des acquis dont l'effet social fut transformateur

L'article 10 de la *Charte* constitue une disposition centrale de cette dernière et exerce une double fonction : d'une part il protège le droit à l'égalité de chaque personne dans l'exercice de tous les droits garantis par la *Charte* et d'autre part, il énumère les motifs en vertu desquels la discrimination est interdite. À l'origine, l'article 10 interdisait la discrimination fondée sur les motifs suivants : 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. Rapidement, le législateur a procédé à la modification de l'article 10 de la *Charte* afin d'y ajouter de nouveaux motifs de discrimination interdite et notamment, l'orientation sexuelle⁷² et la grossesse⁷³.

La grossesse et la discrimination fondée sur le sexe

La grossesse, phénomène biologique et social exclusif aux femmes, est, avec la maternité, la source par excellence de la discrimination dont les femmes sont victimes. Il est clair que l'amendement apporté à l'article 10 de la *Charte* en 1982 a contribué à *déghettoiser* le rapport des femmes au travail. À la suite de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a jugé qu'un employeur devait inclure la grossesse à titre de risque protégé par un régime privé d'assurance santé⁷⁴. Le Tribunal des droits de la

72. L.Q. 1977, c. 6, art. 1.

73. L.Q. 1982, c. 11, art. 3.

74. *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 1219. La discrimination fondée sur la grossesse constitue de la discrimination fondée sur le sexe.

personne du Québec a fait écho à cette reconnaissance de la grossesse à titre de motif de discrimination fondée sur le sexe, notamment dans la décision *Lingerie Roxana*⁷⁵.

Des progrès appréciables ont été réalisés au cours de la dernière décennie en ce qui concerne l'élimination progressive de la discrimination fondée sur la grossesse. Il faut saluer à cet égard les décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec. Dans *Savard*, on a reconnu que lors d'un retrait du lieu de travail pour des raisons de sécurité, l'ancienneté devrait être cumulée avec les avantages qui y sont associés (en l'occurrence, l'acquisition d'une permanence emportant le droit à l'assurance invalidité)⁷⁶. Le droit au renouvellement du contrat de travail sans discrimination fondée sur la grossesse a quant à lui été reconnu dans l'affaire *Sasseville*⁷⁷, alors que l'interdiction de retarder l'embauche en raison de la grossesse a été affirmée dans l'affaire *Société de l'assurance automobile du Québec c. Commission des droits de la personne et des droit de la jeunesse*⁷⁸. Dans l'affaire *C.L.*, on a jugé qu'une travailleuse qui a pris un congé de maternité ne peut subir une modification à la baisse de ses conditions de travail⁷⁹. Selon les termes du règlement intervenu dans l'affaire *Roussin*, les centres hospitaliers doivent tenir compte des prestations de maternité dans le calcul des paies de vacances⁸⁰. L'affaire *Bourdon* va encore plus loin en consacrant le droit à la reconnaissance de l'ancienneté pendant un congé de maternité, même en période de probation⁸¹. Enfin, l'affaire *Dabel* définit diverses formes d'accommodement permettant d'obvier à la discrimination fondée sur la grossesse à l'endroit des travailleuses⁸².

75. *Commission des droits de la personne (Dabel) c. Lingerie Roxana ltée*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.). Cette affaire portait essentiellement sur l'obligation de l'employeur d'accommoder la travailleuse enceinte.

76. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Savard) c. Montréal (Ville de)*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000084-978.

77. *Commission scolaire Jean-Rivard c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Sasseville)*, C.A. Québec, n° 200-09-000425-956, confirmant [1995] R.J.Q. 2242 (T.D.P.Q.).

78. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 11 (C.A.).

79. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (C.L.) c. 9059-8475 Québec Inc.*, T.D.P.Q. (Mingan), n° 650-53-000003-997.

80. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Roussin) c. Centre hospitalier de la région de Lanaudière*, T.D.P.Q. Joliette, n° 750-53-00007-982.

81. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bourdon) c. Ville de Montréal*, [1998] R.J.Q. 305 (T.D.P.Q.).

82. Soit le transfert temporaire à un emploi sécuritaire, le droit de refuser de faire des heures supplémentaires, les possibilités de s'absenter, notamment pour un

Le droit des femmes enceintes à la pleine égalité en emploi est ainsi largement tributaire du principe d'accommodement raisonnable, qui implique au premier chef une responsabilité de l'employeur. Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême prescrivait en ce sens une méthode d'analyse unifiée, exigeant de l'employeur qu'il compose avec les caractéristiques subjectives de chacun de ses employés en établissant la norme applicable en milieu de travail⁸³, ce qui a notamment permis de contester au Québec une clause de mise à pied qui ne prenait pas en compte la période d'un congé de maternité et d'un congé parental dans le calcul de l'indemnité de départ⁸⁴.

Par contre, dans l'affaire *Tremblay*⁸⁵, tout en réitérant le principe décrit dans l'arrêt *Gobeil*⁸⁶ et selon lequel « la travailleuse enceinte a, dans le cadre du congé de maternité, le plein exercice de ses droits durant cette période », la Cour supérieure a refusé d'assimiler le congé parental au congé de maternité, malgré que la preuve ait démontré que 97,5 % des personnes qui s'en prévalent sont des femmes. La Cour souligne à cet effet que :

Le congé parental ne « résulte pas » nécessairement ou automatiquement de la maternité ; il est accessible tant aux deux parents biologiques d'un enfant qu'à ceux qui en adoptent un et ce, quel que soit leur statut ; tant les mères que les pères sont libres de s'en prévaloir ou non ; et, les modalités et conditions afférentes à ce congé sont identiques pour tous les employés(es) détenant le même statut.⁸⁷

rendez-vous médical, et les congés sans traitement. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dabel) c. Lingerie Roxana*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000005-940.

83. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3. [*Meiorin*]. Dans cette décision, la Cour suprême a déclaré factice la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte dans le processus l'ayant menée à imposer l'incorporation de l'obligation d'accommodement dans la norme elle-même, plutôt que d'en faire une exception à la norme. Voir, à ce sujet, J.-Y. BRIÈRE et J.-P. VILLAGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2000), vol. 134, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 219.
84. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, [2001] R.J.Q. 1669 (T.D.P.Q.), requête pour permission d'appeler accueillie (C.A., 2001-06-27), n° 500-09-011007-010.
85. *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Tremblay*, [2003] R.J.Q. 1623, [2003] R.J.D.T. 710, requête pour permission d'appeler rejetée (C.A., 2003-06-25), n° 500-09-013474-036.
86. *Commission des écoles catholiques du Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.).
87. Par. 125.

C'est donc le législateur qui dans ce cas a récemment veillé à corriger les effets de la discrimination systémique dont les mères (et non les femmes enceintes) font l'objet en adoptant la *Loi sur l'assurance parentale*⁸⁸ et en apportant certaines bonifications à la *Loi sur les normes du travail*⁸⁹.

Mais il fallait aussi imposer à l'action gouvernementale les conséquences de la reconnaissance de la grossesse comme expression de la discrimination fondée sur le sexe. Depuis le jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Candiac (Ville de)*⁹⁰, on reconnaît qu'une discrimination qui tire sa source de l'interprétation d'une loi ou d'un règlement concerne bel et bien la mission de la Commission et du Tribunal des droits de la personne du Québec. Le rôle confié à la Commission par le législateur est donc plus large que celui de la simple promotion des principes de la *Charte*⁹¹. Cette décision a donné lieu à une autre victoire significative pour les femmes dans le règlement de nombreux cas où le ministère de l'Éducation du Québec refusait de maintenir la période d'exemption de remboursement de prêts étudiants dans le cas de congés de maternité (ou de congé familial)⁹².

En dépit de ces gains non négligeables, il faut admettre que les employeurs ne peuvent à eux seuls régler toutes les questions liées à la grossesse et à la maternité. À cet effet, la Commission

88. *Loi sur l'assurance parentale*, *supra*, note 26.

89. Voir *supra*, note 28.

90. *Québec (Procureur général) et Candiac (Ville de) c. Tribunal des droits de la personne et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Crevier)*, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.).

91. *Ibid.*, par. 71.

92. Voir, par exemple, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Desrosiers) et Ministère de l'Éducation du Québec et Québec (Procureur général)*, n° 500-53-000157-014. Voir aussi *S.É. et Un Ministère / août 2004*, dans *Rapport d'activités et de gestion 2004-2005*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *supra*, note 20, p. 81. *A contrario*, il faut considérer la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Charrette (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223. Le programme gouvernemental APPORT prévoyait le versement d'une prestation d'appoint au bénéfice des familles à faible revenu ayant des enfants à charge et dont au moins un adulte touchait un revenu d'emploi. Lorsque la plaignante, qui était la seule adulte en emploi de la famille, devint enceinte, on l'informa que les versements cesseraient dès lors qu'elle entamerait son congé de maternité. La Cour suprême a statué que la Commission des affaires sociales (CAS) avait compétence exclusive relativement à la *Loi sur la sécurité du revenu (LSR)*, L.R.Q., c. S-3.1.1, art. 76, 78, 81) et qu'elle était expressément investie du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application des art. 78 et 81 de la *LSR*. Ce pouvoir comprend aussi celui de déclarer discriminatoire la décision du ministre d'exclure M^{me} Charette du programme APPORT et de lui déclarer inopposable toute disposition de la *LSR* qui contreviendrait à la *Charte* (voir j. Bastarache, par. 26).

des droits de la personne a démontré à quel point les normes législatives dans le domaine du travail sont parfois incohérentes quant à la protection du risque maternité pour les femmes en emploi et comment elle compromettent encore davantage le droit à l'égalité pour les travailleuses « atypiques », à temps partiel ou à contrat⁹³. L'interruption d'emploi des femmes pour cause de maternité entraîne entre autres pour conséquences le ralentissement de leur avancement professionnel, une employabilité réduite, un accès limité à l'assurance emploi⁹⁴.

La grossesse constitue donc un enjeu crucial où la *Charte* a probablement atteint son potentiel maximum de transformation sociale. Reste à assurer le suivi des acquis, notamment par un recours effectif au mécanisme de plaintes de discrimination ou par la saisine du Tribunal des droits de la personne lorsque cela est requis.

Après avoir amendé l'article 10 de la *Charte* afin qu'il prévoie explicitement l'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse, le législateur, largement inspiré par les demandes pressantes des groupes de femmes, a ajouté à la *Charte* l'article 10.1 qui prévoit pour sa part que nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs de discrimination interdite par l'article 10⁹⁵. L'article 10.1 de la *Charte* est distinct de l'article 10 et prohibe le fait objectif du harcèlement subjectivement ressenti par la plaignante.

Le harcèlement sexuel

À sa façon, l'article 10.1 de la *Charte* a constitué une véritable révolution des cultures sexuées (et parfois violentes) du travail. Selon l'étude réalisée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, les plaintes de harcèlement de nature sexuelle déposées par les femmes constituent de manière constante de 15 à 20 % des plaintes annuellement déposées auprès de la Commission⁹⁶.

93. Voir L.F. DAGENAIS, *Travail éclaté : protection sociale et égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. Cité dans L.F. DAGENAIS, *Mémoire à la Commission sociale de l'Assemblée nationale. Projet de Loi n° 140. Loi sur l'assurance parentale et règlement afférent*. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2000, à la p. 10, note 25.

94. *Supra*, notes 32 et 33.

95. L.Q. 1982, c. 61, art. 4.

96. Voir *Étude n° 2, supra*, note 3. Par ailleurs, les plaintes de discrimination fondées sur le sexe et qui concernent le secteur du travail dominent ce palmarès : 31 des

L'article 10.1 de la *Charte* a suscité une abondante jurisprudence. Il proscriit les atteintes les plus évidentes à la dignité et à l'intégrité des femmes. Dans une des décisions pionnières, la juge Mailhot, alors de la Cour supérieure, rappelait que « le harcèlement sexuel est un phénomène ancien dans notre société dont la prise de conscience est toutefois récente : il s'est développé en parallèle avec l'émancipation de la femme des dernières décennies »⁹⁷. La combinaison des articles 16 et 10 de la *Charte* permet donc d'affirmer que le congédiement par suite d'un harcèlement sexuel n'est pas tolérable et constitue une faute⁹⁸. Les effets de cette disposition se sont davantage fait sentir au début des années 90 dans la jurisprudence québécoise⁹⁹, qui pouvait déjà compter sur des décisions clés émanant de la Cour suprême du Canada.

51 plaintes pour l'exercice 2004-2005. Voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activité et de gestion 2004-2005*, *supra*, note 20.

97. *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 19. Dans cette affaire, le juge cite notamment la première décision canadienne portant sur le harcèlement sexuel, décision rendue en Ontario dans l'affaire *Bell & Korczak c. Ladas & The Flaming Steer Steak House* ((1980) C.H.R.R. D/155). Il y fut décidé que le harcèlement sexuel faisait partie du concept de la discrimination sexuelle prohibée par la Code ontarien des droits de la personne. Cette position fut rapidement reprise dans l'affaire *Robichaud et al. c. Brennan et al.* ((1982) 3 C.H.R.R. D/977, décision toutefois infirmée sur l'appréciation des faits (1983) 4 C.H.R.R. D/1272), mais néanmoins célébrée à la suite du jugement rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84. Dans l'arrêt *Foisy*, la juge Mailhot a accueilli la requête de la plaignante sur la base de la malice derrière le congédiement arbitraire. La décision a néanmoins, et de manière annonciatrice (voir *infra*, note 125 et s.), été cassée en appel au motif que : « Les tribunaux ne sont pas compétents pour entendre des réclamations qui découlent des droits créés par une convention collective. Les tribunaux ne peuvent pas non plus trancher à bon droit des questions qui auraient pu résulter en common law de la relation employeur-employé en l'absence d'un régime de négociations collectives si la convention collective qui lie les parties à l'action prévoit les questions en litige, qu'elle prévoit ou non une procédure et une juridiction pour son application. » *Bell Canada c. Foisy*, C.A., n° 500-09-000989-848, 15 février 1989.

98. [1984] C.S. 19, 20.

99. Voir notamment : *Commission des droits de la personne du Québec c. Marotte*, C.Q. Montréal, n° 500-02-033549-903 (1992), [1993] R.J.Q. 203 ; *Commission des droits de la personne c. Habachi*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000002-913, [1992] R.J.Q. 1439 et *Habachi c. Commission des droits de la personne*, C.A. Montréal, n° 500-09-000724-922, [1999] R.J.Q. 2522 ; *Commission des droits de la personne c. Johnson*, T.D.P.Q. Joliette, n° 705-53-000004-948, D.T.E. 95T-1107 ; *Commission des droits de la personne c. Lemay*, T.D.P.Q. Abitibi (Val-d'Or), nos 615-53-000002-943, 615-53-000003-941 et 615-53-000004-949, [1995] R.J.Q. 1967 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lavoie*, T.D.P.Q. Rimouski, n° 100-53-000002-979, D.T.E. 97T-1436 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gestion René Landry Inc. (Restaurant Harvey's)*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000083-970, D.T.E. 98T-707 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syed*, T.D.P.Q. Longueuil, n° 505-53-000001-989, D.T.E. 98T-879 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Birkett*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000125-995, D.T.E. 2000T-502 ; *Commission des droits de la personne et des droits*

Cette Cour a défini la notion de harcèlement sexuel, dans l'arrêt de principe en la matière, *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*¹⁰⁰, comme étant de la discrimination fondée sur le sexe consistant en « des pratiques, ou des attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emplois en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe ». La Cour estimait également que « le harcèlement sexuel en milieu de travail est une atteinte à la dignité de la victime et à son respect de soi à la fois comme employé et comme être humain ».

Par ailleurs, la question de la responsabilité de l'employeur concernant des actes de harcèlement de cette nature ne se pose plus depuis l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*¹⁰¹, qui confirme en outre que la loi s'intéresse aux effets de la discrimination plutôt qu'à ses causes (ou aux motifs qui la sous-tendent)¹⁰². Ainsi inspirée des arrêts clés de la Cour suprême, la notion de harcèlement sexuel s'est précisée comme suit en contexte québécois :

de la jeunesse c. Sfridis, T.D.P.Q. Laval, n° 540-53-000014-013, J.E. 2002-1208 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Produits de sécurité North ltée*, T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000167-013, D.T.E. 2002T-927 (une des causes reconnaissant l'employeur responsable du dommage causé par son employé, qui dans l'exécution de son travail, commet des geste de harcèlement sexuel. Le Tribunal se fonde entre autres sur des instruments internationaux pour parvenir à cette conclusion en tenant compte des effets sur la dignité de la victime) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Pigeon*, T.D.P.Q. Hull, n° 550-53-000007-016, D.T.E. 2002T-1156 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire Desjardins d'Amqui*, T.D.P.Q. Rimouski, n° 100-53-000007-036, [2004] R.J.Q. 355 (requête pour permission d'appeler rejetée (C.A., 2004-01-23), n° 200-09-004700-040).

100. *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, 1284.

101. *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, *supra*, note 96 : « [...] l'acte discriminatoire d'un employé doit être aussi considéré comme l'acte discriminatoire de l'employeur, qu'il ait été ou non autorisé ou voulu par ce dernier. » Le Tribunal des droits de la personne du Québec a aussi reconnu que les principes dégagés dans l'arrêt *Robichaud*, rendu en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, s'appliquaient pleinement au Québec en ce qui a trait à la responsabilité de l'employeur pour le harcèlement fondé sur des motifs de discrimination illicite. Voir *Commission des droits de la personne du Québec c. Antginas*, (1994) 19 C.C.H.R. D/326 (T.D.P.Q.), D/330-D331 (par. 31 à 40) ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire Deux-Montagnes*, [1993] R.J.Q. 1297 (T.D.P.Q.), p. 1312-1315 et 1317 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Johnson*, D.T.E. 95T-1107 (T.D.P.Q.), p. 13 et *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 (T.D.P.Q.), p. 1972.

102. « [...] seul l'employeur peut remédier à des effets peu souhaitables et seul l'employeur est en mesure de fournir le redressement le plus important, celui d'un milieu de travail sain. La loi met l'accent sur la prévention et l'élimination de conditions peu souhaitables plutôt que sur la faute, la responsabilité morale et la punition ; c'est pourquoi il convient d'assurer l'efficacité des redressements soigneusement conçus par le législateur. » [1995] 2 R.C.S. 84, 95 (J. La Forest).

Le harcèlement sexuel est prohibé par l'article 10.1 de la Charte des droits et libertés de la personne. Pour qu'il y ait harcèlement sexuel, deux choses doivent être prouvées : le caractère vexatoire de la conduite et l'effet continu de celle-ci dans le temps. La nature même de la conduite peut varier énormément et, de ce fait, entraîner une expression de refus tout aussi variable. Il existe deux formes principales de harcèlement sexuel : le harcèlement qualifié de chantage au travail et le harcèlement résultant d'un milieu de travail hostile.¹⁰³

Le caractère endémique du harcèlement sexuel a rapidement fait ressortir les limites d'une approche individuelle et la nécessité d'une intervention de nature systémique. D'où la décision de la Commission, en 1989, d'adopter une politique type visant à contrer le harcèlement sexuel et mise à la disposition des employeurs¹⁰⁴.

Les politiques destinées à éradiquer et à punir le harcèlement sexuel se sont depuis multipliées tant en entreprise que dans les milieux institutionnels. Cela constitue un progrès important. Mais surtout, le phénomène illustre ce qui est au cœur du droit des femmes à l'égalité : l'obligation de tous les acteurs d'agir afin d'adopter et d'adapter des législations, des programmes, des stratégies et des politiques adaptées aux besoins des femmes et à leurs multiples réalités. La *Charte* québécoise tout comme la *Charte canadienne* sont souvent au cœur de ces changements. Non seulement les décisions rendues en vertu de ces lois fondamentales font-elles école, mais surtout, elles transforment le rapport des femmes aux sphères privée et publique. Cela est aussi la conséquence d'un travail de longue haleine, et forcément inachevé, concernant le standard d'égalité lui-même.

Égalité et accommodement : des enjeux de taille

Il a fallu « donner le temps au temps » pour mieux comprendre comment la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et la *Charte canadienne des droits et libertés* transforment

103. *Commission des droits de la personne c. Dhawan* D.T.E. 96T-285 (T.D.P.Q.), appel rejeté avec dissidence : *Dhawan c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, J.E. 2000-1321 (C.A.).

104. Commission des droits de la personne, *Politique visant à contrer le harcèlement sexuel au travail* (G. Patry-Buisson, Direction de l'éducation), 1989. Cette politique type sera suivie en 1992 d'une politique type contre le harcèlement racial : *Politique visant à contrer le harcèlement racial en milieu de travail* (A. Dumas-Pierre, Direction de l'éducation), 1992, cités dans *Étude n° 2, supra*, note 3, p. 79.

raient le concept d'égalité formelle (les mêmes droits pour les femmes et les hommes) en norme d'égalité substantive entre les sexes (les femmes ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi et donc, à des bénéfices et protections destinées à contrer la discrimination dont elles sont victimes). On dit souvent de la discrimination fondée sur le sexe et du droit des femmes à l'égalité que ces concepts sont les deux faces d'une même médaille. Ainsi, il faut comprendre comment opère la discrimination contre les femmes pour déterminer la nature, l'étendue et l'expression, du droit à l'égalité qui est le leur.

Il a aussi été nécessaire de distinguer les formes de discrimination dont les femmes sont victimes. Ainsi, on a parlé de discrimination directe, indirecte et systémique. Rarement de nos jours constate-t-on des situations de discrimination directe là où par exemple, une loi accorde explicitement ou expressément des avantages différents aux hommes et aux femmes en raison de leur sexe. Souvent, cependant, l'effet d'exclusion d'une loi, d'un bénéfice, d'un programme ou d'un comportement se révélera à l'usage, et ce, parce qu'il est ancré dans des attitudes et des préjugés sexistes à l'encontre des femmes. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*¹⁰⁵, a fait œuvre utile en décrivant la discrimination systémique en emploi comme suit :

[...] c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'un ni l'autre n'a été nécessairement conçu pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail » [...]. Pour combattre la discrimination systémique, il est essentiel de créer un climat dans lequel tant les pratiques que les attitudes négatives peuvent être contestées et découragées.¹⁰⁶

Faisant écho à cette définition devenue historique, la juge en chef McLaughlin de la Cour suprême du Canada disait plus récemment :

Interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle

105. [1987] 1 R.C.S. 1114.

106. *Ibid.*, 1138-1139.

qu'elles comportent et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique, comme notre Cour l'a reconnu dans *Action Travail*.¹⁰⁷

La Cour suprême a confirmé le fait que pour qu'il y ait discrimination en vertu de l'article 10 de la *Charte* québécoise, il faut y retrouver trois éléments :

[...] une « distinction, exclusion ou préférence », [...] et qui « a pour effet de détruire ou de compromettre » le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.¹⁰⁸

L'article 15 de la *Charte canadienne* prévoit pour sa part que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination. Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême propose une synthèse du raisonnement inhérent à la protection offerte par l'article 15 de la *Charte canadienne* :

[...] pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la Charte, [...] le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues ? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la Charte pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique ?¹⁰⁹

107. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 83, par. 41.

108. *C.S.R. de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538 (j. Cory), confirmant *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61 et *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, 98 ; *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 783-784 ; *Devine c. Québec* [1988] 2 R.C.S. 790, 817.

109. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39.

Pour le juge Iacobucci, tous ces éléments ont en commun un concept clé : la dignité humaine, laquelle est bafouée lorsque des personnes et des groupes marginalisés sont mis de côté et dévalorisés¹¹⁰. La dignité a donc à voir avec la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée¹¹¹.

Dans l'affaire *St-Jean sur-Richelieu*¹¹², le Tribunal des droits de la personne du Québec, sous la plume de madame la juge Rivet, a repris à son compte le concept d'égalité élaboré par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*¹¹³. En reconnaissant que l'égalité de traitement ne générerait pas nécessairement une égalité réelle et qu'une norme d'intégration (en milieu scolaire) prévoyant un traitement distinct n'était pas source de discrimination dans la mesure où elle visait précisément à corriger une inégalité réelle, cette décision marquait une étape importante.

Pauvreté, égalité sexuelle, condition sociale et droits économiques et sociaux : plus que le droit d'être également pauvres ?

Selon la structure de la *Charte québécoise* et ce, contrairement au cas de la *Charte canadienne*, l'égalité protège un des

-
110. Nous tenons ici à souligner, au sujet des voies de droit ouvertes à la dignité humaine, l'excellent article de Christopher McCrudden dans un rapport de recherche récemment rendu public. Nous citons un passage qui nous semble exprimer l'une des préoccupations de l'auteur : « Translated into the anti-discrimination law context, this [tension between justice as based on a more equal distribution of goods and opportunities versus justice as based on the cultural and symbolic recognition of differing identities and their acceptance on the basis of equality] has enriched the debate on whether such laws are, or should be seen as, aiming at substantive material equality as opposed to whether they are, or should be seen as, aiming at the recognition and acceptance of differences between social groups. Does a concern with recognition displace a concern with social redistribution in the anti-discrimination theory context ? » C. McCrudden, *Human Dignity*, U. of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper 10/2006, avril 2006, en ligne à : <<http://papers.ssrn.com/Abstract=899687>>. Citation issue de la page 35 de notre impression.
111. *Ibid.*, par. 53. Dans le cas de la *Charte québécoise*, la Cour d'appel du Québec a récemment précisé ce qui suit : il peut arriver qu'il soit nécessaire de prouver une atteinte à la dignité humaine lorsque l'article 10 de la *Charte* est invoquée... si des normes législatives ou réglementaires sont invoquées. Ce ne serait pas le cas s'il s'agit de l'application d'une législation ou d'une politique. *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* : C.A., n° 200-09-005051-047, 25 janvier 2006, par. 64 et s.
112. *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 (T.D.P.Q.), confirmé en partie par la Cour d'appel du Québec à [1994] R.J.Q. 1227.
113. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

droits garantis par celle-ci. Il est donc aisé de comprendre que souvent, la jurisprudence s'est élaborée en fonction du chapitre 1.1 de la Charte, intitulé « Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés ». Ce chapitre énumère donc un ensemble de pratiques discriminatoires interdites, tant dans les secteurs de l'emploi que dans celui de l'accès aux biens et aux services (le logement, par exemple¹¹⁴).

Le texte de l'article 10 de la *Charte* québécoise énumère une liste fermée de motifs de discrimination prohibés, dont celui de la condition sociale. Or ce motif de discrimination prévu par l'article 10 de la Charte, bien qu'il ait été généreusement interprété, n'a pas livré tout son potentiel dans le cas des femmes. Les tribunaux ont défini la condition sociale comme ce qui réfère au rang, à la place ou à la position qu'occupe un individu dans la société de par sa naissance, son revenu, son niveau d'éducation, son occupation¹¹⁵.

La pauvreté des femmes constitue la plus actuelle manifestation des nombreuses violations commises à l'encontre de leurs droits, y compris leur droit à l'égalité. Dit autrement, le droit à l'égalité des femmes exige une modification de l'article 52 de la *Charte*, lequel limite aux articles 1 à 38 de celle-ci l'interdiction d'une loi du Québec d'y déroger. Le droit des femmes à l'égalité est donc au Québec un droit à deux vitesses puisqu'il n'aura qu'une portée restreinte s'il concerne l'atteinte à un ou un autre droit social ou économique des Québécoises, lesquels sont prévus aux articles 39 et suivants de la *Charte*. Cela est d'autant vrai depuis que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gosselin* a jugé que malgré un certain degré de justiciabilité, le droit à un niveau de vie suffisant garanti par l'article 45 de la Charte était soumis aux mesures législatives prévues à cette fin¹¹⁶.

114. À cet égard, il convient de noter que tant la CDPDJ que le Tribunal des droits de la personne (dont les décisions dépendent exclusivement des plaintes qui lui sont acheminées par la CDPDJ) font preuve d'une remarquable constance en ce qui concerne la judiciarisation des plaintes individuelles de discrimination en matière d'accès au logement.

115. *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61. Voir aussi *Whittom c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1823 (C.A.) : le fait d'être assisté social ou au seuil de la pauvreté relève de la condition sociale ; *Modes Cohoes Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.) : les facteurs ne se limitent pas au revenu ; *Commission des droits de la personne c. Sinatra*, REJB 1999-14672 (T.D.P.) : la condition sociale inclut les perceptions et les représentations qui au sein d'une communauté se rattachent à des données objectives. Le statut de pigiste peut être à l'origine d'une discrimination fondée sur la condition sociale.

116. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 69.

La discrimination fondée sur le sexe ou sur la grossesse n'est pas désincarnée non plus que ses victimes n'ont pour seul attribut d'être une femme. De plus en plus, on documente les violations des droits économiques et sociaux des femmes tant dans le travail qu'en d'autres domaines : logement, éducation, santé, etc. De même, la pauvreté, en plus d'avoir un sexe, a aussi d'autres caractéristiques. Elle sévit dramatiquement chez les femmes immigrantes, autochtones ainsi que chez celles qui sont le moins scolarisés. Égalité et droits économiques et sociaux sont donc de plus en plus analysés concomitamment.

Cette importante limitation de la *Charte* permet de soulever la question de savoir si l'égalité est un concept enfermé dans la logique comparative ? Mais alors, à qui doit-on comparer les femmes les plus vulnérables sur le plan économique alors que c'est précisément dans bien des cas cette vulnérabilité qui entraîne les plus grands risques d'atteinte à leur dignité et à leur sécurité ? Les femmes ont-elles plus que le droit d'être « également » pauvres ?

Citant encore une fois la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin*, il semble que les tribunaux soient enclins à croire que lorsque le législateur cible dans une loi ou une politique les femmes, directement ou indirectement, il le fasse nécessairement pour leur bien¹¹⁷. Condition sociale et dignité sont-ils devenus ainsi des révélateurs d'un nouveau paternalisme ambiant, lequel se manifesterait par des politiques ciblées destinées aux femmes « à risque » ? Il est donc assez clair que si riche soit le concept d'égalité, il ne pourra se substituer aux effets bénéfiques d'une nouvelle hiérarchisation du chapitre IV de la *Charte*, que la Commission des droits de la personne recommande d'ailleurs dans son Bilan des 25 années de la *Charte*¹¹⁸.

Quant à la condition sociale à titre de motif de discrimination prohibé, il faut reconnaître sa portée limitée à ce jour. La Commission en a fait bon usage devant le Tribunal en matière de logement, ce qui inclut la discrimination faite aux femmes dans le

117. Pour une analyse féministe de l'arrêt *Gosselin*, voir G. BRODSKY, « *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* : Autonomy with a Vengeance », (2003) *Revue juridique Femmes et Droit* 15:1. Pour une analyse légèrement plus optimiste, voir J. MATTHEWS GLENN, « Enforceability of Economic and Social Rights in the Wake of *Gosselin* : Room for Cautious Optimism », (2004) 83 *Revue du Barreau canadien* 929.

118. *Supra*, note 45.

domaine du logement. Les résultats sont toutefois très individualisés car la stratégie repose sur des plaintes individuelles. Par ailleurs, l'arrêt *Lambert*¹¹⁹ a refaçonné au goût du jour l'arrêt *Johnson*¹²⁰. Dans l'arrêt *Lambert*, la décision du Tribunal concluant à de la discrimination fondée sur la condition sociale d'assisté social, a été infirmée par la Cour d'appel qui a jugé que le programme contesté était en fait un programme destiné... au bien de M. Lambert. En conclusion, il semble plus facile, bien que l'usage en soit modéré, d'opposer aux acteurs privés plutôt que publics ou étatiques l'interdiction de la discrimination fondée sur la condition sociale. Cela est nécessaire, mais loin d'être suffisant dans le cas des femmes qui ont besoin pour atteindre l'égalité de l'intervention active et non discriminatoire de l'État.

Le droit à l'égalité est un formidable outil de redistribution de la richesse globale d'une société¹²¹. Il est toutefois sérieusement amputé de l'effectivité de cette fonction dans le cas des droits des femmes s'il est interdit de considérer les atteintes discriminatoires aux droits économiques et sociaux de ces dernières. À vrai dire, c'est le concept jurisprudentiel de l'accommodement qui a jusqu'à présent répondu le mieux à cette fonction. Les présupposés de ce concept ne sont cependant pas à l'épreuve des critiques féministes.

Égalité et accommodement

Avec le raffinement de la norme d'égalité, est venu celui du devoir d'accommodement raisonnable. Cela nous ramène au milieu de travail, principal lieu de réalisation de l'obligation d'accommoder. En 1985, le principe de l'accommodement raisonnable a été établi par la Cour suprême dans l'arrêt *O'Malley*¹²². Elle y affirmait alors que « même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables

119. *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2003-04-17), n° 29227.

120. *Johnson c. Commission des affaires sociales*, *supra*, note 108.

121. La jurisprudence confirme en fait un préjugé explicite quant aux causes de la pauvreté. Voir à cet effet l'analyse de Pierre Bosset, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Étude n° 5, Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte ? », 2003, p. 234.

122. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

afin de le protéger ». Elle y avait également établi que l'obligation d'accommodement :

[...] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.¹²³

Alors que l'obligation d'accommodement n'était encore réservée qu'au cas de discrimination indirecte, le Tribunal des droits de la personne du Québec, dans l'affaire *Martel*¹²⁴, avait envisagé qu'elle puisse constituer une « véritable composante intrinsèque du droit à l'égalité dont l'absence peut elle-même être constitutive de discrimination »¹²⁵. Dorénavant, disait le Tribunal, le principe selon lequel « [l]e défaut de pallier certaines différences peut donc en lui-même générer de la discrimination et l'obligation de fournir un accommodement est inhérente, dans certains cas, à l'exercice effectif du droit à l'égalité, le défaut même d'y pourvoir étant alors discriminatoire »¹²⁶.

Dans l'arrêt *Meiorin*¹²⁷, il s'agissait pour la Cour suprême de juger de la légitimité de tests d'aptitude physiques qui avaient eu pour effet d'exclure une femme du travail de sapeuse-pompier. Dans le processus la menant à l'invalidation de ces tests, la Cour a consacré l'inutilité de la distinction entre la discrimination indirecte et la discrimination systémique. Alors que précédemment, l'accommodement en emploi était perçu comme un correctif légitime à la discrimination indirecte, la Cour a plutôt choisi d'abolir la distinction entre les deux types de discrimination et de favoriser une obligation générale de l'employeur de favoriser l'égalité en abolissant toute pratique d'emploi discriminatoire et en assurant la promotion des accommodements utiles à l'éradication de toutes les manifestations discriminatoires en matière de pratiques d'emploi. Au même moment, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique*

123. *Ibid.*, 555.

124. *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.Q.).

125. *Ibid.*, 2104.

126. *Ibid.*, 2104.

127. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U. [Meiorin]*, *supra*, note 83.

(*Council of Human Rights*)¹²⁸, la Cour a précisé que la définition de l'accommodement doit tenir compte des caractéristiques personnelles de la personne accommodée.

Dans l'arrêt *Meiorin*¹²⁹, la Cour a tenu compte de critiques féministes adressées à l'endroit du concept d'accommodement raisonnable, précédemment admis. Day et Brodsky¹³⁰ évoquaient la difficulté du paradigme précédent de l'accommodement raisonnable, en soulignant qu'il ne remettait en question « ni l'inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu'une société est bien conçue pour certains mais pas pour d'autres. Il permettait à ceux qui se considéraient comme « normaux » de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu qu'ils « composent » avec ceux qui en contestent l'établissement [...] ». Toutefois et ce, depuis l'arrêt *Meiorin*, force est de constater un rapprochement entre la norme même d'égalité substantielle entre les sexes et la portée de l'obligation d'accommoder.

Il existe toutefois des limites à cette affirmation. Au-delà de la limite évidente de l'obligation d'accommoder et qui concerne le « devoir » d'accommoder, l'accommodement n'est pas un outil de justice sociale mais plutôt un concept destiné à faciliter la reconnaissance du droit de chacun de faire sa place au soleil dans le respect de ses caractéristiques personnelles et de sa dignité. Certes, cette dynamique interpelle non seulement le marché (du travail, notamment) mais aussi l'État (l'aménagement des conditions et de la procédure d'obtention d'un permis de conduire, par exemple). Mais l'accommodement raisonnable est précisément raisonnable parce qu'il ne remet pas en cause la distribution de la richesse dans notre société, sinon indirectement (encore faut-il croire, malgré ce que révèle les statistiques dans le cas des femmes, que le travail c'est la richesse !)¹³¹. On ne doit pas s'insurger

128. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 : absence de démarche raisonnable de vérification de la capacité de conduire compte tenu de la limitation en matière de délivrance de permis de conduire.

129. *Supra*, note 83.

130. D. SHELAGH et G. BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit ? », (1996) 75 *R. du B. can.* 433, 462.

131. Voir pour une analyse fine et exhaustive du concept de l'accommodement raisonnable l'excellente étude de Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

devant ce constat car l'accommodement, une création jurisprudentielle, n'est pas un « tout terrain » économique. Il constitue au mieux un aménagement significatif des exigences de l'égalité substantive. La *Charte* québécoise offre pourtant des solutions plus adaptées aux transformations systémiques requises à cette fin. Mais qu'en est-il vraiment ?

III. Mesures et réparations systémiques : dans la *Charte*, point de salut ?

On ne le dira jamais assez, la somme des jugements comportant des réparations individuelles ne suffit pas à créer une société plus juste. Dans le cas de femmes, cela est d'autant vrai qu'elles ont moins accès à la justice et qu'elles sont souvent plus isolées, voire incapables d'exercer leurs droits. Couplée au constat de l'intersectorialité des causes de la discrimination (une femme n'est jamais qu'une femme), l'affirmation du besoin de mesures et de remèdes systémiques de redressement de la discrimination se fait d'autant sentir dans le cas des femmes. À cet égard, les institutions québécoises se destinant directement ou indirectement à la lutte contre les discriminations ont été très lentes à réagir ou peinent à le faire. Trois scénarios doivent ici retenir notre attention aux fins de la démonstration : l'équité salariale, les programmes d'accès à l'égalité et l'accès à l'égalité dans les organismes publics.

L'équité salariale : cauchemar ou progrès tortueux ?

L'article 19 de la Charte prévoit le droit à un salaire égal pour un travail équivalent. Jugée innovante lors de son adoption, cette disposition est néanmoins devenue un réel cauchemar pour la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qu'on accuse de ne pas s'être donné les moyens de gérer cette manifestation la plus élémentaire de la discrimination systémique dont les travailleuses sont victimes¹³².

132. Voir *Syndicat de la fonction publique du Québec Inc. c. Québec (Procureur général)*, jugement rendu par l'honorable Carole Julien j.c.s., n° 500-05-057633-008, 9 janvier 2004 : « Le traitement des plaintes par la CDPDJ a constitué un processus ardu semé d'embûches. Son déroulement jusqu'en 1996 est instructif. Il met en contexte l'avènement du chapitre IX de la Loi [sur l'équité salariale] et l'objectif poursuivi par le législateur. On ne peut passer sous silence que le Conseil du Trésor est l'employeur visé par les plaintes déposées auprès de la CDPDJ. [...] ; par. 336. Plus de 1 500 personnes ont déposé des plaintes de discrimination salariale, entre 1986 et 1993, dans les domaines de la physiothérapie, de la diététique, de l'ergothérapie, de la radiologie, du travail social, de l'hygiène dentaire,

Les syndicats, à juste titre, ont à de nombreuses reprises déposé auprès de la Commission des plaintes de discrimination salariale tout en revendiquant d'autre part une loi-cadre imposant aux employeurs l'obligation de mettre en œuvre des programmes d'équité salariale. Cette Loi a finalement été adoptée en 1997¹³³.

Les quelques décisions rendues par le Tribunal des droits de la personne en matière d'égalité salariale se sont vues inextricablement liées au débat entourant la compétence de ce dernier. En juin 2004, la Cour suprême du Canada a confirmé la compétence du Tribunal de statuer sur une plainte où il était allégué que le système de rémunération prévu par la convention collective violait la *Charte*¹³⁴. En l'occurrence, la Cour suprême a estimé qu'il est difficile de voir dans cette plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief *régi* par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que la convention avait été violée, mais bien qu'elle était discriminatoire.

En 2000, le Tribunal dans l'affaire *C.D.P.D.J. (Rhéaume) c. Université Laval*¹³⁵ avait rendu une ordonnance de cesser d'utiliser un système de rémunération comportant des effets discriminatoires à l'égard des employés du Groupe bureau (comparativement au Groupe métiers) et de reconnaître que tous doivent être payés à taux unique. En janvier 2005, la Cour d'appel a par-

de l'archivage médical, etc. En 1996, la CDPDJ a estimé que plusieurs milliers de personnes étaient touchées par son enquête [...] relative à l'instrument d'évaluation de la valeur relative des emplois [...] annoncé par le Conseil du Trésor en février 1990. Nous savons que des plaintes, pour discrimination salariale fondée sur le sexe, ont été portées avant le 21 novembre 1997 par des salariées du secteur public ou parapublic et leurs associations accréditées auprès de la CDPDJ. Ces plaignantes sont visées par certains des dossiers-types ; par. 1589. L'enquête de la CDPDJ est en cours et aucun tribunal n'a été saisi à ce jour. Il appert que l'enquête sur ces plaintes ne concerne pas l'ensemble des emplois féminins visés par le programme gouvernemental [...] ; par. 1590. »

133. *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

134. *C.D.P.D.J. (Morin et al.) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185. Il s'agissait d'une clause prévoyant un traitement moins favorable au bénéfice des jeunes enseignants. Voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Université de Montréal (sub nom. Syndicat des employés de l'Université de Montréal – Section locale 1244 SCPF-FTQ) c. Université de Montréal*, [2004] R.J.Q. 3183. Le Tribunal des droits de la personne rejette la requête en irrecevabilité évoquant la compétence exclusive de l'arbitre. Il confirme sa compétence par rapport au litige qui a pour objet la validité même du plan d'évaluation des emplois annexé à la convention applicable aux parties plutôt que son application.

135. *C.D.P.D.J. (Rhéaume) c. Université Laval*, [2000] R.J.Q. 2156, 2000 IIJCan 3 (T.D.P.Q.). Ordonnance de cesser d'utiliser le système de rémunération comportant des effets discriminatoires à l'égard des employés du Groupe bureau et ordonnance de reconnaître que tous doivent être payés à taux unique.

tiellement annulé cette ordonnance¹³⁶ pour la partie imposant pour l'avenir un système de rémunération à taux unique ainsi que pour l'ordonnance de versement de dommages moraux aux plaignantes représentées par la Commission. La Cour d'appel a confirmé toutefois la compétence du Tribunal à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Morin*¹³⁷ pour les plaintes précédant l'entrée en vigueur en novembre 1997 de la *Loi sur l'équité salariale*¹³⁸.

Au bilan, ces décisions signifient que pour les plaintes précédant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'équité salariale*, la compétence du Tribunal se résumerait au constat de discrimination salariale et à la déclaration de non-validité des systèmes de rémunération mis en cause et ce, indépendamment de la disposition transitoire prévue à l'article 128¹³⁹ de cette loi. Ne s'agit-il pas d'une étrange césure entre le constat de discrimination et la nature du remède¹⁴⁰ ?

Le récent règlement met en cause la fonction publique du Québec et l'État-employeur soulève d'ailleurs la question de savoir si le fait d'avoir remis entre les mains de la Commission de l'équité salariale (CES) la responsabilité de la *Loi sur l'équité salariale* est garant du critère de justice¹⁴¹. On se rappellera le jugement de la juge Julien ayant invalidé le Chapitre IX de la *Loi sur*

136. N° 200-09-003274-005, 24 janvier 2005.

137. *Supra*, note 134.

138. *Loi sur l'équité salariale*, *supra*, note 133.

139. Lequel se lit comme suit : « Les plaintes pendantes à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse relatives à la violation de l'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) pour le motif de discrimination salariale fondée sur le sexe avant le 21 novembre 1997 sont étudiées et réglées conformément aux dispositions alors applicables de cette *Charte*. »

140. Voir aussi *Commission des droits de la personne c. Communauté urbaine de Montréal (Laroque)*, [2004] 1 R.C.S. 789, le juge LeBel a déterminé que les règles traditionnelles d'immunité des institutions publiques prévalent malgré l'article 49 de la *Charte* et que donc, seule une déclaration d'inopposabilité et de reconsidération d'une candidature, dans un cas où la discrimination était fondée sur le handicap, était opposable à la CUM. La conclusion de réintégration rendue par le Tribunal des droits de la personne a donc été invalidée.

141. Voir Commission de l'équité salariale, communiqué de presse du 21 juin 2006, <<http://www.ces.gouv.qc.ca/fr/quoideneuf/quoideneuf.asp?no=114>> : Le gouvernement du Québec a annoncé le mardi 20 juin 2006 une entente dans le dossier de l'équité salariale pour les personnes salariées des réseaux de l'éducation et de la santé. Précédemment, de pareilles ententes avaient été conclues pour le personnel fonctionnaire et le personnel professionnel de la fonction publique représentés par le Syndicat de la fonction publique du Québec (SFPQ – 15 juin 2006) et le Syndicat de professionnelles et professionnels du Québec (SPGQ – 16 janvier 2006).

l'équité en emploi en vertu des exigences de l'article 15 de la *Charte canadienne*¹⁴².

Certes, les travailleuses concernées se sont déclarées en général satisfaites de ce règlement. Il faut néanmoins tirer de cette expérience certains enseignements : d'abord, le gouvernement a tenté comme employeur d'échapper à l'examen judiciaire et administratif de ses propres programmes d'équité ou de relativité salariale. Ensuite, la voie du « règlement hors Charte » n'est pas soumise dans son évaluation aux exigences de l'article 10 de la *Charte* ; enfin, ce règlement, comme d'autres, consacre une tendance à la technocratisation et à la négociation de la norme d'ordre public de l'équivalence salariale prévue par l'article 19 de la *Charte*. Est-ce le prix à payer pour enfin bénéficier de solutions globales à la discrimination systémique ?

Cette question n'est pas qu'une question administrative. Dans une récente enquête menée par le Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail, on concluait que la *Loi sur l'équité salariale* et le droit à l'égalité salariale pour un travail équivalent sont pour ces femmes des droits inconnus¹⁴³. Pourtant, la *Loi* s'applique à certaines d'entre elles dès lors qu'elles évoluent dans un milieu de travail de plus de 10 employés. Toutefois, le phénomène de la technocratisation de la gestion de la discrimination fait en sorte que ces travailleuses sont à la fois privées de recours individuels utiles et du droit de déposer des plaintes

142. *Syndicat de la fonction publique du Québec Inc. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 132 : Plus particulièrement, l'article 119 de la *Loi sur l'équité salariale* prévoyait que : « Un programme d'équité salariale ou de relativité salariale complété avant le 21 novembre 1996 est réputé être établi conformément à la présente loi, si [...] ». Dans une analyse relative à l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, la juge Julien réitère et applique les quatre lignes directrices établies par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 109, dont les trois premières l'ont d'abord été par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 113. Elle procède donc à l'évaluation de la *Loi sur l'équité salariale* en fonction du test de la « comparaison à deux niveaux simultanément ». Pour l'essentiel, l'analyse constitutionnelle consiste à répondre aux trois questions suivantes : (1) la LÉS impose-t-elle une différence de traitement ? ; (2) la différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue ? ; et (3) la différence de traitement est-elle discriminatoire au sens de l'article 15(1) de la *Charte canadienne* ? On connaît l'issue : la juge répond affirmativement à toutes ces questions, de même qu'à une quatrième : (4) la discrimination, ou distinction incriminée, porte-t-elle atteinte à la dignité humaine ?

143. QUÉBEC, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail, *L'équité salariale au Québec : un droit inconnu chez les travailleuses non syndiquées*, 2005.

devant la CDPDJ et tenues à l'écart des bénéfices escomptés d'une loi proactive.

Par contre, l'absence d'une législation dite proactive parce qu'elle impose aux employeurs des obligations correctives de la discrimination indépendamment du constat individuel de l'existence de celle-ci, encourage l'inertie. C'est ce qui appert des trop minces développements entourant la Partie III de la *Charte* consacrée aux programmes d'accès à l'égalité.

Les PAÉ : illusion ... Illusion ...

En octobre 1981, le gouvernement du Québec convoquait une commission parlementaire afin de faire le point sur la mise en œuvre de la *Charte*¹⁴⁴. Soixante-six mémoires y furent déposés, dont celui émanant de la CDPDJ¹⁴⁵. Cette dernière y soulignait alors que le Québec était la seule province, à l'exception de Terre-Neuve, où la loi protégeant les droits et libertés de la personne n'incluait pas de dispositions portant sur les programmes d'accès à l'égalité (PAÉ). La CDPDJ mentionnait également la gravité de la discrimination systémique qui affectait notre société et proposait l'adoption de programmes rigoureux pour tenter de la contrer, de même que son besoin de disposer d'instruments adéquats et de ressources suffisantes pour accomplir sa mission.

À la suite de cet examen, la Partie III de la *Charte* relative aux programmes d'accès à l'égalité fut adoptée¹⁴⁶ mais n'entra toutefois en vigueur qu'en 1985¹⁴⁷. Les PAÉ concernent les secteurs de l'emploi, de l'éducation, de la santé ou tout autre secteur où des services sont ordinairement offerts au public.

À l'origine, les PAÉ pouvaient être implantées de trois manières distinctes : sur une base volontaire, à la suite d'une enquête de la CDPDJ (et sur proposition ou ordonnance du Tribunal dans l'éventualité où la recommandation de la Commission ne rece-

144. QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 26, n° 91 (1^{er} décembre 1982), p. 6292 [Québec, *Journal des débats* du 1^{er} décembre 1982].

145. QUÉBEC, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, « Mémoire de la Commission des droits de la personne du Québec », 1981, p. 15.

146. 1982, c. 61, art. 21.

147. Notons l'entrée en vigueur de la première loi (fédérale) sur l'équité en emploi en 1986 : *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.R.C. 1986, c. 23 (2^e suppl.), laquelle a été depuis remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44 [LÉE].

vrait pas de suites positives) ou par le gouvernement qui devait exiger la mise en œuvre de PAÉ dans les ministères et organismes dont le personnel était nommé suivant la *Loi sur la fonction publique*¹⁴⁸. Notons que le deuxième paragraphe de l'article 92 de la Charte prévoit que les articles 86 à 91 de cette dernière (Partie III) ne s'appliquent pas aux programmes volontaires déterminés par le gouvernement au profit des ministères et organismes. Un règlement venant préciser le contenu des PAÉ a par la suite été adopté en 1986¹⁴⁹.

En 1987, le gouvernement mit aussi en place un programme d'obligation contractuelle (entré en vigueur en 1989) destiné aux entreprises qui soumissionnent pour l'obtention d'un contrat de biens ou services ou font une demande de subvention de 100 000 \$ ou plus et qui comptent plus de 100 employés¹⁵⁰. Les entreprises visées doivent donc se doter d'un PAÉ.

Contrairement à la situation qui a prévalu aux États-Unis, la Partie III de la Charte n'a pas suscité de grands débats subséquemment à son adoption¹⁵¹. Le bilan des PAÉ réalisé par la Commission en 1998 parle à cet effet de lui-même¹⁵². Il n'y a jamais eu de retombées utiles, voire d'exercice sérieux issu de cette Partie de la Charte au Québec. À vrai dire, nous en savons plus, à la lecture des rapports annuels d'activités et de gestion de la Commission sur l'obligation contractuelle que sur les PAÉ. Ainsi, pour l'année 2004-2005, 237 entreprises québécoises, dont 174 embauchant entre 100 et 500 employés, étaient soumises au programme d'obligation contractuelle. De ce nombre, 14 ont fait l'objet de sanctions négatives¹⁵³.

148. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Programme en vertu de la Charte », consulté le 26 mai 2006 sur le site Internet de la CDPDJ à l'adresse suivante : <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/programme-acces-egalite/programmes-charte.asp?Nœud1=1&nœud2=13&clic=45>> [CDPDJ, *Programme en vertu de la Charte*].

149. Chapitre C-12, r. 0.1. Voir aussi QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « L'accès à l'égalité en emploi : rapport triennal sur la Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics 2001-2004 », p. 11, consulté le 26 mai 2006 sur le site Internet de la CDPDJ à l'adresse suivante : <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/programme-acces-egalite/rapport-triennal/docs/pdf/divers/Rapport-PAE.pdf>>. [CDPDJ, *PAÉ Rapport triennal*].

150. Décision du Conseil des ministres du 23 septembre 1987 mise en œuvre en 1989.

151. Pour une analyse historique, voir L. LAMARCHE, *Les Programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, 1990, Louise Courteau éditrice, 264 p.

152. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Les programmes d'accès à l'égalité au Québec : bilan et perspective* (résumé), Québec, CDPDJ, 1998, p. 19-20 [CDPDJ, *PAÉ Bilan*].

153. *Supra*, note 20, p. 60.

Sauf pour les améliorations apportées à la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*¹⁵⁴ en 2004, les PAÉ sont, à toutes fins utiles, tombés en désuétude administrative. Quelques cas servent à nuancer cette affirmation. D'une part, l'affaire de la Commission scolaire Des Samares, devenue de l'Industrie¹⁵⁵, et d'autre part, la saga opposant Action Travail des Femmes et Gaz Métropolitain où une plainte fut déposée en 1996 dans un cas d'accès des femmes aux métiers non traditionnels. La discrimination fut reconnue par résolution de la Commission en juillet 2002 et le Tribunal en a été saisi en janvier 2004. Au rythme où se multiplient les moyens déclinatoires et autres procédures préliminaires, on se demande si un jour cette affaire connaîtra quelque dénouement.

En 1998, lors du bilan sur les PAÉ en vertu de la *Charte*, la CDPDJ fit plusieurs recommandations. L'une d'elles concernait les sociétés d'État et les organismes non régis par la *Loi sur la fonction publique*. La Commission mentionnait sa difficulté à comprendre que ce type d'organismes, dépendants de fonds publics, échappait à l'obligation d'implanter un PAÉ¹⁵⁶. Cette obligation incombait pourtant aux ministères, organismes gouvernementaux et entreprises liées par l'obligation contractuelle. Ainsi, la CDPDJ recommanda l'action suivante : « Que la Charte [...] soit modifiée de façon à assujettir les organismes publics non visés à l'article 92, et déterminés par règlement, à l'obligation d'implanter des [PAÉ] »¹⁵⁷.

Toutefois, et comme dans le cas de l'équité salariale et de l'article 19 de la *Charte*, le législateur a retenu ce qui équivaut dans les faits à une solution de remplacement au Chapitre III de la *Charte*. Il s'agit de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* adoptée en 2000 et entrée en vigueur en 2001¹⁵⁸.

Un cas de proactivité tardive et incomplète : la Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics

L'objectif de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* consiste à corriger la sous-représentation de

154. L.R.Q., c. E-20.1, telle qu'amendée par L.Q. 2004, c. 31.

155. Le Tribunal des droits de la personne a été saisi d'une demande d'ordonnance de PAÉ par la CDPDJ.

156. CDPDJ, *PAÉ Bilan*, *supra*, note 152, p. 38.

157. *Ibid.*

158. *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics*, L.R.Q., c. A-2.01.

certains groupes au sein de l'administration publique et parapublique afin que ses effectifs soient « *davantage à l'image de la population qu'ils desservent* »¹⁵⁹. La Loi vise les organismes publics qui emploient 100 personnes ou plus dans le secteur municipal, dans les réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux, et d'autres organismes comme les sociétés d'État ainsi que la Sûreté du Québec pour ses effectifs policiers¹⁶⁰. Elle exclut toutefois de son champ d'application les ministères et les organismes dont les employés sont régis par la *Loi sur la fonction publique*, ces derniers demeurant soumis à la Partie III de la *Charte* sur une base volontaire.

Les groupes ciblés par ces PAÉ sont au départ : les femmes, les autochtones, les personnes qui font partie d'une minorité visible en raison de leur race ou de la couleur de leur peau et les personnes dont la langue maternelle n'est pas le français ou l'anglais et qui font partie d'un groupe autre que celui des autochtones et de celui des minorités visibles¹⁶¹. En 2004, le groupe désigné des personnes handicapées s'est ajouté à cette liste, dans la foulée de la réforme déjà présentée plus haut¹⁶².

Selon le Rapport triennal déposé par la CDPDJ en septembre 2005¹⁶³, environ 20 % des élaborations de programmes ont été évaluées pour un total d'environ 60 organismes parmi les 618 visés par la loi. En ce qui concerne les femmes, un constat global s'impose : l'effort global de rattrapage requis est de l'ordre de 5 % avec des efforts plus grands dans les secteurs municipaux et policier. Pour l'heure, il serait prématuré de tirer quelque conclusion de la récente mise en œuvre de cette loi. Néanmoins, notons que sa venue suit de près de vingt années son équivalent fédéral¹⁶⁴ ...

159. QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 130 (26 octobre 2000), p. 7400.

160. *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, *supra*, note 158, art. 1.

161. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'accès à l'égalité en emploi : rapport triennal sur la Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics 2001-2004*, en ligne à : <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/programme-acces-egalite/rapport-triennal/docs/pdf/divers/Rapport-PAE.pdf>> [CDPDJ, *PAÉ Rapport triennal*], p. 13.

162. *Loi modifiant la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, *supra*, note 154, art. 58.

163. *Supra*, note 161.

164. *Supra*, note 147. Voir pour une évaluation de la Loi fédérale sur l'équité en emploi, F. TOUGAS et L. LAMARCHE, *La Loi canadienne sur l'équité en emploi et la transformation des rapports sociaux : le cas des minorités visibles*, Commission du droit du Canada, 2001 ; R. CHAGNON, L. LAMARCHE et

Les approches proactives destinées à la correction et à l'éradication de la discrimination systémique peinent donc à se faire une place jugée légitime dans le contexte de la *Charte* québécoise. Bien que de nature différente, le caractère de « mal-aimé » de ce type de correctif systémique fait écho à l'importante prudence des tribunaux supérieurs qui tendent à restreindre la compétence du Tribunal des droits de la personne de « corriger » des pratiques discriminatoires en vertu de l'article 49 de la *Charte*. L'effet cumulatif de ces constats n'est pas neutre du point de vue des droits des femmes. Mais l'heure est probablement venue pour le législateur de faire le ménage et le point sur ces questions. Car on voit mal comment la jurisprudence pourrait évoluer dans le sens contraire.

Sur le plan politique, il y a lieu de s'étonner du *ménagement* réservé aux entreprises et aux employeurs québécois, y compris l'État et l'administration publique. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'on a parfois tendance à dire que la *Charte* régit d'abord des rapports privés que l'État doit négliger ses obligations envers les femmes, dont celle d'assurer la mise en œuvre effective de leur droit à l'égalité. La CDPDJ est d'ailleurs allée jusqu'à dire qu'en matière contentieuse, l'État québécois était carrément hostile à la *Charte*. Est-ce un hasard si les femmes ont souvent fait les frais de cette hostilité ?

CONCLUSION

Comme nous l'avons déjà dit, le portrait des Québécoises et de la société québécoise n'est plus ce qu'il fut, notamment lors de l'adoption de la *Charte*. Il est assez simple de convaincre de l'indéniable apport de la *Charte*, et des institutions qui en assurent le respect et la promotion, à la lutte des Québécoises pour l'égalité. Il est plus complexe d'identifier à quels défis le XXI^e siècle nous convie. Quatre enjeux nous semblent à ce titre dignes d'être mentionnés.

Pour mieux les aborder, il faut comprendre qui sont les Québécoises d'aujourd'hui. Lors de l'adoption de la *Charte*, le mouvement des femmes au Québec était pour le moins caucasien,

F. TOUGAS, « La loi canadienne sur l'équité en matière d'emploi et les femmes : Crier « victoire » ou crier « au loup » ? », (2004) 16:2 *Revue Femme et Droit* 317-342.

assez hétérosexuel et non moins monoculturel. L'aspiration d'égalité était donc facilement partageable et statistiquement, on pouvait constater que les femmes étaient sur le chemin de la réussite scolaire et de l'insertion professionnelle non discriminatoire. On espérait que la représentation politique des femmes fasse des bonds fulgurants de même que leur insertion dans le milieu des affaires. Le rapport des femmes à la famille, à la culture et aux libertés fondamentales était aussi décrit, sur le plan sociologique, comme un rapport marqué d'oppressions communes.

Mais les transformations que l'on connaît suscitent des interrogations. Plus que jamais, le statut inférieur du Chapitre IV de la *Charte* consacré aux droits économiques et sociaux constitue un obstacle pour les femmes dont les conditions décentes d'existence sont mises à rude épreuve. Car, en effet, le motif interdit de discrimination que constitue le « sexe » ne suffit plus à décrire toutes les causes de l'exclusion et de la pauvreté dont les femmes sont victimes. Nous sommes entrés dans l'ère de l'analyse intersectorielle des motifs multiples de discrimination et d'exclusion sociale. Le cumul des caractéristiques propres à une femme accroît ainsi le risque de précarité de ses conditions d'existence (sexe- race- âge- religion- origine ethnique, par exemple) pour culminer dans une condition sociale qui porte atteinte à sa dignité et à sa sécurité et qui ne peut être améliorée que par la promotion des droits économiques et sociaux des femmes¹⁶⁵. Ce constat constitue selon nous le premier enjeu.

Plus que jamais, il est aussi nécessaire de resserrer les liens entre le droit des femmes à l'égalité, les accommodements institutionnels que ce droit exige et le respect des libertés fondamentales de femmes devenues plurielles, dont la liberté de religion et la sauvegarde de la dignité. L'article 10 de la *Charte* consacrant le droit à l'égalité ne peut à lui seul fournir toutes les réponses à ces questions concernant les libertés et la sécurité des femmes bien qu'il puisse servir de balise afin de déterminer la nature et les limites de l'accommodement attendu¹⁶⁶. Trop souvent, celles qui

165. La CDPDJ souscrit d'ailleurs à cette analyse dans son *Bilan des 25 années de la Charte*, *supra*, note 45, p. 16 et s.

166. À cet égard, la CDPDJ n'a pas hésité à prendre position. Voir notamment, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse*, Document adopté par la Commission lors de la 497^e séance du 10 septembre 2004 et révisée le 4 février 2005 par la résolution COM-502-5.1.5.

peinent à se reconnaître dans les valeurs dominantes de la société québécoise sont aussi les plus pauvres d'entre nous. Elles ne méritent donc pas d'être victimes d'une double exclusion¹⁶⁷.

Les femmes ne s'identifient plus à la *Charte* et à ses valeurs essentiellement dans leur rapport au travail. Pour certaines, c'est avant tout la protection des femmes dans une société pluriculturelle que défend cette même *Charte*. Il est alors question de diversité, de libertés, de dignité et d'accommodement. À l'heure où, comme le souligne à juste titre Michel Coutu, dans une étude produite pour le compte de la CDPDJ, les droits de la personne se substituent comme régime dominant au droit social, voire au droit du travail¹⁶⁸, comment réconcilier le droit fondamental, mais de plus en plus polysémique, à l'égalité avec les libertés fondamentales individuelles ? L'égalité est-elle encore le vecteur central des luttes des femmes, par ailleurs fragilisées sur le plan économique et politique ? C'est le deuxième enjeu.

Enfin, sur le plan politique et institutionnel, les choses ont aussi beaucoup changé. Ainsi, l'administration publique, l'État et le gouvernement sont de plus en plus mis en cause au titre des violations systémiques et sexistes des droits garantis par la *Charte*. Cela soulève la vaste question du rapport des femmes à l'État. Les femmes ont besoin de l'intervention et du soutien actif de l'État qui a par ailleurs le devoir de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre les droits des femmes, et notamment le droit à l'égalité. L'État québécois a répondu à l'appel de manière remarquable, tant sur le plan politique que législatif. Mais il n'apprécie pas pour autant être interpellé sur le plan judiciaire en vertu des dispositions de la *Charte*. De récents litiges illustrent cette tension. Tant dans l'arrêt *Gosselin*¹⁶⁹ que dans l'arrêt *Charrette*¹⁷⁰ ou dans l'affaire concernant la constitutionnalité du Chapitre IX de la *Loi sur l'équité en emploi*¹⁷¹, le procureur général du Québec a mené

167. Voir à cet égard le très intéressant article suivant : P. BOSSET et P. EID, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable au dialogue inter normatif », dans *Actes de la XVII^e conférence des juristes de l'État*, 2005, à paraître. Texte obtenu des auteurs.

168. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, Étude n° 1, *Le Québec et le monde 1975-2000, Mutations et enjeux*. Voir aussi P. MACKLEM, *Social Rights in Canada*, University of Toronto Legal Studies Series, avril 2006, <<http://ssrn.com/abstract=894327>>.

169. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 69.

170. *CDPDJ (Charrette) c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 92.

171. *Loi sur l'équité salariale*, *supra*, note 27. Voir : *Syndicat de la fonction publique du Québec Inc. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 132.

des combats de titan pour tenter de se soustraire aux exigences des Chartes alors que dans chaque cas les droits des femmes étaient en cause. En raison de l'accroissement de la précarité des conditions de vie des femmes, tout porte à croire que la tendance qui consiste à mettre en cause l'État et l'administration publique en vertu de la *Charte* ne décélérera pas. Que faut-il donc prévoir à ce chapitre ?

Enfin, le quatrième enjeu auquel nous semble aujourd'hui soumise la *Charte*, du point de vue des droits des femmes, découle d'un ensemble de facteurs qui ont pour effet d'une part, de les priver du bénéfice de l'expertise d'institutions spécialisées (dont la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le Tribunal des droits de la personne) en matière de discrimination et d'autre part, de « sortir l'égalité de la *Charte* ».

D'une part, il y a le cas des législations dites proactives. Dans le cas de la *Loi sur l'équité salariale*¹⁷², les fonctions de contrôle et de surveillance sont confiées à un organisme autonome, la Commission de l'équité salariale. Que reste-t-il de l'article 19 de la *Charte* ? Soulignons aussi la récente adoption de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*¹⁷³, dont la responsabilité est confiée à la CDPDJ, nous laisse deviner un affaïssissement encore plus dramatique de la Partie III de la *Charte* concernant les programmes d'accès à l'égalité ainsi que des lendemains qui ne chantent pas nécessairement.

D'autre part, les débats entourant la compétence du Tribunal des droits de la personne ne laissent personne indifférent. Dans le bilan des 25 années de la *Charte*, la CDPDJ résume comme suit les enjeux :

[...] la juridiction et les pouvoirs du Tribunal des droits de la personne se trouvent érodés de manière inquiétante par une série de décisions judiciaires. L'existence d'autres types de recours, les limites du pouvoir d'ordonnance du Tribunal, de même que les restrictions du droit de former un recours personnel auprès du Tribunal, sont particulièrement problématiques aux yeux des participants, ainsi qu'aux yeux de la commission.¹⁷⁴

172. *Loi sur l'équité salariale*, *supra*, note 27.

173. *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics*, *supra*, note 158.

174. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, *supra*, note 45, p. 76.

Cela consacre une tendance, tant de la part des tribunaux que du législateur, à la technocratisation et à la banalisation du droit des femmes à l'égalité. Ce phénomène se manifeste non seulement par la privation de recours issus directement de la *Charte* mais aussi par les limites imposées à la réparation recherchée, lesquelles entravent le caractère systémique de cette dernière. On attend encore une analyse féministe de cette problématique. Car il n'est pas non plus à exclure que l'action efficace et informée des tribunaux faisant « concurrence » au Tribunal des droits de la personne produise, du point de vue des victimes, de résultats satisfaisants.

En résumé, les femmes attendent-elles trop de la *Charte* ? Il est impossible de trop attendre de la *Charte* si l'on reconnaît que cette dernière a pour fonction ultime et politique de promouvoir l'avènement d'une société québécoise plus juste. Mais il ne faudrait pas pour autant limiter le potentiel transformateur de la *Charte* à l'activité judiciaire. Plus au Québec qu'au Canada, les femmes n'ont jamais commis cette erreur.

La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation

Denis NADEAU*

I- Une hiérarchie normative à reconnaître... et à appliquer	403
II- Pour un déploiement optimal des droits de la personne	411
Conclusion : Assises d'un nouveau droit du travail au Québec	417

* Avocat, professeur titulaire, codirecteur des études supérieures en droit, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa.

Depuis l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹, le Québec vit une époque marquée par l'émergence des droits de la personne. Tous les secteurs d'activité ont été interpellés à des degrés d'intensité divers par un ou l'autre des volets des droits fondamentaux qui y sont formulés. Il en a été de même pour le monde des relations de travail. Le travail étant considéré au Québec et ailleurs au Canada comme « un élément fondamental de la vie d'une personne »², il était donc naturel que les droits de la personne aient une résonance toute particulière à l'égard de la relation d'emploi puisque le salarié, cette personne embauchée pour fournir une prestation de travail moyennant rémunération³, est également – est-il besoin de le rappeler – une « personne » titulaire de nombreux droits fondamentaux tout en étant simultanément l'objet, depuis plus de cent ans, d'un droit du travail possédant également une finalité de protection⁴. Si ce double par-rainage de la relation d'emploi ne constitue évidemment pas une aporie, celui-ci oblige néanmoins une redéfinition de l'ordre juridique régissant le droit du travail afin d'y inscrire le salarié – en tant que « personne » – au centre des préoccupations. La cloison classique prévalant entre le salarié, embauché pour fournir une prestation de travail pour le compte d'un employeur, et ce même individu, à titre de personne, a été supprimée à la suite de l'adoption de la *Charte*. Dorénavant, la formation, l'expérience, la capacité d'effectuer un travail – éléments à partir desquels un employeur fondait habituellement son évaluation d'un salarié – ne peuvent être isolées des aspects les plus inhérents de la personne même du salarié : son sexe, sa race, ses convictions religieuses, ses opinions, etc.⁵. L'employeur québécois ne peut plus se limiter à ne considérer que les seules conséquences pouvant découler d'un état personnel à l'égard d'une relation d'emploi (exemple : une absence du travail en raison d'un problème de santé) mais il doit également se préoccuper des causes de cet état et ce, même si celles-ci sont exclusivement liées à la personne du salarié. Dans le même ordre d'idée, les déclarations d'un salarié

1. L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte*).

2. *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 45.

3. Art. 2085 C.c.Q. ; voir également art. 1/1) *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 et art. 1(10) *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

4. À ce sujet, lire F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 101-134.

5. Pour une liste de ces droits fondamentaux, voir l'article 10 de la *Charte*.

ne peuvent plus être évaluées par son employeur à la lumière des seules circonstances d'un événement et de la théorie des sanctions disciplinaires généralement applicable en milieu de travail syndiqué mais doivent être examinées en tenant compte de la liberté d'expression⁶. Les exemples pourraient être multipliés en se référant cette fois à la liberté de croyance du salarié, à sa vie privée, etc.

Même si l'événement n'a pas été annoncé à grand renfort de publicité, l'introduction des droits de la personne dans les relations de travail a donc donné naissance au Québec et ailleurs au Canada à un « *nouveau salarié* » ; un salarié qui, en plus de ses attributs professionnels ou techniques, demeure, même lorsqu'il franchit la porte de l'entreprise qui l'emploie, pleinement investi de ses droits fondamentaux. Cette transformation n'est pas que pure théorie mais entraîne, depuis qu'elle est amorcée, une profonde remise en question des règles de base du droit régissant les relations de travail et le droit de l'emploi au Québec.

L'objet du présent texte ne vise pas à faire un bilan détaillé de l'évolution de la jurisprudence relative aux droits de la personne à l'égard du droit du travail depuis les trente dernières années. Comme dans plusieurs domaines du droit au Québec, une telle revue nous révélerait une progression d'abord lente et timide des droits de la personne dans le monde du travail pendant une quinzaine d'années et, par la suite, un net affermissement de son impact, une émergence devenue incontournable⁷. Nous entendons plutôt prolonger ici notre réflexion amorcée l'année dernière dans le cadre du colloque portant sur les quinze ans du Tribunal des droits de la personne⁸ et dégager, à l'occasion de ce trentième anniversaire de l'adoption de la *Charte*, deux aspects qui, par leur cumul, visent à brosser un tableau général de l'impact de la *Charte* dans le monde contemporain du travail. Dans cette veine, la première partie du texte jette un regard sur les difficultés ayant marqué l'essor des droits de la personne en matière de relations de

6. Voir à ce sujet le texte de C. BRUNELLE et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaider pour un espace critique accru », (2005) 46 *C. de D.* 847.

7. Relativement aux diverses phases de cette évolution, lire notre texte intitulé « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 153-173.

8. Pour les actes de ce colloque, lire *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, *ibid.*

travail depuis trente ans et fait principalement état – puisqu’il ne sert à rien de se complaire dans de grisâtres bilans – des pistes de solution qui ont été adoptées pour aplanir celles-ci. Dans une optique plus prospective, notre seconde partie évalue quels sont les différents moyens qui devraient être mis en œuvre afin de consolider les progrès constatés au cours des dernières années dans cette longue marche d’intégration des droits de la personne au monde des relations de travail et de l’emploi.

I- Une hiérarchie normative à reconnaître... et à appliquer

Les « droits de la personne », à titre de domaine spécifique du droit, ont été longuement perçus, dans le secteur des relations de travail comme, il est vrai, dans plusieurs autres, d’une manière contradictoire : à la lecture de la *Charte*, la première impression générale en était une de respect et de partage à l’égard des valeurs énoncées. Par ailleurs, la solennité de ces textes semblait éloigner les dispositions de cette loi de la réalité. En résumé, tous étaient en faveur des droits de la personne mais peu de gens en voyaient les possibles applications concrètes, hormis sûrement les cas flagrants de discrimination, dans le monde de l’emploi. Les premiers litiges ont largement illustré ce paradoxe où l’existence et l’impact des droits de la personne n’étaient pas remis en question mais leur portée réelle demeurerait néanmoins subordonnée à l’ensemble des principes applicables dans un milieu donné. Cela s’est avéré particulièrement dans le secteur des relations collectives du travail où, en dépit de la *Charte*, les employeurs ont continué longtemps d’invoquer le principe des droits de direction comme pierre angulaire de la plupart de leurs décisions alors que les syndicats prônaient de leur côté le caractère sacré des conventions collectives pour s’opposer à tout traitement particulier revendiqué par un salarié qui s’estimait victime de discrimination fondée sur la *Charte*.

En fait, une donne de base semblait être ignorée ou incomprise de plusieurs : la source législative des droits de la personne au Québec jouit d’une portée quasi constitutionnelle⁹. Cette hiérarchie des normes – concept juridique peu souvent invoqué en droit québécois à l’exception de la traditionnelle référence à la

9. Ce principe a été rappelé récemment dans l’important arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 ; 2005 CSC 35, par. 33 et 266.

Constitution canadienne – était néanmoins porteuse d'un bouleversement radical quant à l'articulation devant prévaloir entre les droits de la personne et le droit du travail. Il a pourtant fallu plusieurs années avant que cette évidence ne soit clairement énoncée par la Cour suprême du Canada et ceci sera fait dans le cadre d'une affaire dont la pertinence pour le droit québécois ne fait aucun doute même si elle émane de l'Ontario. Il s'agit de l'important l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*¹⁰. Rappelons brièvement, pour les fins de notre présentation et pour la personne à qui le droit du travail est moins familier, les principaux faits et enjeux de cette affaire.

Un employeur et un syndicat avaient convenu, dans le cadre de la négociation de la convention collective les unissant, de clauses classiques comme la reconnaissance du droit de gestion et de direction de l'employeur, une période d'essai pour les nouveaux salariés et le droit, pour un salarié, de contester par grief toute mesure disciplinaire si celle-ci n'était pas fondée sur un motif valable. Toutefois, les parties avaient prévu, à la clause 8.06a) de la convention collective, que « l'employeur pouvait, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable *et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage [...]* »¹¹.

Une telle clause d'exclusion de la procédure de grief pour le salarié à l'essai n'est pas, dans le secteur des relations de travail, atypique. En général, dans le cadre des négociations, l'employeur invoquera que cette disposition est nécessaire afin de lui permettre d'évaluer la personne nouvellement embauchée et ce, sans avoir à se conformer à l'ensemble des procédures sous-jacentes à la confection d'un dossier disciplinaire. Cette clause, en somme, résume bien un des principes de base de notre système de relations de travail au Québec et au Canada depuis soixante ans, soit celui de la liberté contractuelle¹². À l'intérieur des paramètres de l'entreprise visée par une convention collective, l'employeur et le syndicat – dans la mesure où ils respectaient l'ordre public – énonçaient ainsi ce que devait être la « *loi des parties* » qui les lierait

10. [2003] 2 R.C.S. 157 (ci-après *Parry Sound*).

11. *Supra*, note 10, par. 3, nos italiques.

12. Sur ce thème, lire G. HÉBERT, R. BOURQUE, A. GILES, M. GRANT, P. JALETTE, G. TRUDEAU, G. VALLÉE, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin Éditeur, 2003, p. 1-7.

pour une durée déterminée. Cette douce certitude sera ébranlée par les revendications d'une salariée à l'essai, Joanne O'Brien, qui avait été congédiée quelques jours après son retour d'un congé de maternité. En dépit de la présence de la clause 8.06 de la convention collective qui lui niait l'accès à l'arbitrage pour remettre en cause son congédiement, le syndicat de la salariée contesta cette mesure par grief en alléguant que cette dernière était victime d'une décision patronale discriminatoire, injuste, arbitraire et entachée de mauvaise foi. L'évolution de ce dossier a suivi la démarche classique de la procédure arbitrale : objection préliminaire de l'employeur à l'égard de la compétence de l'arbitre étant donné la présence de la clause 8.06a) précitée ; sentence arbitrale où le tribunal se reconnaissait le pouvoir et la responsabilité d'entendre et de trancher la question de la discrimination et, en révision judiciaire, décisions contradictoires de la part des tribunaux supérieurs sur cette question fort importante¹³.

Cet arrêt posait en fait d'une manière fondamentale toute la problématique de la hiérarchie des normes dans un contexte particulier où la préséance contractuelle représentait depuis quelques décennies le principe de base. Les divisions de la Cour suprême quant à la solution à apporter à ce pourvoi témoignent d'ailleurs de cette dualité de fond existant entre deux visions du droit qui se heurtaient. D'une part, les juges Major et LeBel ont retenu, dans leurs notes dissidentes, une approche d'interprétation que l'on pourrait qualifier de traditionnelle : dans le droit du travail au Canada – qu'il soit de *common law* ou de droit privé québécois – les parties à une convention collective (et ceci vaut également pour un contrat d'emploi) sont libres de définir les limites de leur entente dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas à des dispositions législatives explicites d'ordre public¹⁴. Dans le cadre de cette opération, les deux juges indiquaient que rien n'empêchait ainsi l'employeur et le syndicat d'exclure, par exemple, certains types de différends de la compétence de l'arbitre de grief, comme ceci avait été convenu pour le cas des employés à l'essai.

La liberté contractuelle – même si elle n'est pas absolue – se trouvait donc au cœur de la position des juges Major et LeBel. Pour ces derniers, cette liberté « sert l'intérêt public » en permettant aux parties « d'élaborer les ententes mutuellement avanta-

13. *Supra*, note 10, par. 6-13.

14. *Ibid.*, par. 94.

geuses particulièrement adaptées à leur situation, sous réserve d'une directive législative explicite »¹⁵.

La majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge Iacobucci, réfutera directement les arguments des juges dissidents et énoncera que « quelles que soient les intentions réciproques des parties contractantes »¹⁶, « les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont *contenus implicitement dans chaque convention collective* à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence »¹⁷. Pour la majorité de la Cour :

Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise comme il le juge indiqué, *mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi*.¹⁸

Alors que le silence des parties sur une question ou le fait d'exclure un sujet de la portée de la convention collective constituaient, pour les juges Major et LeBel, des manifestations de « l'aboutissement d'un processus de négociation parfois ardu »¹⁹, les juges majoritaires considérèrent pour leur part que :

L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. [...] Par conséquent, on ne peut pas déterminer les droits et obligations substantiels des parties à une convention collective en se reportant uniquement aux intentions réciproques qu'ont exprimées les parties contractantes dans la convention.²⁰

À notre avis, cet énoncé, prononcé dans le cadre d'un litige impliquant une représentation syndicale, doit également valoir à l'égard d'un contrat individuel de travail. En édictant que « certains droits et obligations *existent indépendamment des intentions subjectives des parties* »²¹, la majorité de la Cour suprême tirait fermement un trait sur les incertitudes et nombreuses hésitations du passé quant à la place déterminante que devaient occuper les droits de la personne au sein des relations de travail. Alors que la convention collective, dont les acquis étaient si fermement défendus par les syndicats, perdait son aura d'intangibilité au

15. *Ibid.*, par. 11.

16. *Ibid.*, par. 29.

17. *Ibid.*, par. 28. Nos italiques.

18. *Ibid.* Nos italiques.

19. *Ibid.*, par. 100.

20. *Ibid.*, par. 28 et 29.

21. *Ibid.*, par. 36. Nos italiques.

profit des droits de la personne, les droits de la direction de l'employeur, notion pourtant profondément ancrée dans notre système économique, voyaient également, et pour le même motif, leur superbe étiolée. Dorénavant, précisa la majorité de la Cour, « [...] le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi »²². Cette nouvelle définition des équilibres en présence s'avère sans contredit d'une importance capitale et ce, tant au Québec qu'ailleurs au Canada²³.

Mais cet arrêt possède, à notre avis, un souffle qui transcende ces divers aspects pourtant très importants. Dans le cadre d'une affaire qui, traditionnellement, aurait pu se régler essentiellement sur la base des principes connus de relations de travail, la Cour suprême a fait basculer – et ceci est majeur – l'ensemble de son analyse et de la solution retenue en se référant à « l'environnement » des droits de la personne. De cette façon, la Cour suprême établissait clairement que les droits de la personne n'étaient pas que de simples compléments à la relation d'emploi pouvant, selon les circonstances, être marginalisés ou écartés de la dynamique des relations de travail. Au contraire, la perspective d'intégration développée par la Cour a fait tomber tous ces murs qui semblaient empêcher, ou du moins considérablement ralentir, cette inévitable symbiose devant exister entre les droits de la personne et un de leurs creusets les plus naturels que représente le vaste monde de l'emploi.

Car, faut-il le reconnaître, le rapprochement entre les deux univers normatifs que sont les droits de la personne et le droit du travail s'est fait avec lenteur ; celle-ci étant d'ailleurs suspecte pour certains qui n'hésitaient pas à soulever que cette attitude dissimulait plutôt de la résistance du secteur des relations de travail aux principes universels des droits de la personne. À notre avis, ce retard dans la mise en application des droits de la per-

22. *Ibid.*, par. 23. Nos italiques.

23. Il importe de noter qu'au-delà de cette reconnaissance de la préséance des droits de la personne à l'égard du principe de la liberté contractuelle des parties prévalant traditionnellement en relations de travail au Canada, cet arrêt est également fort important puisqu'il consolidait, voire élargissait, la compétence des arbitres pour résoudre le plus complètement possible les griefs en milieu de travail syndiqué. Voir à ce sujet notre texte intitulé « L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation », (2004) 64 *R. du B.* 161.

sonne s'explique plutôt par cette inévitable « collision » entre deux domaines de droit qui, tout en partageant une même finalité de protection de la dignité et de l'égalité de personnes, se distinguent – du moins en ce qui concerne les rapports collectifs du travail – quant à leur philosophie respective. Alors que le droit des rapports collectifs – reconnu, rappelons-le, à la suite d'âpres luttes historiques²⁴ – repose essentiellement sur une approche substituant à l'autonomie de la volonté individuelle de chaque salarié un mécanisme de négociation et de représentation collective visant à assurer le renforcement de leur position « afin de contrebalancer le pouvoir des employeurs »²⁵, les droits de la personne privilégient pour leur part l'individu dans sa spécificité la plus intégrale. Dans le cadre du premier régime, le salarié n'est pas occulté mais ses droits sont subsumés dans un ensemble plus large qui, en raison de cet amalgame, devraient, du moins en théorie, être bonifiés. Pour leur part, les droits de la personne ne misent pas sur l'effet de levier du groupe mais placent plutôt les droits d'un individu au centre de l'échiquier.

De là à considérer que toute revendication d'un salarié fondée sur les droits de la personne contrevient, en raison de son caractère strictement individuel, à l'assise du régime des relations collectives du travail, il n'y a qu'un pas qui a été franchi par certains défenseurs du *Code du travail*. La « communauté de travail » avant la « personne » même du salarié, telle est, si on peut la résumer grossièrement, la perception qui pouvait être dégagée par certains à l'égard du traitement réservé aux droits de la personne par les syndicats et, par voie incidente, aux employeurs régis par des conventions collectives, aux arbitres qui interprétaient celles-ci, etc. Cette mauvaise réputation auprès des tenants des droits de la personne n'a pas semblé inquiéter le monde de l'emploi pendant plusieurs années tant ses protagonistes paraissaient convaincus d'œuvrer dans un univers particulier où, d'une façon ferme et légale depuis 1944²⁶, les parties au contrat collectif pouvaient édicter des normes juridiques obligatoires qui consti-

24. Sur l'évolution historique des syndicats au Québec, lire P. VERGE et G. MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.

25. Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211, 296 (J. Wilson).

26. En cette année, le législateur québécois adoptait la *Loi sur les relations ouvrières*, S.Q. 8 George VI (1944), c. 30 ; pièce centrale s'il en est une pour les relations collectives de travail au Québec puisqu'elle adoptait le régime du monopole de représentation en faveur du syndicat majoritaire et l'obligation correspondante pour l'employeur de négocier une convention collective avec ce syndicat.

tueraient essentiellement la « loi des parties » les régissant. Le traitement individualisé du cas d'un salarié n'était pas impossible mais, dans la perspective du système, celui-ci devait obligatoirement s'inscrire à l'intérieur des paramètres déterminés par la convention collective. Toute autre requête exigeant de tenir compte de caractéristiques propres d'un salarié (exemple : religion, sexe, handicap, etc.) se butait souvent au rempart quasi infranchissable de la règle de la majorité exprimée par le biais de la convention collective.

L'adoption de la *Charte* a donc donné naissance à un véritable « conflit de logiques » entre deux régimes ; l'un, établi depuis la milieu du XX^e siècle, qui a, par le biais de la négociation collective, joué un rôle historique « dans l'amélioration des conditions de travail des travailleurs de ce pays »²⁷ mais qui, après l'effervescence des Trente Glorieuses dont il épousait étroitement les objectifs de croissance²⁸, a commencé à connaître au cours des deux dernières décennies un essoufflement²⁹ alors que l'autre est en pleine émergence, correspond à l'inexorable montée des valeurs individuelles dans nos sociétés³⁰ et s'attaque sans relâche à toutes les formes de discrimination, directes et indirectes, existant dans le monde de l'emploi comme dans d'autres domaines. Il nous paraît difficile de ne pas déceler dans ce tableau d'ensemble certaines causes – innommées certes, mais bien réelles – de la passivité ou même de la résistance observée par le monde des relations collectives du travail à l'égard de la montée des droits de la personne. L'évolution du droit au cours des trente dernières années démontre qu'il ne suffit pas de proclamer dans un texte, aussi important soit-il, que des droits ont préséance et que l'ensemble de l'ordonnancement juridique doit dorénavant s'y conformer pour que tout s'opère instantanément. Comme on peut le consta-

27. Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique, *supra*, note 25, p. 326 (j. La Forest).

28. Nous nous référons ici à cette période de forte croissance économique qu'ont connue plusieurs pays occidentaux entre 1945 (après la fin de la Seconde Guerre mondiale) et le premier choc pétrolier de 1973.

29. Même si le Québec demeure la région la plus syndiquée en Amérique du Nord, les dernières statistiques révèlent que le taux de présence syndicale au Québec est passé de 41,8 % en 1997 à 40,5 % en 2005. (*La présence syndicale au Québec en 2005*, ministère du Travail, Direction des études et des politiques, Québec, 2006, p. 2). Notons, en comparaison, qu'en 1970, le taux de syndicalisation québécois était de 40 % (G. HÉBERT, *Traité de négociation collective*, Boucherville, Gaétan Morin Éditeur, 1992, p. 39).

30. Lire à propos de la montée de l'individualisme dans nos sociétés modernes, P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 366-371.

ter à la lecture de la majorité des autres contributions du présent ouvrage, l'adaptation d'un système normatif est lente et exige, au-delà des coups d'éclat du type de l'arrêt *Parry Sound*, une véritable conscientisation et ouverture de la part de toutes les personnes œuvrant dans un domaine. À ce titre, la perméabilité de l'ensemble des relations du travail aux principes découlant de la *Charte* passe d'abord, selon nous, par un changement de culture de ses intervenants, par une acceptation du principe que les droits collectifs ne sont pas antinomiques à des droits individuels et que si leur conciliation exige très souvent des compromis à la règle de la majorité qui s'exprime à travers la convention collective, une telle démarche peut s'intégrer fort bien à la mission des syndicats qui consiste, entre autres, de défendre les intérêts sociaux des salariés qu'ils représentent³¹. Si un tel changement d'attitude s'impose toujours dans le domaine du droit du travail, nous croyons que les intervenants spécialisés en droits de la personne doivent également adapter leur approche en fonction de la réalité du monde du travail et se défaire de certaines positions dogmatiques qui, trop souvent, contribuent plus à crispier les parties qu'à permettre des solutions raisonnables à des litiges. Pour les deux systèmes, il ne s'agit pas, à notre avis, de renoncer à leurs fondements mais d'accepter la part exogène qui se greffe à leurs normes et d'intégrer celle-ci dans une perspective de développement de la dignité de la personne humaine.

Certes, le chemin parcouru au cours des trente dernières années n'est pas sans fautes. Néanmoins, c'est avec une grande satisfaction que nous notons, à travers la lecture de décisions récentes de la Cour d'appel du Québec et de celles de plusieurs autres tribunaux judiciaires et quasi judiciaires³², les progrès accomplis en matière d'intégration des droits de la per-

31. À l'alinéa 1a) du *Code du travail*, « l'association de salariés » est définie comme un groupement de salariés constitué en syndicat professionnel [...] et ayant pour buts l'étude la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, *sociaux* et éducatifs de ses membres [...]. (nos italiques).

32. Nous nous référons ici à certaines décisions récentes de la Cour d'appel qui possèdent le mérite et ce, indépendamment des solutions retenues, d'avoir appréhendé les questions de droits de la personne dans un contexte de relations de travail avec rigueur et en tenant compte des tendances découlant de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : voir *infra*, note 35. Plus particulièrement, nous soulignons la décision rendue dans le dossier *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 c. Hydro-Québec*, D.T.E. 2006T-188 (C.A.), où la Cour d'appel, sous la plume du juge Hilton, procède à une analyse fort bien motivée de la question de l'accommodement raisonnable dans le cadre d'un dossier de congédiement d'un salarié souffrant d'un niveau élevé d'absentéisme au travail.

sonne en milieu de travail. On dira chez certains que cette embellie est tardive et encore trop timide compte tenu du caractère fondamental des droits en présence. Nous partageons à certains égards ces critiques et c'est dans cet esprit que nous examinerons, en seconde partie, les moyens qui doivent continuer d'être mis en branle dans le monde du travail afin de consolider au quotidien la place des droits de la personne.

II- Pour un déploiement optimal des droits de la personne

Qui aurait prévu, il y a encore quelques années, que l'obligation pour un salarié de résider dans une ville donnée pouvait être en contravention avec sa sphère d'autonomie protégée par l'article 5 de la *Charte*³³, que ce même raisonnement pouvait sanctionner l'exigence d'un travail à domicile sur un quart de nuit³⁴, que les clauses prescrivant la fin d'emploi automatique après un certain nombre de mois étaient vulnérables en droit³⁵, qu'une interprétation large de la notion de handicap devait être la règle³⁶ et qu'en matière d'accommodement, un employeur doit examiner *toutes* les mesures raisonnablement possibles au moment de procéder à l'évaluation d'un dossier³⁷ ? Voilà pourtant autant de questions, toutes plus significatives les unes que les autres lorsqu'on les situe dans le cadre de l'exécution d'une prestation de travail, qui ont donné lieu, au cours des dernières années, à des décisions où l'angle des droits de la personne découlant de la *Charte* ne s'est pas limité à « accompagner » la solution juridique retenue mais où cette perspective a véritablement défini l'issue de ces affaires et ce, en n'hésitant pas, lorsque requis, à remettre en question certains principes classiques de droit du travail.

33. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844.

34. *Syndicat des professionnelles du Centre Jeunesse de Québec CSN c. Desnoyers*, D.T.E. 2005T-206 (C.A.).

35. Voir, sur cette question, *Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.D.T. 639 et *Syndicat des employés de l'Hôpital Général de Montréal c. Centre universitaire de santé McGill*, [2005] R.J.D.T. 693 (C.A.). Cette dernière affaire a été portée en appel à la Cour suprême du Canada (n° 30941). Lire au sujet de ces décisions et de cette problématique en général, C. BRUNELLE et J. BOURGAULT, « Les absents ont-ils vraiment toujours tort ? Un commentaire des arrêts *CUSM* et *SPGQ* », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 265.

36. Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665.

37. *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 c. Hydro-Québec*, *supra*, note 32, par. 78.

L'impulsion se dégageant entre autres de ces décisions doit être maintenue mais nous estimons que celle-ci doit s'accompagner d'une démarche beaucoup plus globale et, dirions-nous, plus volontariste de la part des employeurs, des syndicats lorsqu'il y en a et des salariés. Tous les intervenants impliqués dans la relation d'emploi doivent, en effet, adhérer à la perspective d'intégration mise de l'avant par la Cour suprême et dont le salarié, en tant que personne, se trouve plus que jamais au centre des préoccupations. Cette personne est titulaire de droits et, nonobstant le silence des parties à leur égard, nonobstant les règles de la majorité et de la représentation collective qui supposent bien souvent des compromis, ces droits individuels sont fondamentaux et, vu leur nature, exigent d'être considérés d'une façon prioritaire par tous ceux qui sont liés au monde du travail.

Concrètement, cette démarche suppose, selon nous, que les employeurs et, lorsque présents, les syndicats adoptent une approche où chaque clause d'un contrat de travail ou d'une convention collective soit vue à travers le prisme des droits de la personne. Le temps de se limiter à la seule formulation d'un énoncé général selon lequel les parties devront se conformer à la *Charte* et aux droits de la personne est révolu puisqu'une telle méthode, à laquelle peu de gens résistent, ne fait que déplacer les problèmes d'application vers des lendemains qui, à défaut de balises, risquent d'être la source de difficiles et coûteux conflits. Les négociateurs de contrats et de conventions collectives doivent aller beaucoup plus loin et trouver une voie vers une « individualisation » des conditions de travail.

Les obligations formulées sans nuances, les sanctions automatiques, les exclusions sans justifications qui se retrouvent souvent dans des conventions collectives et contrats de travail devraient toutes être revues à l'aune des droits prévus à la *Charte*, puisque ceux-ci sont, d'essence, aux antipodes des généralisations et de solutions sans distinctions. Les parties aux conventions collectives et contrats de travail doivent plutôt opter pour la conception de dispositions permettant à un salarié de faire valoir, lorsqu'il le requiert, la spécificité de son état. Il ne s'agit pas, faut-il le préciser, de faire disparaître toute norme ou balise d'application générale dans une relation de travail mais de s'assurer que les bases d'une convention collective et d'un contrat de travail ne soient pas en opposition avec une possible application des droits

fondamentaux d'un salarié. Tout en s'inspirant des lignes directrices de la jurisprudence récente de la Cour suprême et même de la Cour d'appel, on peut imaginer l'adoption de clauses traitant des diverses facettes relatives à l'obligation d'accommodement dans des contextes d'exercice de liberté de religion et de situations de handicaps. Il devrait en être tout autant relativement à la question du respect de la vie privée au travail, de celle de la liberté d'expression pour les salariés.

Plusieurs de ces sujets soulèvent des problèmes complexes où s'entremêlent de nombreux niveaux de préoccupations. C'est lorsqu'il s'agit de déterminer, à titre d'exemples, les horaires de travail, la distribution des tâches, l'organisation du travail et la possibilité de faire valoir une critique à l'égard de l'employeur, que les droits fondamentaux d'un salarié peuvent entrer en conflit avec ceux de la majorité et ceux de l'employeur. De véritables clivages apparaissent inévitablement lorsqu'il s'agit de tracer les frontières de ce nouveau droit du travail. Jusqu'où l'accommodement revendiqué par un salarié peut-il avoir des incidences sur la prestation de travail d'un collègue ? Jusqu'où les structures d'accréditation syndicale découlant du *Code du travail* constituent-elles des obstacles au possible transfert d'un salarié qui a droit à un accommodement ? Jusqu'où le droit à la vie privée peut-il être concilié avec les besoins de sécurité et d'efficacité d'une entreprise ? Et que dire d'une liberté d'expression d'un salarié qui pourrait ébranler l'autorité d'un employeur, de ses gestionnaires, etc. ? Ces interrogations – et la liste de celles-ci est loin d'être exhaustive – illustrent non seulement l'ampleur de la tâche à laquelle les parties au contrat de travail et à la convention collective sont conviées mais également et surtout à la profondeur que doit revêtir celle-ci. Il ne s'agit pas, pour atteindre l'objectif d'une intégration des valeurs de la *Charte*, de se satisfaire de simples changements cosmétiques qui risquent que de ne susciter qu'une illusion de sécurité juridique mais de s'attaquer avec détermination à la base même de ces questions et de dégager des solutions qui devront souvent être d'avant-garde.

À ce titre, nous ne pouvons nous empêcher de souligner que le salarié non représenté par un syndicat ou une autre forme d'association professionnelle risque fort de se retrouver dans une situation délicate au moment de négocier son contrat de travail puisqu'il ne peut bénéficier, à moins de les engager lui-même, de

ressources juridiques afin de s'assurer de la conformité de son contrat avec les prescriptions de la *Charte*³⁸.

Ce qui vaut pour la phase de négociation doit également trouver écho, selon nous, sur le plan de la gestion courante des relations du travail. Les spécialistes en ressources humaines des entreprises doivent être non seulement sensibilisés aux droits de la personne – ce qui semble n'avoir été vraiment amorcé qu'au cours des dernières années – mais il importe que ces droits deviennent une référence de base dans le cadre de leurs actions et décisions quotidiennes. Il en est de même pour les officiers syndicaux qui, faut-il le reconnaître, sont appelés à concilier le lourd défi découlant de la nature foncièrement collective de leur représentation et des droits individuels de leurs membres et ce, dans une période où les revendications identitaires et les remises en question des décisions syndicales sont de plus en plus fréquentes³⁹.

Si le conflit entre ces pôles « collectif/individuel » est quelquefois inévitable et ne peut être résolu que par une adjudication de la part d'un tiers, nous croyons que les syndicats ne peuvent, pas plus d'ailleurs que les employeurs, abdiquer et faire de la voie judiciaire ou quasi judiciaire la seule solution face à ces nouvelles problématiques. Au contraire, ces derniers doivent – et ce, même si ceci suppose quelquefois de difficiles arbitrages – être proactifs et adopter des solutions innovantes où, en fonction des faits d'un dossier, il y aura une reconnaissance que les droits d'un salarié peuvent être différents de ceux des autres membres visés par une accréditation.

À cet égard, si le salarié non syndiqué n'a pas à composer avec les filtres inhérents à la représentation syndicale, il nous

38. Compte tenu des statistiques mentionnées précédemment à propos du taux de présence syndicale au Québec (*supra*, note 29), on comprend que près de 60 % de la main-d'œuvre québécoise n'est pas syndiquée.

39. Sur la question des revendications identitaires, lire C. BRUNELLE, « L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail », (2002) 57 *Relations Industrielles / Industrial Relations* 282, 286-288. Par ailleurs, selon des statistiques récentes, la Commission des relations du travail aurait reçu, depuis sa création en 2002, plus de 2200 plaintes de salariés invoquant des manquements à l'obligation de représentation prévue à l'article 47.2 du *Code du travail* : J. TREMBLAY, « Tensions au travail », *La Presse*, 14 août 2006, cahier Affaires, p. 1 et 4. Sans qu'on puisse parler d'un mouvement de fond de remise en cause du syndicalisme, ces chiffres démontrent assez clairement que les décisions prises par les responsables syndicaux sont de moins en moins à l'abri de contestations de la part de salariés qui entendent généralement faire valoir leurs droits, leur vision, etc.

semble que celui-ci peut se retrouver fort isolé lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits fondamentaux dans le cadre de la gestion courante des relations de travail. Certes, un salarié peut porter plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse s'il se croit victime d'une violation à certains droits prévus à la *Charte*⁴⁰ afin que celle-ci fasse enquête et formule éventuellement des mesures de redressement mais une telle démarche – tant en raison de sa lourdeur que du caractère d'extranéité qu'elle implique⁴¹ – risque de ne pas être empruntée par une personne qui tient d'abord et avant tout à conserver son travail. En fait, on peut croire que le recours aux mécanismes de plainte auprès de la Commission sera souvent réservé aux situations les plus sérieuses où le lien d'emploi est déjà menacé ou éteint. Cette situation nous préoccupe.

En somme, plutôt que d'envisager une vision où l'intégration des droits de la personne dans le monde du travail passerait essentiellement par l'approche judiciaire, nous préconisons un travail intensif en amont, là où se vivent les tensions et se prennent les décisions. Mais cette approche, pour qu'elle soit compatible avec les prescriptions d'ordre public de la *Charte*, ne doit pas être désincarnée de l'établissement des dispositions dont nous traitons précédemment et d'une revue de l'ensemble des politiques et procédures applicables dans une entreprise. Si l'adoption de la *Charte* n'a pas eu l'effet d'une baguette magique pour transformer rapidement le monde juridique du travail québécois, il serait naïf de croire que le secteur de la gestion des ressources humaines, qui est également aux prises avec de nombreuses pressions, de nouvelles tendances, y arrivera plus facilement. D'où l'importance de ce travail concret de mise en application de cette intégration que nous appelons.

En dépit de tous les efforts qui ont été et seront encore mis afin d'aplanir les difficultés liées à l'intégration des droits de la

40. Le droit de porter plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est prévu à l'article 74 de la *Charte*. Cette plainte ne peut porter qu'à l'égard d'une violation des droits relevant de la compétence d'enquête de la Commission (art. 71, 2(1)), cas de discrimination (art. 10 à 19 et 86) et exploitation des personnes âgées ou handicapées (art. 48).

41. Contrairement au représentant syndical qui, souvent quotidiennement, est en contact avec les gestionnaires de l'employeur pour discuter de dossiers impliquant des salariés, il est évident que les enquêteurs de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, extérieurs à l'entreprise et souvent peu renseignés sur le fonctionnement de celle-ci, apparaissent comme des tiers dans le monde du travail.

personne en droit du travail, le recours à des tiers afin de décider de certains problèmes complexes demeure immanquable. À ce sujet, nous estimons que l'arrêt *Parry Sound*⁴² a dessiné, d'une façon éclatante, quels sont les principes devant guider les arbitres de griefs lorsqu'ils ont à trancher des litiges impliquant une question de droits de la personne. En raison de la richesse de ce message, nous croyons que celui-ci devrait également inspirer la démarche de tous les adjudicateurs – membres de la Commission des relations du travail⁴³ ou juges des tribunaux québécois – au moment d'analyser une problématique droits de la personne/droit des relations du travail et droit de l'emploi.

Rappelons que dans l'arrêt *Parry Sound*, la majorité de la Cour suprême a reconnu que les arbitres ont non seulement le pouvoir et la responsabilité de mettre en œuvre les droits de la personne⁴⁴ mais que ceux-ci doivent faire respecter ces droits par l'employeur⁴⁵. De plus – et ceci nous semble d'une grande importance – la Cour a bien fait ressortir que ce rôle dévolu aux arbitres de griefs servait « à protéger les employés contre un usage abusif du pouvoir de gestion »⁴⁶, ceci ayant pour effet de renforcer la protection des droits de la personne, d'augmenter la possibilité pour les employés de faire valoir leurs droits et d'encourager l'observation des droits de la personne en milieu de travail.

À notre avis, tous ces termes retenus par la Cour suprême convergent vers une même finalité : en matière de droits de la personne, le rôle de l'arbitre – mais ceci devrait être également applicable *mutatis mutandis* aux autres organismes exerçant une fonction juridictionnelle – ne doit pas se limiter pas à la seule mise en œuvre des droits prévus à la *Charte* et autres codes et lois sur les droits de la personne mais ce rôle doit s'inscrire dans une perspective de protection et de renforcement de ces droits dans un milieu de travail⁴⁷.

42. *Supra*, note 10.

43. Par le biais du recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante prévu à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, les membres de la Commission des relations du travail, qui jouissent alors des pouvoirs de l'arbitre de griefs (art. 127 *L.n.t.* se référant à l'article 100.12 *C.t.*), peuvent et doivent trancher les questions de droits de la personne découlant de la *Charte* qui peuvent être invoquées.

44. *Supra*, note 10, par. 40, 43 et 45.

45. *Ibid.*, par. 49.

46. *Ibid.*, par. 51.

47. *Ibid.*, par. 52.

Ce cadre d'interprétation – qui pourrait sûrement être transposé dans d'autres domaines du droit québécois – est précieux. À l'attitude de neutralité retenue pendant plusieurs années par certains arbitres, commissaires et juges face au sens à donner aux droits de la personne en milieu de travail, la Cour suprême fait valoir une vision résolument engagée en faveur d'une pleine reconnaissance de l'épanouissement des droits de la personne. Partie intégrante de la philosophie d'intégration qui sous-tend l'ensemble de l'arrêt *Parry Sound*, la prise de position de la Cour suprême constitue, selon nous, un pilier central dans l'édification d'une théorie d'interprétation moderne et efficace des droits de la personne. Il ne reste qu'à souhaiter que cette politique ne reste pas lettre morte mais qu'elle devienne une règle d'interprétation usuelle lorsqu'un litige soulève une question de droits de la personne.

Conclusion : Assises d'un nouveau droit du travail au Québec

Nous écrivions en introduction que dans le prolongement de l'adoption de la *Charte*, un « nouveau » salarié s'était graduellement profilé dans le monde du travail québécois au cours des dernières années. En fait, ce nouveau salarié ne peut être vu isolément mais s'inscrit plutôt dans ce qui nous paraît comme un élément central du développement d'un tout « nouveau droit du travail » qui se définit, on l'a vu, par une ouverture accrue à l'égard de la personne même du salarié, de ses différences, de ses droits fondamentaux. Ce nouveau droit du travail n'est pas encore définitivement arrêté mais nul ne peut nier qu'il existe vraiment et qu'il se déploie à de nombreux niveaux. Certes, son élaboration ne va pas sans remettre en question des principes qui semblaient, encore il y a quelques années, indélébiles, ce qui soulève des tensions, des résistances et, à l'occasion, des reculs, des tergiversations. Mais, à notre avis, le mouvement donnant corps à ce nouveau droit du travail est fermement enclenché non seulement dans de larges pans de la pratique du droit du travail et de l'emploi mais également, et c'est probablement ici l'aspect le plus important, dans sa philosophie d'intervention et de gestion. Ceci ne signifie pas toutefois – et nous voulons nous garder de tout triomphalisme – que la discrimination dans l'emploi est totalement éliminée au Québec, que le respect de la vie privée des salariés ne pose plus de difficulté, etc. Au contraire, nous estimons que ces questions demeurent de grande actualité. Il est d'ailleurs

raisonnable de croire que les décisions des dernières années traitant de droits de la personne dans le monde du travail ne constituent qu'une première vague n'ayant principalement visé que les situations de discrimination ou d'empiètement à la vie privée les plus évidentes. Avec le vieillissement de la main-d'œuvre, la diversité culturelle toujours plus grande de cette dernière, la montée des préoccupations en matière de conciliation travail-famille, l'arrivée au travail de nouvelles technologies performantes mais souvent envahissantes, les délocalisations d'entreprises qui exigent des déplacements géographiques – et nous pourrions continuer cette liste encore longtemps – le monde du travail, tel un reflet de la société environnante, continuera d'être un carrefour où les droits du salarié, en tant que personne, se poseront avec beaucoup d'acuité. Ces nouvelles questions, mettant souvent en présence les intérêts opposés de salariés à la recherche du respect de leurs droits fondamentaux, d'employeurs qui veulent optimiser leurs profits ou leur performance et, lorsque présents, de syndicats qui cherchent des solutions applicables au maximum de salariés tout en voulant maintenir leurs acquis, continueront de susciter, au cours des prochaines années, des défis d'adaptation et d'intégration de taille. Si plusieurs syndicats semblent, du moins en ce qui concerne la défense de certains droits de leurs membres (exemple : atteintes à la discrimination et respect de la vie privée), avoir pris le virage des droits de la personne⁴⁸ – ce qui ne peut qu'être salué – la situation des salariés qui ne sont pas représentés par des syndicats paraît plus préoccupante en raison de l'isolement fréquent de ces personnes et d'un encadrement législatif qui n'est pas propice à l'exercice, en toute liberté et sans risque de représailles, des droits découlant de la *Charte*. Nous croyons qu'une réflexion sérieuse devrait être entreprise à cet égard afin de s'assurer que le domaine des rapports individuels du travail ne soit pas marginalisé dans l'actuelle percée des droits de la personne. Il serait en effet pour le moins paradoxal que ce soit à l'égard de salariés régis par les rapports individuels de travail que

48. Une telle approche semble vraiment inévitable puisque la Commission des relations du travail a décidé dans l'affaire *Chhuon c. Association des employés du Group Holiday inc.*, [2005] R.J.D.T. 784, que « [L]orsque les dispositions d'une loi sur les droits de la personne ou d'une loi du travail sont concernées par un conflit opposant un salarié à son employeur, il incombe à l'association d'intervenir, d'être proactive, de déployer des efforts additionnels et d'offrir un supplément de sensibilité au cas soulevé par le salarié qu'il (*sic*) représente » (par. 46). La Commission reconnaissait donc ainsi que l'obligation de représentation d'un syndicat envers ses membres englobait les droits de la personne découlant de la *Charte*. À nouveau, il s'agit là d'un effet direct et d'une grande importance de l'arrêt *Parry Sound*, *supra*, note 10.

les droits de la personne, de nature fondamentalement individuelle, puissent avoir le moins d'emprise.

Il est généralement de mise de terminer un texte avec une finale ouverte et positive. Ceci est encore plus vrai lorsqu'il s'agit de souligner un anniversaire. En l'espèce, le tableau qui se dégage de notre revue s'insère assez bien dans cette vision : si l'impact des droits de la personne en milieu de travail n'a pas été immédiat et a donné lieu à bien des approximations, la tendance semble être inversée et paraît prometteuse.

Cependant, et sans vouloir assombrir la fête, nous nous interrogeons quant à l'intensité de cette tendance et à la fermeté de son incrustation. Nous ne sommes pas sans remarquer – serait-ce là une simple coïncidence ? – que l'envol – si on peut utiliser ce terme – des droits de la personne dans le domaine du droit du travail correspond sensiblement à la période d'expansion économique soutenue qui a été connue au Québec et ailleurs au Canada à compter du milieu des années 1990. Des décisions de même nature que celles mentionnées auparavant dans ce texte où les droits de certains employeurs ont été considérablement réduits auraient-elles été prises dans un contexte de récession économique ou face à des patrons qui auraient allégué, pour expliquer certaines décisions, des difficultés économiques, des rationalisations, des réorganisations, etc. ? Nous aimons tous croire que le droit, tel que nous l'avons dégagé précédemment, continuera de s'épanouir en suivant la même trajectoire progressiste et généreuse envers les droits de la personne et que les courbes de développement économique n'ont rien à voir avec cette situation. Néanmoins, puisqu'il n'est pas possible d'ignorer que le monde du travail et celui de l'économie sont intrinsèquement liés, nous privilégions, à une conclusion béatement hédoniste, des conseils de saine vigilance pour s'assurer que l'évolution des droits de la personne en milieu de travail maintienne le cap de l'intégration et résiste à toute remise en question de cet objectif.

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*

Danielle PINARD

Introduction	423
1- Un lien incertain entre l'objet de la contestation et l'atteinte aux droits	424
(i) La primauté de la Charte : à l'égard des dispositions qui y <i>dérogent</i>	425
(ii) La qualité pour agir dans l'intérêt public	431
2- Des faits sociaux maltraités	434
(i) Le fondement rationnel	437
(ii) Le recours au sens commun	438
(iii) La déférence	441
Un jugement fondé sur un état de fait	442
(iv) Le formalisme.	443
3- La spécificité de la Charte québécoise ignorée	446
Conclusion	450

La Charte ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écarter » les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres les plus pauvres de la société.

Les juges Binnie et LeBel,
dissidents dans l'arrêt *Chaoulli*

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada a récemment célébré les trente ans de l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹. Elle l'a fait à sa façon, en déclarant que l'interdiction de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins médicaux et hospitaliers qui sont couverts par le régime public au Québec² portait atteinte au droit à la vie et à la sécurité protégé par cette Charte³. Elle l'a fait dans un jugement qui ne représente que l'opinion de 4 des 7 juges qui ont entendu la cause, et qui a infirmé les tribunaux québécois qui avaient principalement et

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, ci-après « la Charte québécoise », ou « la Charte » ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, ci-après « *Chaoulli* ». Une formation composée de sept juges a entendu la cause. La juge Deschamps y conclut à la violation des droits de la Charte québécoise dans une opinion qui reçoit l'appui de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Major. Il s'agit de l'opinion qui fait l'objet de la présente réflexion, et à laquelle on se référera comme « le jugement » ou « le jugement de la Cour ». La juge en chef McLachlin et le juge Major rédigent une opinion qui conclut à la violation des droits de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U., c. 11) [ci-après « la Charte canadienne »] et reçoit l'appui du juge Bastarache. La juge Deschamps refuse expressément de se prononcer sur cette question. Le juge Fish adhère à l'opinion dissidente des juges Binnie et LeBel, selon laquelle on ne peut conclure en l'espèce à la violation d'aucun des droits protégés par ces deux chartes.
2. Cette interdiction de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins médicaux et hospitaliers qui sont couverts par le régime public au Québec est prévue aux articles 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29 et 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28. Dans la suite de ce texte, on s'y référera comme à « l'interdiction ».
3. Le premier alinéa du premier article de la Charte se lit comme suit : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne ». Le jugement est ambigu quant aux volets précis de ce droit qui seraient violés en l'espèce. On y confirme la conclusion d'une atteinte au droit à la vie et à la liberté (par. 38), on y considère que le droit à l'intégrité de la Charte québécoise a une portée plus large que le droit à la sécurité de la Charte canadienne (par. 41), et on conclut enfin à l'existence d'une « atteinte au droit à la vie et à la sécurité » protégé par le premier article de la Charte québécoise (par. 45).

unanimement fondé leur opinion sur la Charte canadienne. On a déjà ici matière à inquiétude légitime.

La considération des conséquences de ce jugement à court, à moyen et à long terme dans un secteur d'activité étatique où les ressources sont rares et les choix déchirants décuple cette inquiétude. On a souhaité des soins de santé accessibles selon des critères de besoin et non de moyens. La donne a-t-elle changé avec l'arrêt *Chaoulli*⁴ ? Il est dommage qu'il s'agisse là du lieu choisi par la Cour suprême du Canada pour reconnaître ses titres de noblesse à la Charte québécoise. L'arrêt *Chaoulli* est en effet une décision éminemment discutable, tant du point de vue social et politique que de celui, plus étroit, de la méthode du droit. Ma façon de célébrer la Charte québécoise sera de démontrer certaines faiblesses méthodologiques dont l'arrêt *Chaoulli* fait preuve : l'opinion de la Cour est fondée sur un lien incertain entre l'objet contesté, soit l'interdiction d'assurances privées, et l'atteinte aux droits (1), elle semble ignorer certaines caractéristiques du traitement judiciaire des faits sociaux (2) et, au-delà du discours, ne pas rendre justice à la spécificité de la Charte québécoise (3).

1- UN LIEN INCERTAIN ENTRE L'OBJET DE LA CONTESTATION ET L'ATTEINTE AUX DROITS (ou De la confusion entre la source d'une violation des droits et l'interdiction de ce qui pourrait être une voie de solution pour certains)

Un lien incertain entre les dispositions législatives contestées et la violation alléguée fonde la conclusion de violation des droits dans l'arrêt *Chaoulli*. Cette faiblesse de l'analyse s'explique par une confusion entre la source d'une violation des droits et l'interdiction d'une voie de solution pour certains. Si cette confusion est inacceptable d'un strict point de vue logique, elle l'est encore

4. Voir, pour une discussion des impacts possibles de la décision, l'excellente analyse de A. PETTER, « *Wealthcare : The Politics of the Charter Revisited* », dans C.M. FLOOD, K. ROACH et L. SOSSIN, *Access to Care, Access to Justice : The Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, 116. Il y conclut de façon on ne peut plus éloquente, à la p. 131 : « In rising to new heights of judicial activism, the Supreme Court of Canada in *Chaoulli* has exposed the depths of the *Charter's* regressive vision of rights. More frighteningly, it has embraced this vision to undermine a program that lies at the core of Canada's commitment to social justice, and has done so at a time when that program is already under severe stress from the pressures exerted upon it by market forces and globalisation ».

plus dans le contexte juridique d'un recours que l'on considère comme fondé sur la primauté de la Charte québécoise (i) et qui est présenté par des demandeurs à qui l'on a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public (ii).

(i) La primauté de la Charte : à l'égard des dispositions qui y dérogent

Considérée sous l'angle des questions de faits sociaux, la décision présente une particularité fondamentale : la Cour semble y fonder sa rapide conclusion de l'existence d'une violation des droits⁵ sur une proposition elliptique, sur des postulats factuels implicites et non vérifiés.

Ces postulats serviront de contexte de réception des arguments de justification exigés du gouvernement québécois. C'est à la lumière de ces conclusions de fait que sera entendue l'argumentation justificative apportée par l'État. Ces conclusions factuelles sont dès lors tenues pour acquises aux fins de la suite du raisonnement, elles font partie du décor factuel et informatif à la lumière duquel seront reçus les arguments apportés au soutien de la justification de l'atteinte. Pour reprendre une terminologie connue, les arguments de justification ne sont pas reçus dans un « vide factuel » : c'est une cour déjà convaincue de certaines propositions factuelles qui les entend. S'il est vrai que la justification doit toujours être élaborée en tenant pour acquises les conclusions factuelles qui fondent la détermination de la violation, il est cependant pour le moins inhabituel que ces conclusions factuelles soient aussi implicites, non démontrées et controversées que celles qui fondent dans l'arrêt *Chaoulli* la conclusion de violation des droits. Le fardeau de justification imposé à l'État est alors considérable. Sans qu'il en paraisse, la cause est ainsi à toutes fins utiles décidée dans les quelques paragraphes consacrés à la démonstration de la violation.

Dans une première partie du jugement, consacrée à l'identification de la violation des droits, et donc logiquement préalable à l'étude d'éventuelles justifications ou encore de possibles sanctions ou réparations, la Cour a rapidement et laconiquement conclu que « la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité »⁶

5. La partie du jugement consacrée à cette question ne compte en effet que huit paragraphes : par. 37 à 45.

6. Par. 45.

protégé par le premier article de la Charte québécoise. Cette conclusion ne peut qu'être fondée sur l'acceptation (expresse ou non) de certaines propositions factuelles. La Cour estime tout d'abord justifiée l'affirmation selon laquelle il y a « de graves problèmes dans certains secteurs de la santé » au Québec⁷, notamment en matière de délais d'attente qui sont tels qu'ils constituent dans certains cas une atteinte au droit à la vie et à la sûreté. La Cour arrive à cette conclusion sans discuter de la cause ou de la source de ces délais. Elle en conclut ensuite et ce, sans apporter davantage de précisions, que la prohibition d'assurance constitue une atteinte à ces mêmes droits de la Charte, en ce que « les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente »⁸.

Le lien entre des délais d'attente pour obtenir des soins et d'éventuelles atteintes aux droits semble direct, en ce que l'on comprend aisément que, dans certains cas, l'attente de soins médicaux pourra mettre en péril la santé physique, psychologique ou même la vie de certaines personnes. La corrélation entre cette atteinte aux droits et l'interdiction de souscrire des assurances privée demeure cependant plus complexe, plus indirecte et plus conjecturale. En quoi l'atteinte au droit à la vie et à la sûreté de personnes en attente de traitements est-elle liée à l'interdiction de souscrire des assurances privées ? Ou, pour paraphraser la Cour, en quoi la prohibition d'assurances constitue-t-elle une atteinte aux droits à la vie et à la sécurité ?

L'existence de cette corrélation est au cœur de la cause. Elle constitue, rappelons-le, le fondement de la seule demande faite aux tribunaux : si on invoque une violation du droit à la vie et à la sûreté, c'est en fait uniquement et exclusivement l'interdiction de souscrire des assurances privées que l'on conteste. Les demandeurs revendiquent l'accès aux assurances pour des soins privés. Ils ne demandent ni une réorganisation du réseau public de santé, ni un réinvestissement financier par l'État⁹. La question du lien

7. Par. 38. La Cour cite ici et avec approbation des propos du jugement de première instance.

8. Par. 45.

9. C'est ce que précisent en ces termes la juge en chef McLachlin et le juge Major, au par. 103 : « Les appelants ne sollicitent pas une ordonnance enjoignant au gouvernement d'investir plus d'argent dans les soins de santé ; ils ne sollicitent pas non plus une ordonnance enjoignant de réduire les délais d'attente pour un traitement qui existent dans le système de santé public ». On l'a vu, les demandeurs allèguent que les délais d'attente mettent en péril des droits protégés, et demandent pour cette raison à la Cour de déclarer contraire à la Charte l'interdiction de souscrire des

entre l'interdiction et l'atteinte aux droits est donc fondamentale. Le mécanisme par lequel la Charte assure la protection des droits contre les atteintes de source législative¹⁰, soit la place de la Charte québécoise dans l'ordonnancement juridique, exige une élucidation de ce lien.

Appliqué au contexte qui nous intéresse, l'article 52 de la Charte québécoise prévoit en effet qu'« aucune disposition d'une loi [...] ne peut déroger » au droit à la vie et à la sûreté de la personne¹¹. La logique juridique va à cet égard comme suit : la primauté de la Charte porte par définition sur les *dispositions législatives qui dérogent* aux droits protégés, et le succès d'une contestation fondée sur la Charte, soit le prononcé du caractère inopérant d'une disposition jugée contraire aux droits qu'elle protège¹², devra logiquement entraîner la cessation de la violation des droits. Il s'agit de la mise en œuvre de la primauté de la Charte dans l'ordre de droit, une règle d'ordonnancement dans la hiérarchie des normes juridiques québécoises, soit une question distincte de celle d'une demande de réparation personnalisée présentée par une victime de violation de ses droits¹³.

Un certain lien de causalité doit donc exister entre la violation de droits alléguée et la disposition législative contestée. Lorsque le recours est fondé sur l'article 52 de la Charte québécoise, soit sur la primauté de cette dernière dans l'ordonnance-

assurances privées. À cet égard, la Cour fait montre d'un respect pour le moins inhabituel à l'égard de la formulation de la proposition du demandeur. Rarement aura-t-on vu la Cour suprême se sentir autant liée par la conceptualisation du problème par ce dernier. L'approche méthodologique privilégiée à cet égard par la Cour semblait plutôt avoir été jusqu'à maintenant de conserver le dernier mot, l'ultime contrôle de la logique de l'argumentation. Ainsi, en matière de droits à l'égalité, si elle accepte que le demandeur puisse initialement identifier les individus ou le groupe avec lequel il souhaite être comparé, la Cour a précisé que la décision ultime à cet égard revenait aux tribunaux, et elle a elle-même, à quelques reprises, reformulé la comparaison d'une façon déterminante pour l'issue de la cause : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357 et *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [2004] 3 R.C.S. 657.

10. La Charte protège les droits et libertés dans les rapports de droit privé et à l'encontre des actions gouvernementale et législative.
11. L'article 52 de la Charte québécoise se lit comme suit : « 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 ».
12. Sur cette sanction de caractère inopérant, plutôt que d'invalidité, voir *infra*, texte qui accompagne et suit la note 97.
13. L'article 49 de la Charte confère « à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

ment juridique québécois, la contestation doit logiquement porter sur la source, la cause, ce qui donne lieu à la violation des droits, sur les dispositions législatives qui *dérogent* aux droits protégés. Les règles législatives qui prévoient les interdictions d'assurances contestées dérogent-elles au droit à la vie et à la sûreté ? Posons la question autrement : la déclaration judiciaire du caractère inopérant de l'interdiction de souscrire des assurances privées mettra-t-elle un terme à la violation alléguée de droits des personnes qui vivent les délais d'attente du système public ? Une réponse positive heurte le sens commun et requiert des justifications.

Le lien factuel entre cette interdiction et les atteintes aux droits peut être abordé sous un angle individuel et sous un angle collectif ou systémique¹⁴. Les demandeurs invoquent l'impact individuel de l'interdiction au soutien de leur allégation de violation des droits. Cet impact individuel est au mieux indirect, et n'est avéré qu'à l'égard d'une certaine catégorie de personnes déterminée par ses moyens financiers. L'atteinte aux droits, dans la mesure où elle existe, prend sa source directe dans les délais d'attente du public. Un impact individuel et direct de l'interdiction de souscrire des assurances privées sur l'atteinte aux droits est inexistant ; au mieux on pourra établir un lien indirect. Ce dernier peut être évalué dans l'abstrait, par un raisonnement logique, et consiste tout simplement en la privation d'une voie d'évitement des délais du public dont certains seulement pourraient se prévaloir.

À une échelle individuelle, devient en effet incontournable la question des effets distincts de l'interdiction selon les moyens financiers dont jouissent les personnes en attente de traitement dans le réseau public¹⁵. Posons tout d'abord comme hypothèse

-
14. L'impact collectif de l'interdiction sur les délais d'attente du public, et donc sur les délais systémiques, est controversé ; il implique des faits sociaux et est difficile à évaluer. Certains invoquent la nécessité de l'interdiction pour la préservation de l'intégrité du réseau public de soins et suggèrent que la légalisation des assurances privées entraînerait dans son sillon une migration de personnel vers un nouveau secteur lucratif, annulant d'autant tout allègement éventuel des listes d'attente. D'autres prétendent au contraire que la levée de l'interdiction réduirait les listes d'attente et donc les violations de droit y afférentes. Cet impact collectif n'est pas invoqué aux fins de l'établissement de la violation. Il ne sera considéré qu'à l'étape de la justification d'une éventuelle violation de droits, là où l'État assume le fardeau de preuve.
 15. Cette considération des effets distincts de l'interdiction selon les moyens financiers dont jouissent les personnes en attente de traitement n'est pas le fruit d'une « réaction émotive » (*Chaoulli*, par. 16). La confrontation entre les riches et les pauvres en matière d'accès à des services de santé privés existe dans la réalité. Il ne s'agit pas de la vue d'un esprit troublé par l'émotion.

que, dans le respect des principes acceptés en matière de santé – soit un accès selon les besoins et non selon les moyens – peuvent être en attente de traitement dans le réseau public tant les Québécois riches que ceux qui sont pauvres ou ceux qui appartiennent à la classe moyenne.

Les « personnes très fortunées »¹⁶, les « gens très riches »¹⁷ peuvent certes voir leur droit à la vie et à la sécurité compromis par les délais d'attente du public, mais des moyens financiers privilégiés leur permettent d'emprunter une voie d'évitement, soit l'accès à d'autres services de santé, offerts au privé et qu'ils paient¹⁸. Il est donc difficile d'identifier l'impact qu'a sur ces personnes riches l'interdiction contestée. Elle ne les empêche pas d'avoir accès à d'autres soins, considérant leur fortune personnelle, elle leur rend tout simplement la chose plus coûteuse.

L'impact le plus considérable de l'interdiction est celui qui est subi par les personnes qui ne peuvent payer elles-mêmes des soins privés, mais qui auraient cependant les moyens de souscrire des assurances qui en couvriraient le coût¹⁹. À leur égard, la Cour se réfère aux « Québécois qui sont prêts à déboursier pour avoir accès à des soins de santé »²⁰, aux « personnes à revenu moyen »²¹, alors qu'il s'agit, pour la juge en chef et le juge Major, des « Canadiens ordinaires »²². Les délais d'attente du public peuvent entraîner la violation de leurs droits, et l'interdiction les prive concrètement – à cause de leurs moyens financiers existants mais limités – de l'accès à une voie parallèle des soins privés. L'interdiction prive donc *certains* individus d'un moyen de *contourner* le lieu de la violation des droits, moyen qui serait pour eux à la fois nécessaire et accessible.

16. L'expression se retrouve au par. 55 du jugement.

17. L'expression se retrouve aux par. 106 et 111 de l'opinion de la juge en chef et du juge Major.

18. Puisqu'un système de santé privé parallèle accessible par voie d'assurance privée – dont la mise en œuvre résulterait vraisemblablement de la réussite de la contestation – n'existe à ce jour pas au Québec, on ne peut présumer ici que ce système serait plus rapidement accessible ou encore de qualité meilleure, comparable ou moindre. Parlons tout simplement d'accès à *d'autres* soins de santé.

19. Dans un document de consultation publié par le gouvernement du Québec postérieurement à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Chaoulli*, on affirme que « l'accès aux services de financement privé est régi par les mécanismes de marché et n'est ouvert qu'aux personnes qui disposent de ressources financières suffisantes et aux travailleurs ayant accès à un régime collectif » : QUÉBEC, *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, Document de consultation, février 2006 ; ci-après *Garantir l'accès*, p. 44.

20. L'expression se retrouve au par. 4.

21. L'expression se retrouve au par. 55.

22. L'expression se retrouve au par. 128.

Les Québécois pauvres²³ vivent comme les autres les délais d'attente du public, avec les violations de droit y étant afférentes. Ils n'ont cependant pas les moyens de se payer des assurances privées. L'interdiction n'a à leur égard aucun impact concret ou réel. C'est leur pauvreté qui leur interdit des voies d'accès à autre chose, qui fait en sorte qu'ils ne pourraient pas se prévaloir de la solution des soins privés assurés. La levée de l'interdiction n'aurait pour eux aucun impact individuel.

L'impact individuel de l'interdiction sur les droits est donc indirect et différent selon les moyens financiers des personnes en attente de traitement. L'impact le plus réel de l'interdiction est celui qui est vécu par les personnes qui ne peuvent payer le coût de services de santé privés, mais qui auraient les moyens de souscrire des assurances qui, elles, en couvriraient le coût. Il s'agit d'un impact fort délimité. À l'intérieur de ce champ d'application, peut-on dire que l'interdiction est la source de la violation ?

L'interdiction n'est la cause, la source d'aucune violation de droits. Elle n'entraîne aucun délai d'obtention de soins. Elle empêche l'accès à ce qui, pour certains, pourrait constituer une voie d'évitement, leur solution individualisée qui laisserait intacte la source de la violation des droits, s'il en est. Un prononcé du caractère inopérant de l'interdiction ne mettra pas fin à la violation des droits. L'interdiction empêche les Québécois qui ont les moyens de souscrire des assurances privées d'éviter les délais du public et les violations de droit y afférentes. Ils pourraient y échapper, *n'était-ce de [but for] l'interdiction*²⁴. Même dans ce seul champ d'application circonscrit, l'interdiction n'est donc pas la source de la violation, elle ne constitue en fait que la privation d'une voie d'évitement. Elle joue le même rôle que la pauvreté : elle empêche l'accès à des solutions individuelles. En ce sens, l'interdiction ne participe pas plus à la violation des droits que ne le fait la pauvreté. Il semble dès lors difficile d'affirmer que la règle de l'interdiction *déroge* aux droits à la vie et à la sécurité. Or, on l'a vu, la compétence que confère aux tribunaux la règle de la primauté de la Charte québécoise prévue à l'article 52 ne porte que sur les dispositions qui dérogent à certains des droits qu'elle pro-

23. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19, p. 44 : « Selon les statistiques fiscales de 2002 ... [l]es contribuables ayant un revenu inférieur à 20 000 \$ produisent quant à eux 48 p. cent des déclarations [de revenu] ».

24. Cette formulation se retrouve au par. 111 de l'opinion de la juge en chef et du juge Major.

tège. Cette règle est la seule qui puisse être invoquée en l'espèce, considérant l'intérêt juridique particulier reconnu aux demandeurs.

(ii) La qualité pour agir dans l'intérêt public

En effet, dans une affaire comme celle qui nous intéresse ici, où l'on a reconnu aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public, ces derniers ne peuvent solliciter une réparation en vertu de l'article 49 de la Charte québécoise. Seul l'article 52 de la Charte est alors source de compétence pour la Cour, et cette disposition ne permet qu'une seule chose : le prononcé du caractère inopérant de *dispositions législatives qui dérogent* aux droits protégés.

La question de l'intérêt juridique pertinent reçoit dans l'arrêt *Chaoulli* un traitement équivoque. Qui à la fois résulte et participe de la confusion fondamentale entre la source de la violation des droits – les délais – et la prohibition d'une possible voie d'évitement pour certains – l'interdiction. D'entrée de jeu, la Cour reconnaît aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public, en application des critères de l'arrêt *Borowski*²⁵. Elle précise que « les questions soulevées touchent à l'intérêt public », et que « la question n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre »²⁶. Or, au terme du jugement, après avoir souligné que la conclusion recherchée par les demandeurs ne résout pas nécessairement le problème des listes d'attente et que d'ailleurs ils n'avaient pas cette responsabilité²⁷, la Cour ajoute : « [i]l leur incombait seulement de prouver que *leur* droit à la vie et à l'intégrité de *leur* [sic] personne était violé »²⁸. La juge en chef McLachlin et le juge Major amorcent d'ailleurs leurs propos par une précision sur ce qui est recherché par les demandeurs, soit « une décision qui *les* autoriserait à souscrire une assurance *leur* donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromettent *leur* santé et *leur* sécurité »²⁹.

Cette formulation semble incompatible avec l'esprit d'un recours fondé sur l'intérêt public. Dans le cadre d'un tel recours,

25. *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. Voir le par. 35 dans *Chaoulli*.

26. Par. 35. Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente au par. 188.

27. Voir *infra*, texte qui accompagne la note 33.

28. Par. 100, je souligne.

29. Par. 103, je souligne.

les demandeurs ne sont pas devant les tribunaux pour obtenir une réparation individuelle à titre de victimes de violation de droits dont ils sont personnellement bénéficiaires. Ils se présentent à titre de défenseurs de *l'intérêt public*. « The interest which he or any other member of the public is entitled to vindicate is « the right of the citizenry to constitutional behaviour » by public bodies », écrit à ce sujet Barry Strayer³⁰. La reconnaissance judiciaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public permet certes d'invoquer la violation des droits d'autrui. Cette possibilité est en fait inhérente à la raison d'être de la création judiciaire de ce nouveau concept d'intérêt en droit public. Puisqu'on leur a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public, les demandeurs en l'espèce ont donc sans conteste l'intérêt requis pour invoquer la violation du droit à la vie et à la sûreté de personnes qui sont en attente de soins dans le secteur public, sans avoir à démontrer qu'ils font partie de ce groupe. Mais ont-ils l'intérêt pour solliciter une déclaration dont seul un groupe économique dont ils font partie pourra profiter ? Cette possibilité semble aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend cette question de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Dans le contexte de la Charte québécoise, l'octroi de la qualité pour agir dans l'intérêt public a pour conséquence de limiter le débat à la question de la primauté de la Charte ; devrait donc en être exclue, par définition, toute recherche de solutions individuelles. Les propos que l'on retrouve dans l'opinion dissidente sont à cet égard on ne peut plus clairs : en raison de l'intérêt juridique qui leur est reconnu, les appelants soulèvent ici une « contestation systémique »³¹, et un éventuel échec de cette dernière « ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière »³².

* * *

La déclaration du caractère inopérant des dispositions législatives qui prévoient l'interdiction ne mettra pas un terme à la violation des droits à la vie et à la sûreté. La logique juridique est pourtant claire. La primauté de la Charte québécoise se manifeste dans une règle de hiérarchisation expressément prévue par le

30. B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1988, p. 188.

31. Par. 189.

32. *Ibid.*

législateur : en cas de conflit entre les dispositions de la Charte qui protègent certains droits et d'autres dispositions législatives québécoises, les premières prévaudront et les secondes seront déclarées inopérantes. La déclaration du caractère inopérant des dispositions qui dérogent à ces droits de la Charte devra mettre un terme au conflit, donc à la violation des droits, et ces derniers reprennent alors leur plein effet juridique. Une requête en jugement déclaratoire fondée sur la primauté de la Charte québécoise et présentée par des demandeurs à qui l'on a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public ne peut que solliciter une déclaration du caractère inopérant de dispositions législatives qui dérogent aux droits de la Charte.

Considérant la conclusion non équivoque du jugement, selon laquelle la violation des droits résulte des délais d'attente, il est donc à tout le moins surprenant d'y lire que « la conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente »³³. La Cour est candide : le prononcé du caractère inopérant de l'interdiction ne mettra pas un terme à la violation de droits que la Cour estime démontrée. Considérant la logique de la Charte québécoise, c'est la preuve que le jugement est mal fondé.

La déclaration permettra en principe une voie d'évitement, accessible à certains. Il est à cet égard significatif que l'on se réfère parfois en doctrine à la « réparation » accordée dans *Chaoulli*³⁴. Les délais d'attente du public continueront à entraîner des violations de droits pour tous les autres³⁵. L'assimilation de l'interdiction d'une voie d'évitement d'une violation de droits dont certains seulement pourraient profiter à la source de cette violation a des conséquences lourdes pour les suites de l'analyse à laquelle procède la Cour. Puisqu'elle conclut que *l'interdiction* est la mesure qui porte atteinte aux droits, c'est autour de cette interdiction que

33. Par. 100.

34. Voir, par exemple, A. PETTER, *loc. cit.*, note 4, p. 119 : « What about the remedy adopted by the Court ? » ; C.J. WRIGHT, « Different Interpretations of "Evidence" and Implications for the Canadian Healthcare System », dans C.M. FLOOD, *op. cit.*, note 4, 220, p. 231 : « As a result it allowed that private health insurance is an appropriate remedy ».

35. L'image évoquée par Tommy Douglas (1904 -1986 ; il a notamment été premier ministre de la Saskatchewan et chef du Nouveau Parti démocratique, considéré comme l'instigateur de l'assurance-maladie au Canada et nommé le plus grand Canadien à la suite d'un concours mené par le réseau anglais de Radio-Canada en 2004), citée dans A. PETTER, *ibid.*, semble ici tout à fait appropriée : « Every Man for himself said the elephant as he danced among the chickens ».

se concentrera le débat de justification. Il reviendra à l'État de justifier cette règle de l'interdiction, dont on n'a pourtant pas démontré qu'elle était la source de la violation.

2- DES FAITS SOCIAUX MALTRAITÉS

Des faits sociaux jouent un rôle de premier plan dans l'arrêt *Chaoulli*³⁶. On s'y interroge en effet sur le fonctionnement du système public de services de santé au Québec, sur les délais d'attente de soins et leurs conséquences, ainsi que sur la question de l'accès à des services privés assurés. Les quelques balises floues déjà posées par la Cour suprême à l'égard du traitement de ce type de faits semblent ici ignorées³⁷. Les faits sociaux y sont maltraités. Les tribunaux canadiens ont longtemps abordé les causes constitutionnelles dont ils étaient saisis comme de pures questions de droit. À partir de plaidoiries d'avocats enthousiastes³⁸, ils interprétaient la loi contestée et les dispositions constitutionnelles invoquées, déterminaient leur compatibilité et, le cas échéant, donnaient priorité à la Constitution sur une loi jugée incompatible. C'était une époque calme, où seuls les juristes étaient considérés comme des acteurs légitimes dans le prétoire, et où les juges « tranchaient », c'est-à-dire qu'ils décidaient de la meilleure interprétation et de la meilleure solution.

Depuis la fin des années quatre-vingt, surtout quand la *Charte canadienne des droits et libertés* est invoquée, on reconnaît de plus en plus la pertinence du contexte factuel des contestations constitutionnelles. Les juges ont réclamé de la preuve, tant pour la démonstration d'une violation de droit que pour son éventuelle justification. De prime abord, on ne peut que louer cette quête de connaissance, cette soif de savoir. On ne souhaite plus une justice aveugle : on veut plutôt une justice qui voit, qui sait, et qui com-

36. Sur cette question, voir, par exemple, H. STEWART, « Implications of *Chaoulli* for Fact-Finding in Constitutional Cases », dans FLOOD, *op. cit.*, note 4, 207.

37. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême s'est prononcée à l'occasion sur la nécessité d'un traitement particulier des faits de société. Ses propos peuvent facilement être adaptés au contexte d'un litige fondé sur la Charte québécoise, puisqu'ils sont essentiellement fondés sur l'incertitude des connaissances à l'égard de ces faits sociaux, sur leur rôle dans l'activité législative et judiciaire, et sur les ressources institutionnelles requises par leur évaluation.

38. L'expression est du juge Cory dans un jugement qu'il écrit pour la Cour dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, et dans lequel il sonne le glas de cette époque du formalisme enthousiaste. Il y écrit, à la p. 362 : « Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes ».

prend le monde. Mais on ne peut passer sous silence le fait que cet aménagement des questions constitutionnelles sur un fondement factuel, que leur insertion dans une structure de preuve et de fardeaux de preuve, confère aussi un avantage stratégique aux juges. Elles peuvent ainsi, se berçant d'une illusion de certitude, se retrancher derrière la question des fardeaux de preuve, « observer » qu'on a, ou non, relevé le fardeau de prouver ou de justifier une atteinte à des droits ; plutôt que de « décider »³⁹.

Si les choix étatiques en matière de soins de santé, comme ceux qui sont discutés en l'espèce, reposent en partie sur des évaluations factuelles controversées, ils sont en réalité essentiellement fondés sur des jugements de valeurs que, par définition, on ne pourra jamais entièrement justifier de façon empirique. Les services de santé au Canada sont ainsi structurés sur un fondement de principe, sur un tel jugement de valeur : ces services sont offerts en fonction des besoins, et non pas en fonction des moyens. Or, dans l'arrêt *Chaoulli*, la Cour prétend être en mesure de statuer sur la justification de limites apportées aux droits et libertés en matière d'accès aux soins de santé en évacuant toute la dimension axiologique inhérente et en se fondant exclusivement sur des questions de faits et de fardeaux de preuve. L'exercice est périlleux. D'une part, il repose sur un choix éminemment discutable de critères de validité. Il crée une illusion de certitude, dans un secteur de la vie sociale qui ne s'y prête pas. D'autre part, et c'est ici notre objet d'intérêt, il requiert, dans les limites de ce choix, une rigueur interne que l'on ne retrouve pas dans l'arrêt *Chaoulli*.

Il s'agit en fait d'une illustration exemplaire de la problématique du traitement judiciaire des faits sociaux en contexte constitutionnel ou quasi constitutionnel. La question en litige en est certes une de droit, soit l'adéquation de la prohibition de souscrire une assurance pour des soins de santé privés, qui sont par ailleurs assurés par le régime public, aux exigences de la Charte québécoise en matière de droit à la vie et à la sécurité⁴⁰. Mais cette question de droit prend appui sur un fondement factuel d'une nature particulière. On ne s'interroge pas sur des faits propres aux par-

39. Voir D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 *Supreme Court Law Review* (2d) 213. Il est intéressant de remarquer à cet égard que pour les juges Binnie et LeBel, dissidents dans l'arrêt *Chaoulli*, « la charge de la preuve ne joue pas un rôle déterminant quant à l'issue de l'affaire en l'espèce » (par. 276).

40. Voir la section précédente, sur le lien incertain entre la violation alléguée et la source invoquée.

ties au litige. On ne se demande pas qui a fait quoi où et comment, pour reprendre la célèbre formulation de Davis à propos de ce qu'il a appelé les « adjudicative facts »⁴¹. On ne se demande en principe⁴² pas si les droits des demandeurs, soit messieurs Chaoulli et Zélotis, ont été violés. C'est du fonctionnement général du système de santé, des délais d'attente qu'il engendre, et de l'accès à des assurances pour des services privés que l'on tirera les conclusions factuelles qui fonderont la réponse à la question de droit. Il s'agit d'exemples paradigmatiques de faits sociaux, de ces « legislative facts » qui sont extérieurs à l'expérience des parties immédiates au litige, qui sont de caractère social, économique ou politique, et à propos desquels les connaissances demeurent incertaines et controversées⁴³.

Les tribunaux ont été saisis de causes mettant notamment en jeu l'impact de la pornographie⁴⁴ ou de la publicité relative aux produits du tabac⁴⁵, la situation linguistique au Québec⁴⁶, l'existence de certains préjugés raciaux⁴⁷, de préjugés à l'égard de personnes accusées d'infractions sexuelles sur des enfants⁴⁸ ou encore de « sympathies raciales »⁴⁹, les conséquences du fait de recevoir 170 \$ par mois d'aide sociale⁵⁰ ou encore l'existence d'un syndrome de douleur chronique⁵¹. La présence de ce type de faits devant les tribunaux n'est donc pas nouvelle. À l'occasion des premières contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême a rapidement reconnu que ces faits de société relevaient souvent d'évaluations

41. K.C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harvard L. Rev.* 364. Voir D. PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.

42. Voir *supra*, texte qui accompagne et suit la note 25, sur l'ambiguïté des propos des juges de la Cour quant à la question de l'intérêt juridique des demandeurs.

43. Sur cette distinction entre différents types de faits, voir *supra*, la doctrine citée à la note 41. Pour une discussion critique de l'exactitude des conclusions factuelles qui sous-tendent les opinions majoritaires dans l'arrêt *Chaoulli*, voir C.M. FLOOD, M. STABILE et S. KONTIC, « Finding Health Policy "Arbitrary" : The Evidence on Waiting, Dying, and Two-Tier Systems », dans C.M. FLOOD, *op. cit.*, note 4, 296.

44. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

45. *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

46. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Entreprises WFH c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.), permission d'appel refusée par la Cour suprême le 12 décembre 2002.

47. *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128.

48. *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863.

49. *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458.

50. *R. c. Gosselin*, [2002] 4 R.C.S. 429.

51. *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin ; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

et de preuves scientifiques contradictoires, et mettaient en jeu la répartition de ressources limitées. Elle en a sagement conclu qu'en ces matières, les tribunaux devaient « garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif »⁵².

La Cour a donc convenu de la difficulté d'appliquer strictement à ces faits de société des règles de preuve développées à propos d'un tout autre type de faits. Elle a ainsi, de façon cependant plus ponctuelle que systématique, développé certains aménagements. Elle a reconnu un objet de preuve distinct (i), accepté des arguments de sens commun (ii) et fait montre d'une certaine déférence (iii). Consciente, donc, des difficultés inhérentes au traitement judiciaire de ces faits sociaux, la Cour a néanmoins insisté sur l'importance de tenir compte du contexte, et mis en garde contre un formalisme abstrait jugé inadéquat en matière de droits et libertés (iv).

(i) Le fondement rationnel

On a ainsi reconnu que l'exercice d'un jugement raisonnable était parfois tout ce qui pouvait être légitimement demandé du législateur, « surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées »⁵³. La jurisprudence de la Cour suprême a donc développé un objet de preuve particulier en matière de faits sociaux, soit le fondement rationnel de la croyance législative en l'existence de certains faits de société, plutôt que l'existence de ces faits en tant que telle. Cet objet particulier tient compte du caractère distinct de ces faits, par nature difficiles à évaluer avec certitude et précision, et à propos desquels les connaissances sont incertaines et souvent controversées. À propos, par exemple, du lien entre la publicité et l'usage du tabac⁵⁴, de l'évaluation du préjudice causé aux enfants par la possession de pornographie juvénile⁵⁵ ou encore du caractère minimal de l'atteinte à la liberté

52. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où l'on retrouve le propos suivant, à la p. 993 : « Pour trouver le point d'équilibre entre des propos concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. »

53. *Ibid.*, p. 989-990.

54. *RJR-McDonald*, précité, note 45.

55. *Sharpe*, précité, note 44.

d'expression causée par l'interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants⁵⁶, la Cour s'est satisfaite de la démonstration du caractère raisonnable de l'évaluation législative.

L'impact réel de l'interdiction de souscrire des assurances privées, ou encore de son absence, sur les délais du système public se situe dans un champ factuel tout aussi incertain que ces autres faits de société à propos desquels la Cour n'a exigé qu'une évaluation législative raisonnable. Il est donc pour le moins curieux que le jugement majoritaire n'ait pas accepté de seulement considérer un tel objet de preuve. Au contraire, la majorité semble même reprocher à la Cour supérieure et aux juges dissidents de la Cour de s'appuyer sur une « crainte raisonnable » du législateur quant à l'impact de l'établissement d'un système de soins privés⁵⁷. Contrairement à ce que semble avancer la Cour, l'objet à prouver – qu'il s'agisse d'un fait ou du fondement rationnel de la croyance législative en l'existence de ce fait – et le degré de preuve applicable – la prépondérance – sont deux questions différentes. On peut très bien se satisfaire du fondement raisonnable de l'évaluation législative d'une situation factuelle, et maintenir à cet égard une exigence de démonstration par prépondérance des probabilités⁵⁸.

(ii) Le recours au sens commun

Parmi les aménagements mis en place par la Cour suprême à l'égard du traitement des faits sociaux, on retrouve la précision selon laquelle une preuve scientifique n'est pas nécessaire dans tous les cas, et une reconnaissance du fait que la réflexion judiciaire sur ces faits inclut inévitablement d'autres sources que la preuve comme telle, comme le recours exprès⁵⁹ au « sens commun » et aux « déductions logiques ». On accepte en effet l'inéluctable impossibilité de prouver chacun des éléments factuels requis pour établir certaines propositions de faits de société, et

56. *Irwin Toy Ltd.*, précité, note 52.

57. *Chaoulli*, opinion majoritaire, par. 68 ; opinion dissidente, par. 176.

58. Voir, notamment sur cette distinction entre objet et degré de preuve, D. PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 405. *Contra* : opinion majoritaire, par. 68.

59. Le recours au sens commun est un élément essentiel du raisonnement de l'être humain. La nouveauté jurisprudentielle n'est que la reconnaissance expresse de cette réalité.

l'on consent ainsi à compléter un raisonnement factuel par le recours à des arguments de sens commun.

On a ainsi accepté « une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction » pour établir la justification du crime de possession de pornographie juvénile⁶⁰. Le juge Iacobucci a même affirmé qu'en matière de justification, « l'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens »⁶¹. Acceptons d'emblée que le recours au sens commun est loin d'être anodin. Le sens commun est une notion éminemment complexe, floue, perméable à divers préjugés et qui pourtant constitue inévitablement un des éléments qui structurent la pensée humaine⁶². On ne souhaite pas faire ici l'apologie ou la dénonciation du recours judiciaire (explicite ou implicite) au sens commun.

Ce qui est cependant remarquable, dans l'arrêt *Chaoulli*, c'est la connotation négative que l'on semble associer à la notion de sens commun. Dans les affaires précédentes dans lesquelles la Cour a eu recours au sens commun, la notion est traitée comme un élément positif, essentiel et inhérent au raisonnement sur les faits. On a certes, à l'occasion, souligné les dangers que le sens commun agisse comme véhicule d'arbitraire ou de préjugés, mais le recours au sens commun a généralement été présenté de façon positive.

Or, dans l'arrêt *Chaoulli*, la notion semble prendre une tout autre connotation, à tout le moins au plan rhétorique. Le recours au sens commun y semble implicitement associé à une faiblesse de l'argumentation. À propos de la preuve de ce qu'elle appelle les « réactions humaines », la Cour affirme que certains témoins

60. La juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Sharpe*, précité, note 44, qui écrit au par. 78 : « Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* [...] ».

61. Le juge Iacobucci dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, note 45, écrit, au par. 184 : « Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante ».

62. D. PINARD, « Le recours à des arguments de sens commun dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel », dans Gérard V. *La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, le second volume d'une série publiée par le Canadian Legal History Project de la Supreme Court of Canada Historical Society, Winnipeg, 2000, 381.

entendus en première instance se sont appuyés sur leur sens commun, et elle écrit, à propos de l'insuffisance d'un tel fondement :

Il est vrai qu'une preuve scientifique ou empirique n'est pas toujours nécessaire, mais dans un cas où les arguments sont censés être fondés sur la logique ou le bon sens, les témoins devraient être en mesure de faire appel à des faits caractéristiques justifiant leur conclusion.⁶³

Dans une opinion fondée sur la Charte canadienne, la juge en chef et le juge Major évaluent les positions qui s'opposent en l'espèce à propos des liens entre l'exclusivité et l'amélioration des services de santé du public comme étant en partie des « arguments opposés, mais non prouvés, qui sont fondés sur le « bon sens » et qui ne représentent rien de plus que des opinions »⁶⁴. Ils insistent sur le fait que les tribunaux doivent « procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories »⁶⁵.

L'opinion des juges dissidents comprend une rubrique ainsi libellée : « Les experts reconnus par la juge de première instance ne se sont pas seulement fondés sur le “bon sens” »⁶⁶. Ils précisent que si ces experts « ont fait montre de “bon sens” »⁶⁷, leur témoignage reposait sur un fondement plus large. On comprend certes que ces considérations relatives au sens commun ne constituent pas la *ratio* de la décision dans l'arrêt *Chaoulli*. Elles démontrent peut-être, une fois de plus, que la force d'attraction d'un argument de sens commun est directement proportionnelle à sa correspondance à l'opinion préalable du décideur.

L'appel au sens commun en est un de dernier recours, de désespoir. Il n'est pas surprenant que la notion ait reçu une certaine reconnaissance judiciaire expresse dans le contexte de la preuve de faits sociaux difficiles, sinon impossibles à évaluer scientifiquement. Dans le contexte particulier de l'arrêt *Chaoulli*, le fait que les parties aient eu à recourir à des arguments de sens commun que la Cour a estimés contradictoires, aurait peut-être dû être reçu comme une incitation à une forme de déférence à l'égard de l'autorité législative.

63. *Chaoulli*, par. 64.

64. Par. 138.

65. Par. 150.

66. Rubrique qui précède le paragraphe 214.

67. Par. 214.

(iii) La déférence

La jurisprudence antérieure de la Cour a reconnu l'à-propos d'une certaine forme de déférence à l'égard de la détermination législative de l'existence de faits sociaux. Parce que l'état des connaissances quant à ces faits est inévitablement fragmentaire, parce que les parlementaires jouissent à l'égard de l'évaluation de ces faits de ressources institutionnelles nettement supérieures et parce qu'un prononcé judiciaire fondé sur une évaluation indépendante de ces faits ne jouira que de la force ou de la faiblesse de cette évaluation, entre autres, la Cour a souligné l'importance de traiter avec un certain égard les conclusions factuelles auxquelles en sont arrivées les institutions parlementaires⁶⁸.

La Cour consacre 13 paragraphes du jugement dans l'arrêt *Chaoulli* à la considération expresse du « niveau de déférence requis » dans l'évaluation de la justification apportée par l'État québécois⁶⁹. Elle conclut de son analyse que « le présent dossier constitue un bon exemple de cas où les tribunaux disposent de tous les outils nécessaires à l'évaluation de la mesure gouvernementale »⁷⁰, et ne semble pas considérer qu'il s'agisse en l'espèce d'une cause où les circonstances militent en faveur d'une déférence importante. Il s'agit d'une évaluation discutable, comme en fait foi l'opinion dissidente.

Ce qui est remarquable, du point de vue de l'analyse rhétorique, c'est que la façon dont la Cour aborde ici la déférence judiciaire a pour effet de rendre cette option inacceptable. La déférence est présentée comme un ingrédient à considérer après une analyse rigoureuse, *ex post facto*, comme une possibilité de « tricher ». « Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve. S'agit-il cependant d'un cas où la Cour devrait faire preuve de déférence ? »⁷¹, peut-on lire dans le jugement. La réponse logique à une question ainsi formulée est évidemment négative.

Si la déférence judiciaire peut avoir un quelconque sens, en contexte de contrôle de constitutionnalité, ce ne peut être qu'à

68. Voir, dans le même sens, le sage propos rapporté par FLOOD et al., *loc. cit.*, note 4, p. 315 : « Justice Albie Sachs of South Africa's constitutional court has written of how judicial lack of expertise regarding the technical complexities of socioeconomic policy should correspond to judicial modesty ».

69. Cette discussion se retrouve aux par. 85 à 98.

70. Par. 96.

71. Par. 84.

titre d'approche intégrée à toutes les étapes de l'analyse. Présentée comme un ingrédient final, artificiellement ajouté de façon à remettre en question *a posteriori* les résultats d'une première analyse complétée et présentée, celle-là, comme objective, l'option de la déférence est déconsidérée.

Un jugement fondé sur un état de fait

Le caractère précaire d'un jugement fondé sur une évaluation de faits sociaux milite en faveur d'une certaine déférence dans la révision judiciaire de l'évaluation de ces mêmes faits par les institutions démocratiques. Un jugement jouira de la force de persuasion et de la pérennité des principes sur lesquels il est fondé. De la même façon, un jugement dont le pivot consiste en l'évaluation ponctuelle d'un état de fait de société, s'il peut présenter l'avantage d'être ancré dans une pertinence concrète et immédiate, risque cependant de n'être justifié que dans la mesure de la qualité de son évaluation des faits, d'une part, et que pour la durée d'existence de ces mêmes faits, d'autre part.

La juge en chef et le juge Major le reconnaissent expressément dans *Chaoulli*, quand ils écrivent que si l'interdiction de souscrire une assurance privée est inconstitutionnelle « lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables »⁷², elle pourrait cependant fort bien être permise dans d'autres circonstances factuelles plus favorables⁷³. Ces juges confirment ainsi qu'un jugement directement fondé sur l'évaluation d'un état de fait de société est en quelque sorte temporaire. Il ne vaut que tant que persiste le fondement factuel sur lequel il repose.

Le gouvernement québécois comprend fort bien la chose, lorsqu'il décide qu'une levée de l'interdiction limitée à certains services, associée à d'autres réformes, constitue une réponse adéquate au jugement⁷⁴. Ce qu'il compte ainsi faire, c'est modifier l'état de fait qui a amené la Cour à rendre inopérante l'interdiction. Le juge La Forest a déjà, il y a longtemps, mis en garde contre la précarité des prononcés d'inconstitutionnalité fondés sur une évaluation factuelle par définition transitoire. « Il n'est pas sou-

72. Par. 158.

73. « [D]ans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun », écrivent-ils au par. 158.

74. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19. Voir *infra*, la conclusion du présent texte.

haitable, a-t-il écrit, qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux »⁷⁵.

Le problème est considérable, et difficile à résoudre. On a toujours associé la chose constitutionnelle à une certaine stabilité, à une forme de pérennité. Il est probable que les valeurs et les principes d'une société soient plus constants que les situations factuelles à propos desquelles le législateur décide d'intervenir⁷⁶. Selon les circonstances, cette précarité des jugements fondés sur une évaluation judiciaire indépendante de situations factuelles sociales complexes peut jouer en faveur d'une certaine déférence à l'égard des conclusions auxquelles en sont arrivées les institutions parlementaires. Cette préoccupation semble absente des considérations du jugement majoritaire.

(iv) Le formalisme

L'approche privilégiée dans l'arrêt *Chaoulli* semble finalement ignorer certaines des préoccupations qui découlent d'une reconnaissance judiciaire de l'importance des faits en matière de droits et libertés : la considération des conséquences, la prise en compte du contexte et le rejet du formalisme. Les mesures législatives relatives à la santé au Canada « reposent sur une politique d'accès aux soins de santé fondée sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social »⁷⁷. Il s'agit d'un choix de société fait par des représentants élus de la population. Or, à une échelle individuelle, l'impact concret de la déclaration judiciaire sollicitée par les demandeurs et émise par la Cour dans l'arrêt *Chaoulli* dépend des moyens financiers de chacun. Il s'agit en effet d'une cause dont une particularité étonnante et néanmoins fonda-

75. Le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 196.

76. La Cour suprême a refusé une belle occasion de se prononcer sur la question de la longévité de jugements d'inconstitutionnalité expressément fondés sur des évaluations de faits sociaux. On a invoqué dans l'arrêt *Entreprises W.F.H.*, l'arrêt *Ford*, rendu plus de dix ans auparavant par la Cour suprême sur le fondement d'une preuve de faits sociaux relative à la situation linguistique au Québec. La juge de première instance aurait exigé une nouvelle preuve de justification. La Cour supérieure, confirmée en cela par la Cour d'appel, a au contraire appliqué le principe du *stare decisis*. La Cour suprême a refusé d'entendre un appel de cette décision : *Entreprises W.F.H. ltée*, précité, note 46.

77. Opinion dissidente des juges Binnie et LeBel, par. 164.

mentale est que la possibilité de se prévaloir du jugement, pourtant fondé sur une Charte de droits, est tributaire de la capacité de payer des individus.

De la part d'une Cour qui a tant insisté sur l'importance de connaître et de tenir compte de l'impact véritable des décisions judiciaires en matière de droits et libertés, sur les vertus d'une méthode contextuelle, et sur les dangers du formalisme, on était en droit de s'attendre ici à une discussion concrète de cette particularité de la cause. Cette discussion est pourtant absente. Le jugement procède d'une logique abstraite et formelle que l'on pouvait croire bannie du discours judiciaire en matière de droits et libertés.

Impact des décisions

Tôt dans l'histoire de la Charte canadienne, la Cour s'est montrée préoccupée de l'importance des décisions qu'elle était appelée à rendre. Elle a souligné les « incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada »⁷⁸ que pourraient avoir ces décisions. Elle a précisé qu'il pouvait être « souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée *et le résultat des décisions possibles la concernant* »⁷⁹.

Les coûts des assurances pour des soins de santé privés et l'impact distinct du jugement selon les moyens financiers des personnes en attente de traitement comptent parmi les questions auxquelles un tribunal qui se préoccupe des impacts de ses décisions aurait dû s'intéresser.

Méthode contextuelle

La mise en œuvre d'une méthode contextuelle dite indispensable en matière de droits et libertés aurait aussi exigé que l'on délaisse les généralités sur le fait que *les Québécois* étaient privés de l'accès à une solution⁸⁰ pour aborder concrètement la question des soins de santé dans son « contexte historique, social et économique »⁸¹. La mère de la méthode contextuelle, madame la juge

78. Mackay, précité, note 38, p. 361.

79. *Ibid.* Je souligne.

80. Je souligne. *Chaoulli*, par. 45 : « Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente... »

81. *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, par. 66, où l'on a insisté sur l'importance de mettre en œuvre une méthode contextuelle en matière de droits et libertés.

Wilson, a souligné que l'importance du contexte consistait notamment en ce que les droits pouvaient avoir des valeurs différentes selon les situations factuelles particulières⁸².

Dangers du formalisme

Le formalisme et l'abstraction ne sont pas considérés comme des vertus dans l'analyse des droits et libertés. La Cour suprême a depuis longtemps mis en garde contre les apparences trompeuses que peut créer une approche fondée sur de telles caractéristiques. En matière d'égalité, par exemple, on a reconnu qu'un traitement égal pouvait engendrer des inégalités⁸³, et on a insisté sur l'importance de protéger une égalité matérielle et non simplement formelle⁸⁴. Le formalisme se présente ainsi dans *Chaoulli*. On prononce le caractère inopérant de l'interdiction, de telle sorte que tous les Québécois auront accès aux assurances privées en matière de soins de santé, auront droit à un « traitement identique ». Or ce traitement identique « engendre de graves inégalités » en ce que, concrètement, seules des personnes bénéficiant de certains moyens financiers pourront s'en prévaloir. Or le préambule de la Charte québécoise reconnaît que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ».

Seule une vision formaliste et désincarnée, pourtant déjà rejetée avec véhémence, peut fonder une affirmation selon laquelle un prononcé de caractère inopérant de l'interdiction des assurances privées mettra un terme aux atteintes au droit à la vie et à la sûreté causées par les délais d'attente du système public. Il n'y mettra pas fin ; il ne pourra qu'autoriser un groupe de Québécois définis par ses moyens financiers à avoir accès à une voie d'évitement de ces délais. L'interdiction de souscrire des assurances privées, tout comme son prononcé d'inopérance, est *prima facie* d'application générale. Tout comme l'est l'interdiction de coucher sous les ponts. Mais comme cette dernière, au-delà du formalisme, elle n'a un impact concret qu'à l'égard de certaines catégories de personnes. Les pauvres ne sont pas plus interpellés par l'interdiction de sous-

82. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355.

83. « Il faut cependant reconnaître dès le départ, [...] que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités », le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

84. Voir notamment *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 671.

crir des assurances privées en matière de santé que ne le sont les riches par l'interdiction de coucher sous les ponts.

3- LA SPÉCIFICITÉ DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE IGNORÉE

La Cour a choisi de rendre un jugement exclusivement fondé sur la Charte québécoise alors que la Cour supérieure, le tribunal de première instance qui a entendu la preuve, a consacré un jugement long et détaillé à l'étude de la compatibilité des dispositions contestées avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la Cour d'appel du Québec a confirmé à l'unanimité ce jugement de première instance. Le souci légitime d'éviter que ne tombent en désuétude les lois fédérales et provinciales de protection des droits, exprimé par le regretté juge Beetz dans l'arrêt *Singh*⁸⁵ et réitéré dans l'arrêt *Chaoulli*, est fort louable. Il est cependant paradoxal que ce choix de rendre jugement en vertu de la Charte québécoise, présenté en l'espèce par la Cour comme une reconnaissance de la spécificité du Québec telle que manifestée dans un document unique de protection des droits⁸⁶, ait dû se réaliser au mépris des analyses développées par les tribunaux de cette province.

S'« il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la Charte canadienne »⁸⁷, la décision de rendre en appel un jugement fondé sur la Charte québécoise alors que les tribunaux du Québec se sont fondés sur la Charte canadienne exigera cependant une parfaite intelligence de cette Charte québécoise, de ses subtilités et de sa distinction. Or, malgré un discours formellement préoccupé de la spécificité de la Charte québécoise, « le fruit de la volonté législative de l'Assemblée nationale du Québec »⁸⁸, certaines caractéristiques textuelles qui font partie de l'originalité du droit québécois en matière de protection de droits et libertés sont absentes des considérations explicites du jugement de la majorité et n'y font pas l'objet d'une exégèse pourtant requise⁸⁹.

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

86. La Cour écrit, au par. 31 de l'arrêt *Chaoulli* : « Décider les questions en litige en ayant recours à la Charte québécoise permet donc de valoriser un instrument propre au Québec... »

87. Par. 26.

88. Par. 25.

89. Voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the Post-*Chaoulli* Era », dans le présent numéro.

Il est par exemple significatif que le préambule de la Charte québécoise rappelle le droit de tous les êtres humains à une égale protection de la loi, ainsi que les liens inexorables entre les droits des uns, ceux des autres et le bien-être général⁹⁰. Est tout aussi éloquente l'harmonisation de la Charte avec le Code civil québécois, à laquelle fait référence la Disposition préliminaire de ce dernier⁹¹. De même, le libellé de la disposition limitative de la Charte québécoise est particulier en ce que ses deux alinéas réfèrent à la relativité des droits qu'elle protège tant en ce qui concerne leur exercice⁹² qu'en ce qui concerne les limites que la loi peut leur apporter. La Charte prévoit en effet que « les libertés et les droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec », et que « la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice »⁹³.

La Charte québécoise protège en effet les droits tant dans les rapports de droit privé qu'à l'encontre d'interventions législatives ou gouvernementales. L'incorporation des préoccupations de l'ordre des droits humains dans le droit commun québécois fait en sorte de faciliter l'intégration de considérations communautaires dans le traitement des droits et libertés. De même, la primauté de la Charte québécoise dans l'ordre juridique de la province s'exprime principalement et précisément dans une règle de hiérarchisation en cas de conflit de normes législatives, applicable dans le cas de certains droits et assujettie à une possibilité de dérogation expresse⁹⁴. On a vu que ce mécanisme juridique particulier est déterminant à l'égard de l'identification de la source de la violation des droits⁹⁵.

Ce mécanisme est aussi fort pertinent en ce qui concerne le sort des dispositions incompatibles et l'à-propos de la suspension judiciaire des effets de cette primauté. Le jugement majoritaire fondé sur la Charte québécoise ne contient pas de conclusion en droit, en ce qu'il ne va pas jusqu'à nommer son ultime résultat juridique. Les réponses de la Cour ne sont en effet que les suivantes : les dispositions législatives qui prévoient l'interdiction por-

90. Les juges Binnie et LeBel rappellent ces considérations, au par. 269.

91. Les juges Binnie et LeBel rappellent cette disposition, au par. 277.

92. Les juges Binnie et LeBel le notent, au par. 269.

93. Charte québécoise, art. 9.1.

94. Voir le texte de l'article 52 de la Charte, reproduit à la note 11.

95. Voir *supra*, texte accompagnant les notes 11 et s.

tent atteinte de façon injustifiée aux droits garantis par la Charte québécoise⁹⁶. Quel est donc l'état du droit, au lendemain de ce prononcé ?

La décision de la Cour de rendre un jugement fondé sur la Charte québécoise alors que les instances inférieures s'étaient plutôt fondées sur la Charte canadienne donne lieu à un certain nombre d'obligations morales, notamment à celle d'explicitier la portée juridique d'une conclusion d'incompatibilité rendue en vertu de la première. Les dispositions contestées et celles de la Charte québécoise ont été adoptées par le même législateur. La Cour conclut à l'existence d'un conflit entre elles. La logique juridique veut qu'en cas de conflit entre deux règles de droit qui font partie d'un même ordre juridique, l'une aura priorité et l'autre deviendra non pas invalide mais bien *inopérante*, c'est-à-dire qu'elle sera privée d'effets dans la mesure du conflit⁹⁷.

La primauté de la Charte québécoise dans l'ordre juridique québécois est prévue à son article 52. Cette disposition opérationnalise la primauté de la Charte québécoise par une règle de hiérarchisation ainsi formulée : aucune disposition d'une loi ne peut déroger à certains articles de la Charte⁹⁸. Un tel mécanisme de hiérarchisation expressément établi par le législateur pour les cas de conflits entre deux normes qu'il a lui-même adoptées n'est pas unique⁹⁹. De plus, et même en l'absence d'une telle intervention législative, la Cour suprême du Canada a prévu un principe général de primauté des lois de protection des droits¹⁰⁰.

En l'espèce, la conséquence juridique du jugement, en conformité avec les prescriptions de l'article 52 de la Charte, est donc le prononcé du caractère inopérant des dispositions législatives qué-

96. Chaoulli, par. 101.

97. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999. Il écrit, à la p. 450 « Le mode ordinaire de solution des conflits de loi, c'est celui qui consiste à hiérarchiser les textes contradictoires, c'est-à-dire à établir la primauté d'un texte sur l'autre. Celui qui a priorité s'appliquera au cas examiné, l'autre n'ayant aucun effet à son égard ». On retrouve ces mêmes concepts en droit constitutionnel, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, alors que la première a priorité et que la deuxième devient inopérante : voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 456 et s.

98. Voir le texte de l'article 52, reproduit à la note 11.

99. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 97, p. 450 et s.

100. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 15.

bécoises qui interdisent les assurances privées¹⁰¹. Au lendemain du jugement, assureurs et assurés auraient donc pu conclure des contrats auparavant interdits en matière de services médicaux privés. Près de deux mois après le prononcé du jugement, à la suite d'une requête en ce sens, la Cour a cependant suspendu « son jugement »¹⁰² pour une période de douze mois. La formulation est curieuse : le « jugement de la Cour est suspendu ». Qu'est-ce à dire ? La déclaration de violation des droits ? L'implicite conclusion de caractère inopérant ?

Sauf erreur, il s'agit d'une première suspension des effets d'un jugement de caractère inopérant de dispositions législatives fondé sur la Charte québécoise. On sait que la suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité a été prononcée pour la première fois dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹⁰³, et que la Cour a tenté d'en baliser l'exercice en matière de Charte canadienne dans l'arrêt *Schachter*¹⁰⁴, en fonction de préoccupations de l'ordre de la primauté du droit, de la sécurité publique et de l'équité. La suspension des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité est une question éminemment complexe, qui a fait couler beaucoup d'encre et qui encore à ce jour donne lieu à de nombreux débats¹⁰⁵.

Quel est l'à-propos d'une telle suspension dans le cas d'un jugement fondé sur une hiérarchisation entre des règles émanant cette fois d'une même autorité législative ? Le législateur concerné ne jouit-il pas dans ce cas d'une marge de manœuvre immédiate tant à l'égard de la norme qui jouit de la primauté qu'à l'égard de celle qui a été déclarée inopérante ? La question méritait certes une discussion minimale, et la réponse une certaine motivation. La Cour en a jugé autrement.

101. A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65, p. 67 : « [L]a Charte a été placée dans une position de supériorité par rapport aux autres lois et aux textes réglementaires québécois, [...] elle jouit en conséquence d'un statut quasi constitutionnel et [...] en cas d'incompatibilité avec elle toute loi doit être déclarée inopérante ».

102. Voir la décision de la Cour suprême rendue en l'espèce le 4 août 2005, dossier 29272 : « Le jugement de la Cour est suspendu pour une période de 12 mois à compter du 9 juin 2005, date à laquelle ce jugement a été rendu ».

103. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

104. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

105. Voir, par exemple, B. RYDER, « Suspending the Charter », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.

L'absence de conclusion juridique du jugement, et la suspension prononcée par la Cour de façon laconique, laissent perplexe. Au-delà du discours, la réelle célébration de la Charte québécoise exige au départ une considération authentique de sa formulation unique. Le professeur Morel l'a exprimé fort éloquentement, il y a plus de dix ans :

Respecter l'originalité de la Charte, c'est d'abord accepter de mener une démarche intellectuelle qui prenne appui sur le texte – souverain – de la Charte ; une démarche qui, dans un effort indépendant d'analyse et d'interprétation, vise à lui faire réaliser pleinement son objet.¹⁰⁶

CONCLUSION

La réaction du gouvernement québécois à l'arrêt *Chaoulli* est remarquable à certains égards. Elle traite à juste titre la question de l'accès à des assurances privées comme *une* des solutions possibles au problème des délais d'attente, évitant ainsi d'assimiler l'interdiction à la cause de la violation des droits. Elle comprend la précarité d'un jugement fondé sur une évaluation approximative de faits sociaux, et compte ainsi sur une modification de ce fondement factuel pour en fragiliser les conclusions. Elle mise enfin sur la marge de manœuvre particulière que la Charte québécoise confère aux autorités démocratiques à l'égard du bien-être général dans l'exercice de leur mandat de protection des droits individuels.

Le gouvernement québécois a en effet réagi à l'arrêt *Chaoulli* avec une élégance démocratique certaine¹⁰⁷. Il a su éviter les pièges de la confusion dénoncée plus haut entre la source de la violation des droits et les dispositions qu'ont contestées messieurs Chaoulli et Zeliotis. En effet, se dessine en filigrane, dans les documents gouvernementaux rendus publics à ce jour, une conception du jugement de la Cour selon laquelle c'est au gouvernement du Québec que revient le devoir de mettre un terme à la violation des droits causée par les délais du réseau public, et que ce gouvernement a à cet égard le choix des moyens. Le gouvernement du Québec a en effet rendu public en février 2006 un document de consultation intitulé *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficience*

106. A. MOREL, *loc. cit.*, note 101, p. 89.

107. Le ton élogieux ne vise pas ici le contenu de la réponse, qui demeure matière à discussion, mais plutôt la souveraineté exprimée dans la considération des moyens de solution.

*et de qualité*¹⁰⁸. Dans le contexte « d'une réflexion globale sur notre système de santé et de services sociaux et sur le rôle que peut y jouer le secteur privé comme un des éléments de son adaptation à nos défis »¹⁰⁹, l'approche à laquelle aurait donné lieu la conclusion de la Cour – soit le caractère inopérant de l'interdiction – donc « Une approche de quasi libre marché des services de santé »¹¹⁰ – y est présentée comme *une* des options disponibles pour répondre au jugement¹¹¹.

Faisant suite à la consultation, la proposition gouvernementale, déjà énoncée dans le document de consultation de février 2006, a été maintenue. La volonté de garantie d'accès aux soins qui la sous-tend se traduit notamment dans un projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 15 juin 2006¹¹². Les dispositions de ce projet de loi qui constituent le volet le plus direct de la réponse au jugement consistent en une autorisation de conclure des contrats d'assurance privée pour trois types de chirurgie, soit l'arthroplastie complète de la hanche et du genou et l'extraction de la cataracte avec implantation d'une lentille oculaire¹¹³.

La réaction du gouvernement du Québec s'intègre dans cette *théorie du dialogue* à propos de laquelle Peter Hogg et Karen Bushell ont amorcé un débat en droit canadien¹¹⁴. Dans son essence, la théorie va comme suit : les acteurs étatiques partagent une responsabilité dans la protection des droits et libertés, et si les tribunaux peuvent prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi, les

108. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, précité, note 19.

109. Message du ministre de la Santé et des Services sociaux, *Garantir l'accès*, p. 5.

110. QUÉBEC, *Garantir l'accès*, p. 43.

111. *Ibid.*, p. 42-43. On y retrouve le propos suivant, à la p. 42 : « Plusieurs options sont envisageables pour améliorer l'accès aux services et pour répondre aux questions posées par le jugement de la Cour suprême. Divers choix peuvent être faits en matière de financement et d'organisation des services médicaux et hospitaliers, et ce, par les secteurs public et privé ».

112. Projet de loi n° 33, *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, déposé à l'Assemblée nationale le 15 juin 2006. Il s'agit de la dernière étape complétée au moment de la rédaction de ce texte.

113. *Ibid.*, art. 40. Les dispositions du projet de loi prévoient que le gouvernement pourrait, par règlement, et à la suite d'une étude d'une commission parlementaire, ajouter d'autres traitements à la liste.

114. P.W. HOGG et K.A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Cette théorie du dialogue a fait l'objet de débats doctrinaux, et a été utilisée à l'occasion par la Cour suprême du Canada. Les considérations qui la fondent semblent tout à fait applicables au contexte de la protection des droits de la Charte québécoise par le parlement et les tribunaux, *mutatis mutandis*.

parlements conservent toujours la possibilité de déroger à certains droits ou encore de revoir de façon plus appropriée les limites qu'ils souhaitent leur apporter. Il s'agit d'un débat continu, dans lequel ni les tribunaux ni les parlements n'ont le dernier mot. Le dialogue participe d'une recherche concertée de la meilleure façon de protéger les droits, et non d'une lutte de pouvoir entre les institutions. Chacun agit dans les limites de son mandat constitutionnel.

Petter souligne avec raison le fait que la théorie du dialogue a pu accroître les velléités d'activisme de certains juges, ces derniers étant confortés dans leur position par l'idée rassurante, mais selon lui naïve, selon laquelle leur responsabilité est en partie partagée par le législateur qui jouit de la marge de manœuvre requise pour donner ou non suite à des jugements d'inconstitutionnalité¹¹⁵. Petter estime que cette construction théorique à la fois sous-estime l'influence des tribunaux et surestime la capacité d'action des gouvernements. Il dénonce le fait qu'un aspect de légitimation de cette théorie du dialogue amène les juges à se percevoir comme *un* parmi les acteurs dans la mise en œuvre de la Charte, plutôt qu'en arbitres ultimes, ce que, de façon réaliste, ils le sont bien souvent¹¹⁶.

Le contexte qui nous intéresse ici donne cependant une couleur particulière à cette question du dialogue. Alors que la Cour a accepté la logique des demandeurs dans l'arrêt *Chaoulli* et a déclaré que l'interdiction des assurances privées violait les droits de la Charte, le gouvernement du Québec comprend plutôt que c'est le fonctionnement du système public dans son ensemble qui peut entraîner des atteintes aux droits, et que la levée de l'interdiction n'est qu'une voie à explorer, parmi d'autres.

115. A. PETTER, *loc. cit.*, note 4. Il écrit, à la p. 129, à propos de ce qu'il considère comme l'illusion que la théorie du dialogue donne aux juges quant au fait qu'ils n'ont pas le dernier mot, qu'ils n'assument pas la responsabilité ultime lors d'un prononcé d'inconstitutionnalité : « In particular, it hugely discounts both the political force of *Charter* decisions and the constraints placed on governments by market forces and globalisation ».

116. *Ibid.*, p. 129-130 : « Misguided or not, however, it has encouraged judges to see their *Charter* role as being advocates rather than arbiters, and their judgments as being missives directed at government rather than verdicts directed at society. By bolstering the *Charter's* ostensible legitimacy, increasing public support for *Charter* decision-making and encouraging judges to perceive their *Charter* role as advocates rather than arbiters, dialogue theory has emboldened judges, including those who are prepared to give full expression to the *Charter's* underlying ideology and regressive tendencies, to be more activist in their *Charter* decisions ».

L'indépendance démocratique dont fait preuve le Québec est appropriée.

Tenant pour acquise l'existence du contrôle judiciaire et du pouvoir y afférent, le Québec a choisi de réagir de façon constructive. Il intègre les considérations de l'arrêt *Chaoulli* dans une réflexion plus globale sur le système de santé. Il accepte le diagnostic de la Cour quant au caractère inacceptable de certains délais de soins, mais conserve une marge de manœuvre dans le choix des solutions. Considérant l'incertitude du lien entre la violation des droits et les dispositions déclarées inopérantes dans *Chaoulli*, considérant la précarité de ce jugement fondé sur une évaluation sommaire de faits sociaux, et considérant l'espace considérable conféré par la Charte québécoise aux préoccupations d'ordre communautaire, le Québec semble parfaitement justifié. Certains y verront une banalisation de la décision de la Cour. Il s'agit au contraire, selon moi, d'une prise en compte sérieuse des « constats » de la Cour, mais de l'affirmation d'une souveraineté parlementaire légitime dans la considération des voies de solution. Et de l'exercice d'une voix démocratique importante dans le dialogue sur les droits¹¹⁷.

117. Le projet de loi déposé par le ministre prévoit que les nouvelles règles relatives aux assurances privées auront « effet depuis le 9 juin 2006 » (art. 51). On a vu que les effets du jugement *Chaoulli* ont été suspendus jusqu'à cette date. Si le jugement de la Cour avait été prononcé sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on aurait peut-être pu s'inquiéter de la validité d'une réponse législative rétroactive à un jugement dont les effets ont été suspendus. On aurait notamment pu se demander si cette rétroactivité ne consistait pas en réalité en une tentative de prolongation législative d'un délai de suspension déclaré par la Cour sur le fondement de la Constitution canadienne, soit en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (précitée, note 1). Et s'inquiéter d'une immixtion législative dans la délimitation judiciaire des sanctions d'inconstitutionnalité. Mais le jugement rendu et dont les effets ont été suspendus porte sur la conformité de normes législatives québécoises avec d'autres normes émanant de la même autorité législative. Aucune prescription constitutionnelle n'est en cause. Aucune sanction d'inconstitutionnalité n'est imposée. Le législateur québécois conserve sa pleine souveraineté parlementaire à l'égard de l'ensemble des normes pertinentes. Il peut valablement adopter une solution rétroactive. Sous réserve, bien sûr, des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à propos desquelles on se rappellera qu'une majorité de la Cour ne s'est pas prononcée dans le jugement. La rétroactivité de la réponse législative constitue donc ici l'exercice légitime de la souveraineté législative québécoise.

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?*

David ROBITAILLE**

Introduction	457
1. 1975 - La consécration des droits économiques et sociaux au Québec dans le contexte du droit international des droits et libertés en émergence	459
1.1 La division internationale des droits « négatifs » et des droits « positifs »	460
1.2 L'influence de cette division dans la <i>Charte</i> : l'absence de normativité autonome des droits économiques et sociaux et de tout contrôle judiciaire en la matière	465
2. 2002 - L'arrêt <i>Gosselin</i> et les droits économiques et sociaux : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?	468
2.1 Le caractère normatif des droits économiques et sociaux selon la Cour suprême	468

* Ce texte résume certains chapitres et idées de ma thèse de doctorat en cours. Je tiens à remercier mon directeur, le professeur Sébastien Grammond, pour ses commentaires sur une version antérieure de ce texte. Les opinions qui y sont exprimées n'engagent toutefois que l'auteur. Je reconnais par ailleurs le soutien financier du CRSH (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada ; Bourse d'études supérieures du Canada).

** L.L.L. (Ottawa), LL.M. (Laval), membre du Barreau du Québec, doctorant et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Section de droit civil.

2.2	La normativité juridique des droits économiques et sociaux à la lumière du concept de « norme juridique » en théorie du droit positif : parallèle avec les conventions constitutionnelles	473
3.	L'avenir des droits économiques et sociaux : d'énoncés incitatifs à normes juridiques par une interprétation judiciaire large et libérale.	480
3.1	L'interprétation des droits économiques et sociaux à la lumière des développements internationaux récents	480
3.2	La définition et la sanction des droits économiques et sociaux : le cas de l'article 45	487
	Conclusion	492

*Une obligation dont nul ne peut réclamer
l'exécution ou sanctionner la violation
n'est qu'un impératif de la conscience.
Elle ne dépasse pas le for interne.¹*

Introduction

En 1975, le législateur québécois adoptait la *Charte des droits et libertés de la personne*², que le regretté professeur André Morel qualifiait de « document unique dans l'histoire législative canadienne »³, notamment en raison de sa vaste portée⁴. En effet, contrairement à la plupart des conventions internationales de protection des droits⁵, non seulement consacrait-elle les droits et libertés fondamentaux⁶, le droit à l'égalité⁷, les droits politiques et judiciaires⁸, mais elle reconnaissait aussi les droits économiques et sociaux⁹.

Si la *Charte* se distinguait alors par l'inclusion d'un chapitre sur les droits économiques et sociaux¹⁰, il reste que trente années

1. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, p. 44.
2. L.R.Q., c. C-12 [ci-après la *Charte* ou la *Charte québécoise*].
3. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1. Voir également A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65.
4. A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », *ibid.*, p. 66 ; A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », *ibid.*, p. 1, 16 et s.
5. On pense notamment aux deux pactes, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47 [ci-après le *Pacte civil*] et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46 [ci-après le *Pacte social*]. Sur le plan régional, mentionnons la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5 et la *Charte sociale européenne (révisée)*, Strasbourg, 3.V.1996.
6. *Charte*, art. 1 à 9.
7. *Ibid.*, art. 10 à 20.1.
8. *Ibid.*, art. 21-22, 23-38.
9. *Ibid.*, art. 39 à 48. Dans le texte, les expressions « droits sociaux » et « droits civils » feront respectivement référence aux « droits économiques et sociaux » et aux « droits civils et politiques ».
10. QUÉBEC, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 1 : bilan et recommandations, Bibliothèque nationale du Québec, Québec, 2003, p. 6-7 [C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*], estime elle aussi qu'il s'agit de « l'un des éléments les plus distinctifs de la Charte québécoise ».

plus tard, tel que le constate Me Pierre Bosset, leur « juridicité réelle [ou, devrait-on plutôt dire, leur normativité¹¹] [demeure] encore peu explorée »¹². C'est particulièrement le cas des droits intéressant directement l'État, notamment le droit de « [t]oute personne dans le besoin [...] à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent »¹³. En effet, comme nous le constaterons, contrairement aux droits visant au premier chef les relations privées¹⁴, ce dernier type de droit social n'a guère trouvé de sympathie auprès des juges, les tribunaux étant très hésitants à en inférer des obligations juridiquement contraignantes.

Cette conception n'est probablement pas étrangère au contexte d'émergence des droits économiques et sociaux sur la

11. En effet, puisqu'ils sont reconnus dans la *Charte*, la juridicité des droits économiques et sociaux, c'est-à-dire leur appartenance à l'ordre juridique, ne pose pas véritablement de problème. Dans le contexte de l'absence de reconnaissance de ces derniers dans la *Charte* canadienne pour le motif, notamment, qu'ils constituent des énoncés politiques par opposition à de véritables droits de la personne comme les droits civils et politiques, la Pre L. LAMARCHE, « Le débat sur les droits sociaux au Canada respecte-t-il la juridicité de ces droits ? », dans J. BAKAN et D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Social Justice and the Constitution*, Ottawa, Carleton University Press, 1992, 29, p. 32-33, 40, note 25, estimait elle aussi que « la nature juridique [des droits sociaux] ne fait aucun doute ». Ce n'est pas le cas, cependant, de leur normativité, soit leur caractère juridiquement obligatoire et contraignant dans la *Charte* québécoise. Voir ci-dessous, p. 17-27.
12. P. BOSSET, « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise ? », (1996) 75 *R. du B. can.* 583, 603 [ci-après BOSSET (1996)]. Quelques années plus tard, l'auteur dressait sensiblement le même constat : P. BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Étude n° 5, 229 [ci-après BOSSET (2003)].
13. *Charte*, art. 45.
14. Ces droits sociaux, dont le droit de l'enfant à la protection et à la sécurité (art. 39), le droit à des conditions de travail justes et raisonnables (art. 46) et le droit des personnes âgées à la protection contre l'exploitation (art. 48) ont connu un certains succès jurisprudentiel, les tribunaux leur reconnaissant de véritables effets juridiques. Par exemple, dans la décision de la Cour du Québec, *Protection de la jeunesse – 1190* (7 juin 2000), Abitibi, n°s 620-41-000076-991 et 620-41-000077-999 (Azimut), B.E. 2000BE-1327, le tribunal s'est notamment fondé sur le droit de l'enfant à la protection et à la sécurité pour accorder la garde d'un enfant à ses grands-parents plutôt qu'à sa mère, compte tenu que les difficultés financières et psychologiques qu'elle éprouvait pouvaient compromettre son épanouissement. *A contrario*, on peut donc affirmer que l'article 39 de la *Charte* impose aux parents ou aux personnes qui en tiennent lieu l'obligation de leur fournir un milieu de vie affectif, économique et social stable permettant leur développement physique et psychologique harmonieux. Voir également, concernant l'article 46, *Fraternité des policiers de Laprairie Inc. et Laprairie (Ville de)*, [1997] T.A. 46, et pour l'article 48, *Coutu c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (21 septembre 1998), Montréal, n° 500-09-000970-954 (Azimut), J.E. 98-2088 (C.A.) [ci-après *Coutu*]. BOSSET (1996), *supra*, note 12, p. 590.

scène internationale dans les années 1950-1960 alors que, sur la base de divergences idéologiques, ils furent considérés comme hiérarchiquement inférieurs aux droits civils et politiques. En effet, cette problématique internationale a eu une certaine influence sur l'interprétation des droits sociaux par les tribunaux québécois de sorte que, malgré leur inclusion et celle de droits civils dans la *Charte* en 1975, cette dernière n'en perpétue pas moins leur division juridique et idéologique.

Rendu en 2002, l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)* de la Cour suprême¹⁵, sans remettre en question la distinction entre les droits civils et les droits sociaux, marque un certain développement en faveur d'une portée plus grande de ces derniers. Nous constaterons alors dans quelle mesure le plus haut tribunal du pays affirme la normativité des droits sociaux pour ensuite vérifier, à la lumière du concept théorique de normativité juridique en droit positif, ce qu'il en est vraiment. Ainsi, à l'heure où la question du rôle de l'État dans la satisfaction des besoins essentiels des citoyens se pose avec urgence, je tenterai de déterminer si les droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte* québécoise constituent de véritables normes juridiques ou plutôt de simples énoncés juridiques symboliques.

1. 1975 - La consécration des droits économiques et sociaux au Québec dans le contexte du droit international des droits et libertés en émergence

Le législateur québécois s'est grandement inspiré du droit international des droits et libertés de la personne dans le cadre de l'adoption de la *Charte* dans les années 1970¹⁶, plus particulièrement du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁷

15. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 [ci-après *Gosselin (Cour suprême)*].

16. C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 99, note 512 ; C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 4, 101 ; M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Étude n° 6, 248, p. 270, 280 [ci-après COUTU et BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte »] ; A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », *supra*, note 3, p. 17-18 ; H. TESSIER, « Pauvreté et droit à l'égalité : égalité de principe ou égalité de fait ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 45, p. 57.

17. *Supra*, note 5.

et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁸. La *Charte* se voulait alors le reflet des engagements internationaux du Canada et du Québec mais aussi, tel que l'indique la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans son remarquable bilan sur les 25 ans de la *Charte*, celui des valeurs les plus profondes partagées généralement par les institutions et citoyens de la société de l'époque¹⁹.

S'il faut saluer cette ouverture au droit international, laquelle a pavé la voie à l'adoption de la *Charte*, on peut cependant déplorer l'influence négative qu'il a eue par ailleurs sur les droits économiques et sociaux qu'elle consacre.

1.1 La division internationale des droits « négatifs » et des droits « positifs »

Souhaitant mettre fin progressivement à la pauvreté et à la misère humaine à la suite de la Seconde Guerre mondiale, les Nations Unies s'interrogeaient vers la fin des années 1940 sur le rôle potentiel que pourrait jouer en cette matière le droit international. L'Assemblée générale planifie alors l'adoption d'une charte internationale, laquelle devait comprendre une déclaration des droits et devoirs des États ainsi qu'un traité reconnaissant des droits et libertés obligatoires et leurs moyens de mise en œuvre²⁰. C'est ainsi que voit le jour, le 10 décembre 1948, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²¹, laquelle ne fait aucune distinction de statut entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux²². Tel que le souligne d'ailleurs Asbjorn Eide, « l'inclusion des droits économiques et sociaux dans la Déclaration a reçu l'appui tant des pays de l'Ouest que des pays

18. *Supra*, note 5.

19. C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 1.

20. Rés. A.G. 178 (III) (1947); Craig SCOTT, « The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms : Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights », (1989) 27 *Osgoode Hall L.J.* 769, 791.

21. Rés. A.G. 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 [ci-après la *Déclaration* ou la *Déclaration universelle*].

22. K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, Intersentia, 1999, p. 14 ; L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 53 ; C. PUTA-CHEKWE et N. FLOOD, « From Division to Integration : Economic, Social, and Cultural Rights as Basic Human Rights », dans I. MERALDI et V. OOSTERVELD (dir.), *Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2001, 39, p. 40.

de l'Est »²³. Cette consécration hiérarchiquement égale des droits civils et des droits sociaux n'allait toutefois pas résister aux pressions et conflits qui allaient survenir dans le cadre de l'élaboration du pacte unique destiné à rendre obligatoires les énoncés de la *Déclaration universelle*.

En effet, dans un climat de Guerre froide et de division idéologique, États occidentaux et soviétiques s'opposaient, les uns souhaitant consacrer un rang juridique supérieur aux droits civils, au nom de la liberté, de la dignité et de l'autonomie individuelle²⁴, les autres insistant au contraire sur l'importance de mettre sur pied des « mécanismes collectifs de protection sociale »²⁵ et d'accorder d'abord aux individus une nourriture,

23. A. EIDE, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », dans A. EIDE, C. KRAUSE et A. ROSAS (dir.), *Economic, Social and Cultural Rights : A Textbook*, 2^e éd., Boston, Martinus Nijhoff, 2001, 9, p. 16 [ma traduction]. Cette reconnaissance à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux dans la *Déclaration* n'a toutefois pas été facile puisque des visions idéologiques s'opposaient. W.A. SCHABAS, « Freedom from Want : How Can We Make Indivisibility More Than a Mere Slogan ? », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 189, 194-199 [ci-après SCHABAS, « Freedom from Want »] souligne, par exemple, « l'indifférence », voire « l'hostilité », canadienne face à la *Déclaration*. Selon l'auteur, qui a examiné les débats et documents préparatoires à l'adoption de cette dernière, le Canada s'opposait publiquement à l'inclusion des droits économiques et sociaux par peur que cela ne serve les fins du communisme pendant la Guerre froide. Voir également, de façon plus détaillée à ce sujet, W.A. SCHABAS, « Canada and the Adoption of the *Universal Declaration of Human Rights* », (1998) 43 *R.D. McGill* 403.
24. Le professeur Schabas, « Freedom from Want », *ibid.*, p. 199, note à cet égard que les États-Unis et le Royaume-Uni, notamment, n'étaient pas en faveur de l'inclusion des droits économiques et sociaux dans le projet de pacte. Voir également LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 60-70 ; W.A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne : avec une attention particulière au droit du Canada et du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 58 [ci-après SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*].
25. D. TÊTÉVI AGBODIAN, « La problématique internationale des droits économiques, sociaux et culturels : quelques perspectives », dans Terre des Hommes France (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels : exigences de la société civile, responsabilité de l'État*, Paris, Karthala, 2003, 31, p. 33. Voir également M.C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights : A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 9 ; C. PUTA-CHEKWE et N. FLOOD, *supra*, note 22, p. 41. P. HUNT, *Reclaiming Social Rights : International and Comparative Perspectives*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 8, souligne que les pays de l'Est, malgré l'importance qu'ils attachaient à l'inclusion des droits économiques et sociaux, n'étaient paradoxalement pas en faveur de la création d'une procédure de recours individuels en cas de violation des droits reconnus dans le *Pacte social*. Voilà une position, note SCOTT, *supra*, note 20, p. 798, qui n'a certes pas contribué à l'intégration des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux dans un seul document. Voir également L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 64.

un logis et une éducation suffisants. C'est ainsi qu'après un long débat sur la question²⁶, l'Assemblée générale acceptait l'idée de préparer deux pactes plutôt qu'un. Les instances onusiennes adoptaient alors le *Pacte civil*, consacrant les libertés fondamentales individuelles et le *Pacte social*, garantissant les droits économiques et sociaux.

Dans ce contexte, il faut souligner le triomphe de l'idéologie occidentale. En effet, malgré quelques similitudes²⁷, les deux pactes comportent plusieurs dissemblances, au détriment des droits sociaux. Les termes utilisés dans le *Pacte civil* sont notamment plus directs qu'ils ne le sont dans le *Pacte social*. Par exemple, alors qu'en vertu du premier, « [t]out individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne »²⁸, les États parties au second « reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille »²⁹. Cette distinction subtile traduit l'idée selon laquelle les droits civils et politiques seraient inhérents à toute personne humaine et existeraient indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif³⁰ alors que, au contraire, les droits économiques et sociaux ne jouiraient d'aucune existence en dehors de leur reconnaissance expresse par l'État³¹.

Les obligations auxquelles se sont astreintes les parties aux pactes sont elles aussi très différentes. C'est ainsi que selon le

26. Centre pour les droits de l'homme, *La Charte internationale des droits de l'homme : fiche d'informations n° 2* (Rev. 1), Genève, a.m.é., 1996, p. 5. Pour un résumé plus détaillé du développement historique des droits économiques et sociaux en droit international et des arguments mis de l'avant pour en refuser la reconnaissance, voir LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 27-119.

27. Les deux comportent des préambules identiques, reconnaissent à l'article 1 le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et consacrent le droit à l'égale protection des droits et libertés (*Pacte civil*, par. 2(1) ; *Pacte social*, par. 2(2) et art. 26).

28. *Pacte civil*, par. 9(1) [mon italique].

29. *Pacte social*, par. 11(1) [mon italique].

30. M. BOSSUYT, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », (1975) 8 *Revue des droits de l'homme* 783, p. 802-803 : « L'homme qui prétend à la reconnaissance de ces « droits civils proprement dits » ne cherche pas à obtenir une matière qu'il ne possède pas. Il cherche à voir accorder une protection juridique à ces libertés. En effet, l'autorité publique ne donne pas la vie ou la liberté, mais les reconnaît et doit s'abstenir de toute immixtion arbitraire ; le droit ne les crée pas, mais les protège. La vie et la liberté existent avant qu'elles ne soient juridiquement protégées. C'est dans ce sens que les droits de l'homme classiques, c'est-à-dire les droits civils, sont « antérieures à l'ordre positif ». C'est dans ce même sens que la reconnaissance des droits civils est un acte déclaratif [italique de Bossuyt] ». Voir également les pages 790-791 du même ouvrage et CRAVEN, *supra*, note 25, p. 13.

31. BOSSUYT, *ibid.*, p. 791.

Pacte civil, les États se sont engagés immédiatement à garantir l'exercice effectif des droits reconnus en mettant à la disposition des individus des voies de droit³² afin de les faire respecter³³. En vertu du *Pacte social*, cependant, les parties ont plutôt reconnu l'importance « d'assurer progressivement le plein exercice des droits » sociaux « au maximum de leur ressources disponibles »³⁴.

Issue d'un compromis et d'une victoire politique et idéologique des pays de l'Ouest, cette division, « arbitraire et contraire à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* »³⁵, a eu d'importantes répercussions négatives sur le développement des droits économiques et sociaux³⁶ et sert encore aujourd'hui d'argument rhétorique pour en maintenir la distinction juridique. Tel que le rappellent certains auteurs, ces droits sont en effet généralement considérés comme des droits exclusivement « positifs »³⁷ ou des « droits-créances »³⁸ imposant des obligations financières importantes à l'État³⁹, des droits vagues et imprécis⁴⁰, impropres aux

32. Cette expression est l'appellation correcte pour désigner « [l']ensemble des moyens offerts par la loi aux citoyens pour faire respecter leurs droits ». Le terme « recours » ne doit donc pas être utilisé dans ce sens et fait plutôt référence au « [d]roit de contestation ouvert contre une décision juridictionnelle ou administrative, ou exercice d'un tel droit ». Voir QUÉBEC, Commission de terminologie juridique, *Termes juridiques : vocabulaire français-anglais*, Québec, Ministère de la Justice, 1997, p. 36.
33. *Pacte civil*, par. 2(2), (3)(a) et (3)(b).
34. *Pacte social*, par. 2(1). Nous constaterons ci-dessous, p. 28-29, en quoi consiste cette obligation.
35. W.A. SCHABAS, « Freedom from Want », *supra*, note 23, p. 210-211 [ma traduction].
36. Voir B. POTER, « Judging Poverty : Using International Human Rights Law to Refine the Scope of the Charter Rights », (2000) 15 *J.L. & Soc. Pol'y* 117, 123-124.
37. P. ALSTON et G. QUINN, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », (1987) 9 *Hum. Rts. Q.* 156, 159 ; M. DOWELL-JONES, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Assessing the Economic Deficit*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 2 ; HUNT, *supra*, note 25, p. 54 ; M. JACKMAN, « What's Wrong with Social and Economic Rights ? », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 235, 238 ; I. E. KOCH, « The Justiciability of Indivisible Rights », (2003) 72 *Nordic Journal of International Law* 3, 4 ; SCOTT, *supra*, note 20, p. 833 ; G. MCGREGOR, « The International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights : Will It Get Its Day in Court ? », (2002) 28 *Man. L.J.* 321, 333 ; J. REHMAN, *International Human Rights Law : A Practical Approach*, Harlow, Pearson Education, 2003, p. 106 ; TÊTÉVI AGBODIAN, *supra*, note 25, p. 37.
38. C. GUSY, « Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables ? », dans F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, 33, p. 37.
39. ALSTON et QUINN, *supra*, note 37, p. 159 ; BOSSUYT, *supra*, note 30, p. 790, 806 ; EIDE, *supra*, note 23, p. 10 ; HUNT, *supra*, note 25, p. 54 ; JACKMAN, *supra*, note 37, p. 238 ; REHMAN, *supra*, note 37, p. 106 ; SCOTT, *supra*, note 20, p. 833.
40. BOSSUYT, *supra*, note 30, p. 806.

mécanismes de sanction judiciaire⁴¹ ; bref, comme des droits « politiques »⁴². À l'inverse, les droits civils et politiques n'imposeraient que des obligations « négatives » d'abstention à l'État⁴³ et n'exigeraient aucun « effort financier »⁴⁴, leur violation étant par ailleurs susceptible de faire l'objet d'une sanction par les tribunaux. Bref, comme le note Ida Elizabeth Koch, plusieurs soutiennent que les droits sociaux sont en eux-mêmes normativement différents des droits civils et politiques⁴⁵, voire qu'ils ne constituent pas de véritables droits de la personne⁴⁶.

Cette conception « originelle » des droits économiques et sociaux en droit international a connu son prolongement dans la *Charte* québécoise. En effet, si les tribunaux ne s'inspirent pas expressément de ces développements internationaux, il n'en demeure pas moins que la dichotomie évoquée ci-dessus entre les droits civils et les droits sociaux sous-tend sans équivoque l'interprétation qu'ils en ont faite.

41. *Ibid.*, p. 793-794.

42. *Ibid.*, p. 793 : « Il n'est pas toujours possible d'accorder en même temps et dans la même mesure tous les droits sociaux à tous les hommes. Des impératifs financiers et économiques exigent souvent des priorités établies selon les besoins et les mérites des individus. Puisque le choix qui se pose est essentiellement politique, la réalisation des droits sociaux comporte en elle-même *un élément politique non négligeable* » [mon italique]. L'expression « droits politiques » est ici utilisée pour faire référence au fait que la mise en œuvre des droits économiques et sociaux, selon la position décrite ci-dessus, doit relever des acteurs politiques. Il faut donc la distinguer des termes « droits civils et politiques », lesquels décrivent la nature de l'activité sur laquelle porte un droit, par exemple le droit de vote.

43. ALSTON et QUINN, *supra*, note 37, p. 159 ; GUSY, *supra*, note 38, p. 37 ; REHMAN, *supra*, note 37, p. 106 ; SCOTT, *supra*, note 20, p. 833 ; M.K. VASAK, « Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre internationale des droits économiques et sociaux de l'homme », dans Centre d'études européennes, Département des droits de l'homme, *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux ?*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 11, p. 12. Dans une perspective philosophique, I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1958 et *Four Essays on Liberty*, Londres, Oxford University Press, chapitre III « Two Concepts of Liberty », parle de « *negative freedom* » et de « *positive freedom* » [italiques de l'auteur].

44. BOSSUYT, *supra*, note 30, p. 790.

45. KOCH, *supra*, note 37, p. 6. Voir également L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 60-70.

46. KOCH, *ibid.*

1.2 L'influence de cette division dans la Charte : l'absence de normativité autonome des droits économiques et sociaux et de tout contrôle judiciaire en la matière

Malgré l'adoption de deux pactes internationaux, le législateur québécois semble *a priori* vouloir rompre avec la division explicitée ci-dessus et adopter une vision réconciliatrice des deux catégories de droits alors qu'il réunit dans les années 1970, dans une seule *Charte*, les libertés fondamentales et les droits économiques et sociaux. Cependant, comme nous le verrons, le statut juridique réservé à ces derniers par le législateur et l'interprétation que les tribunaux en ont faite ont plutôt eu pour effet d'opérer dans la *Charte* une division marquée entre les droits civils et les droits sociaux.

L'une des premières décisions des tribunaux québécois en la matière laissait pourtant croire à un avenir normatif et juridique prometteur pour ces droits. En effet, dans l'arrêt *Johnson c. Commission des affaires sociales*⁴⁷, la Cour d'appel jugea inopposable à un travailleur une disposition de la *Loi sur l'aide sociale*⁴⁸ sur la base de laquelle on lui avait refusé le bénéfice de prestations financières, refus qui, dans les circonstances de l'affaire, créait une injustice non prévue par le législateur et aurait eu pour conséquence de violer le droit à des mesures d'assistance financière⁴⁹. La Cour accordait ainsi à ce droit un effet normatif, soit celui de rendre inapplicables des dispositions législatives qui, dans des contextes donnés, entrent en conflit avec l'article 45.

Quatre ans plus tard, dans l'arrêt *Lévesque c. Québec (Procureur général)*⁵⁰, la Cour d'appel réserva à cette disposition une portée pour le moins décevante qui marqua profondément les jugements ultérieurs sur la question. En effet, alors qu'il avait lui-même rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Johnson*, le juge

47. [1984] C.A. 61 [ci-après *Johnson*].

48. L.Q. 1969, c. 63. Aujourd'hui, cette loi n'est plus en vigueur, la loi applicable en cette matière étant la *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, L.R.Q., c. S-32.001.

49. *Charte*, art. 45. Selon l'article 8 de la *Loi sur l'aide sociale*, aucune prestation ne pouvait être versée aux travailleurs dont la cessation d'emploi résultait d'une grève. Or, puisque M. Johnson n'était pas membre du syndicat, en raison de son statut d'employé probatoire, il se trouvait alors sans le sous puisqu'il n'avait pas droit non plus au fonds de grève.

50. [1988] R.J.Q. 223 (C.A.) [ci-après *Lévesque*].

Bisson estima cette fois-ci que l'article 45 ne comporte en lui-même aucun contenu normatif :

Quant à la Charte, en 1975, à l'intérieur du Chapitre IV, DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX, elle a consacré le droit des citoyens aux mesures sociales mais *comme cette disposition n'a aucune préséance sur les autres lois du Québec, le droit à l'assistance financière doit être déterminé suivant les textes législatifs et réglementaires pertinents*.⁵¹ [mon italique]

L'article 52 de la *Charte* prévoit en effet que les articles 1 à 38 priment sur les dispositions d'autres lois leur étant contraires et exclut par le fait même les droits économiques et sociaux, consacrés aux articles 39 à 48, de cette prépondérance⁵². Ainsi, puisque l'article 52 ne lui accorde aucune supériorité par rapport à la loi ou au règlement, le « droit des citoyens aux mesures sociales »⁵³ ne posséderait aucun contenu normatif propre, la loi *seule* en déterminant la portée réelle. Son inscription dans un document aussi fondamental que la *Charte* québécoise n'aurait donc aucune conséquence juridique. Il en va de même de l'article 40 consacrant le droit à l'instruction publique gratuite, la juge Rousseau-Houle affirmant en 1994, dans l'arrêt de principe *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, que l'article 40, étant « exclu de l'article 52, ne saurait bénéficier d'une jouissance virtuelle que dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi »⁵⁴.

51. *Ibid.*, p. 226.

52. L'article 52 de la *Charte* énonce qu'« 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 ».

53. *Lévesque, supra*, note 50, p. 226.

54. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227, 1242 (C.A.). Il s'agissait en l'espèce de déterminer si l'article 40 de la *Charte* ainsi que sa loi de mise en œuvre, la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, avaient été violés dans la mesure où une commission scolaire avait omis de défrayer de ses coûts une accompagnatrice scolaire à un enfant handicapé afin qu'il puisse s'inscrire dans une classe ordinaire. La Cour a refusé de constater une violation de l'article 40, en raison de son absence de normativité autonome, mais a conclu à la violation du droit à la non-discrimination dans l'accès à l'instruction publique, en violation des articles 10 et 40. En ce qui concerne la relation particulière qu'entretient le droit à l'égalité avec les autres droits et libertés reconnus dans la *Charte*, notamment les droits économiques et sociaux, voir D. ROBITAILLE, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus », (2004) 35 *R.D.U.S.* 103.

Les droits économiques et sociaux sont par ailleurs généralement considérés comme des droits positifs dont le respect nécessiterait la mise en place de mesures étatiques coûteuses, contrairement aux libertés fondamentales individuelles dont la conformité n'exigerait qu'une faible, voire aucune, intervention gouvernementale et, conséquemment, peu de frais :

Il y a une différence de nature entre d'une part les droits économiques et sociaux qui exigent une intervention active et l'engagement de ressources importantes de l'État pour leur mise en œuvre et d'autre part, les droits civils et politiques qui n'exigent généralement que des aménagements aux institutions politiques et juridiques et sont ainsi susceptibles de mise en œuvre immédiate par les États *quel que soit leur niveau de développement*.⁵⁵

Les droits civils et politiques seraient ainsi respectés dans la mesure où l'État n'en entraverait pas l'exercice, obligation dont le respect serait facilement contrôlable par les tribunaux. En fonction des fluctuations économiques ou des ressources gouvernementales, la mise en œuvre des droits sociaux ne serait pas, pour sa part, susceptible de contrôle judiciaire.

Les cours de justice ne disposeraient donc pas de la légitimité juridique pour constater et sanctionner, sur la base de l'article 49 de la *Charte*⁵⁶, l'insuffisance des mesures législatives adoptées par l'État en vue de la réalisation des droits économiques et sociaux. L'exclusion de ces derniers du champ de l'article 52 évacuerait en effet tout pouvoir d'appréciation judiciaire en matière sociale, « [l]a question demeur[ant], dans le cadre législatif actuel, une question strictement politique et non juridique »⁵⁷, tel que l'exprimait le juge Baudouin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)* en 1999.

55. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1647, 1669 (C.S.) [ci-après *Gosselin (Cour supérieure)*]. Voir également *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15 par. 89, juge McLachlin (au nom des juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie), ainsi que le passage suivant des motifs du juge LeBel par. 421 : « [...] l'expression « prévues par la loi » doit être considérée à la lumière des autres dispositions du chapitre IV *qui ont un impact direct sur les ressources financières de l'État* [mon italique] » ; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033, 1047, juge Baudouin (C.A.) [ci-après *Gosselin (C.A.)*] ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 878-879, 913. Nous constaterons ci-dessous, p. 30-31, que la mise en œuvre des droits civils et politiques dépend elle aussi du niveau de développement d'un pays.

56. L'article 49 énonce : « Une atteinte illicite à un droit ou une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

57. *Gosselin (C.A.)*, *supra*, note 55, p. 1048 (juge Baudouin).

Formulés dans les années 1980 et 1990, les postulats évoqués précédemment, soit l'absence de contenu normatif propre des droits économiques et sociaux et l'impuissance judiciaire à en constater et en sanctionner les violations, furent largement repris par la majorité des tribunaux devant lesquels ces droits ont été invoqués⁵⁸. Ainsi, comme c'était le cas des droits économiques et sociaux sur la scène internationale dans les années 1950-1960, leurs pendants dans la *Charte* québécoise étaient considérés comme des droits « politiques »⁵⁹. Porteuse d'espoir quant au rôle du droit dans l'amélioration des conditions matérielles de vie de certains individus ou certaines familles du Québec, la consécration concurrente de droits civils et de droits sociaux dans un même document ne s'avérait en définitive que symbolique, seuls les premiers recevant une véritable protection.

2. 2002 - L'arrêt *Gosselin* de la Cour suprême et les droits économiques et sociaux : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?

En 2002, dans l'arrêt *Gosselin*, le plus haut tribunal du pays interprète pour la première fois l'un des principaux droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte*, c'est-à-dire l'article 45, d'où l'importance de cette affaire qui est rapidement devenue un arrêt de principe sur la question.

2.1 Le caractère normatif des droits économiques et sociaux selon la Cour suprême

En l'espèce, il s'agissait de déterminer si le montant d'aide sociale reçu par les bénéficiaires de moins de 30 ans, ainsi que l'imposition à ces derniers de conditions d'admissibilité plus strictes qu'aux prestataires de 30 ans et plus, respectaient notamment l'article 45 de la *Charte*. Dans la négative, la question était de savoir si ces violations pouvaient être réparées sur la base de l'ar-

58. *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2001] R.J.Q. 1788, p. 1797 (C.S.), infirmé en appel mais pour d'autres raisons dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Champagne* (16 septembre 2003), Montréal, n° 500-09-011143-013 (C.A.) ; *Gosselin (Cour supérieure)*, *supra*, note 55, p. 1666-1667 ; *Méthot c. Commission des affaires sociales* (7 juin 1991), Montréal, n° 500-05-012964-902 (C.S.), p. 9 ; *Aide sociale – 134*, [1997] C.A.S. 432, p. 434 ; *Aide sociale – 108*, [1997] C.A.S. 42, p. 44 ; *Aide sociale – 93*, [1996] C.A.S. 645, 649 ; *Aide sociale – 27*, [1996] C.A.S. 139, 142 ; *Aide sociale – 43*, [1994] C.A.S. 137, 140-141 ; *Aide sociale – 30*, [1992] C.A.S. 824, 830.

59. Comme je le mentionnais, *supra*, note 42, cette expression est utilisée dans un sens différent de celui véhiculé par les termes « droits civils et politiques ».

ticle 49. On demandait donc à la Cour suprême de déterminer si les tribunaux disposent, en vertu de ces dispositions, du pouvoir de contrôler l'insuffisance des moyens législatifs adoptés en faveur des personnes dans le besoin.

D'entrée de jeu, sans pour autant remettre en question les postulats idéologiques distinguant les droits civils des droits sociaux⁶⁰, la majorité de la Cour, ainsi que le juge Bastarache abondant dans un sens similaire, affirment sans ambages qu'« [i]l ne fait aucun doute que l'art. 45 est censé créer un droit »⁶¹ ou constitue une « norme prescrite »⁶², c'est-à-dire « une certaine forme de droit positif à un niveau de vie minimal »⁶³. Selon la juge en chef McLachlin, cela signifie que l'État a l'obligation juridique d'assurer la mise en œuvre des droits sociaux par la voie de mesures « approprié[es] »⁶⁴, lesquelles, s'agissant d'une obligation de moyens et non de résultat, doivent rechercher l'atteinte, pour toute personne, d'un niveau de vie décent⁶⁵. Autrement dit, la législation adoptée en vue de réaliser le droit garanti à l'article 45 doit être conforme à ce que ce dernier prévoit. À cet égard, les termes « susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent », tel que le souligne d'ailleurs la majorité de la Cour⁶⁶, laissent évidemment au législateur une certaine marge de manœuvre quant à la qualité des mesures qui satisfassent l'obligation que lui impose la *Charte*. À mon avis, ils ne sauraient toutefois signifier que la simple adoption d'une mesure, peu importe sa suffisance, respecte en soi cette

60. La majorité, *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15, par. 89-90, rappelle en effet la conception selon laquelle les droits économiques et sociaux « appellent l'intervention de l'État » et « correspond[ent] à une obligation [...] de faire ou d'offrir quelque chose », c'est-à-dire à une obligation positive impliquant des ressources financières gouvernementales importantes. Voir également les par. 421, 424 (J. LeBel).

61. *Gosselin (Cour suprême)*, *ibid.*, par. 87 (J.C. McLachlin).

62. *Ibid.*, par. 302, juge Bastarache.

63. *Ibid.*, par. 301, 304. La juge Arbour, par. 396, partage les motifs du juge Bastarache.

64. *Ibid.*, par. 93 (J.C. McLachlin).

65. *Ibid.*, par. 92-93. C'est en effet ce qui ressort des motifs de la juge en chef, par. 93 : « À mon avis, le choix du terme « susceptibles » fait ressortir l'idée que les mesures adoptées *doivent tendre* à assurer un niveau de vie décent, mais n'ont pas à y *parvenir*. En d'autres mots, l'art. 45 *exige* seulement que le gouvernement puisse établir l'*existence* de mesures du *type approprié*, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures » [mon italique] [la juge en chef McLachlin souligne]. Le juge LeBel, par. 420, partage cette opinion : « En effet, cette disposition ne garantit pas le droit à un niveau de vie décent, [...] mais bien le *droit à des mesures sociales*. Cette distinction appuie à mon avis la proposition que l'art. 45 protège un *droit d'accès* à des mesures sociales à toute personne dans le besoin » [mon italique] [le juge LeBel souligne].

66. *Ibid.*, par. 93 (J.C. McLachlin).

obligation. Au contraire, interprétés dans leur sens courant, ces termes indiquent que, sans nécessairement y parvenir dans tous les cas, le législateur doit néanmoins faire un effort en vue d'atteindre l'objectif obligatoire fixé par l'article 45⁶⁷. La personne raisonnable se serait donc attendue à ce que la majorité de la Cour conclue à la violation de cette dernière disposition, dans la mesure où les bénéficiaires de la sécurité du revenu de moins de 30 ans ne disposaient que d'une assistance de base d'environ 170 \$ par mois pour survivre.

Il semble cependant que les juges majoritaires ne partagent pas ce point de vue et que l'obligation dont il est question sera respectée dès lors que l'État adopte quelconques mesures législatives, peu importe qu'elles tendent véritablement ou non à assurer un niveau de vie décent. C'est en effet ce qu'il faut conclure des circonstances de l'espèce, alors que la majorité de la Cour n'a constaté aucune violation de l'article 45 : « La *Loi sur l'aide sociale* comporte le type de « mesures [...] prévues par la loi » que vise l'art. 45. Je conclus en l'espèce à l'absence de violation de l'art. 45 de la *Charte québécoise* »⁶⁸. À mon avis, cependant, il s'agit là d'une conclusion étonnante et, dans la mesure où la Cour estime que cet article impose à l'État l'obligation de mettre sur pied des mesures appropriées susceptibles d'assurer le droit qu'il énonce, elle devra éventuellement définir plus clairement son contenu obligatoire.

Malgré cela, la reconnaissance expresse d'une obligation juridique en matière sociale, fondée sur la *Charte*, constitue à mon avis une certaine avancée par rapport à la jurisprudence antérieure qui ne semblait dégager clairement aucune obligation sur la base des droits sociaux. La Cour suprême, cependant, n'a fait que la moitié du chemin quant à la reconnaissance de la pleine normativité – dans le sens où je l'entends⁶⁹ – de ces droits.

En effet, bien que la *Charte* lui impose maintenant l'obligation de réaliser les droits sociaux en vue de permettre éventuel-

67. M.-É. DE VILLERS, *Multidictionnaire de la langue française*, 4^e éd., Montréal, Québec Amérique, estime que le terme « susceptible » signifie notamment « [q]ui est en mesure de ». Voir également *Le petit Robert de la langue française 2006*, s.v. « susceptible » : « Qui peut éventuellement (alors que capable implique une capacité permanente et reconnue) » et *Le petit Larousse illustré 2006*, s.v. « susceptible » : « [...] Capable d'acquérir certaines qualités, [...] de produire un effet [...] ».

68. *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15 par. 94 (j.c. McLachlin). Le juge en chef Robert, dans l'arrêt *Gosselin (C.A.)*, *supra*, note 55, p. 1103-1110, avait quant à lui reconnu cette violation flagrante de l'article 45.

69. Ci-dessous, p. 19-23.

lement à tout citoyen de vivre décemment, les tribunaux ne disposent pas du pouvoir de contraindre l'État à s'y conformer. La majorité estime en ce sens, notamment sur la base d'une distinction technique et formaliste entre les termes de l'article 45 de la *Charte* et ceux du paragraphe 11(1) du *Pacte social*⁷⁰, que le Canada et le Québec se sont engagés à respecter⁷¹, que l'examen de la suffisance des moyens adoptés par le législateur échappe nécessairement à tout contrôle judiciaire contraignant⁷². Ainsi, la violation des droits sociaux ne peut évidemment pas mener à l'invalidité d'une loi, puisque l'article 52 ne permet pas cette solution, mais ne peut non plus être sanctionnée par l'attribution, en vertu de l'article 49, de dommages-intérêts, par exemple, en réparation du préjudice moral ou matériel subi par les individus vivant dans des conditions financières inconvenables⁷³. La majorité de la Cour, partageant les motifs du juge Bastarache sur ce point⁷⁴, est effectivement d'avis que le législateur, en adoptant une loi prévoyant des prestations d'aide financière et sociale insuffisantes et non conformes à l'obligation imposée par l'article 45, ne commet pas de faute ou n'agit pas déraisonnablement, condition *sine qua non* à l'obtention de dommages-intérêts en

70. Le paragraphe 11(1) du *Pacte social* énonce que « Les États parties [...] reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit [...] ». Comparez avec l'article 45 de la *Charte* : « Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ». Selon la majorité de la Cour, le *Pacte social* prévoit « directement et de manière non équivoque le droit [à un niveau de vie décent] qui est reconnu aux individus [...] » alors que la *Charte* se distinguerait en énonçant plutôt le « droit à des mesures », *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15 par. 93 [la juge en chef McLachlin souligne]. Or, le paragraphe 11(1) du *Pacte* prévoit clairement que la réalisation des droits sociaux s'effectue par l'adoption de mesures étatiques, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, reconnaissant d'ailleurs dans son *Observation générale 3 (1990)*, art. 3 [disponible en ligne : <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetfr> (site consulté le 2 juin 2006)] le rôle essentiel de la loi dans cette mise en œuvre.

71. Le Canada est devenu partie au *Pacte social* le 19 mai 1976 alors que le Québec le signalait symboliquement le 21 avril de la même année. Ce traité n'a cependant jamais été incorporé au droit interne canadien. Voir J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public : notes et documents*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Thémis, 1997, p. 276.

72. *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15 (par. 93, j.c. McLachlin ; 304, j. Bastarache).

73. *Ibid.*, par. 95 (j. McLachlin) ; 302-304 (j. Bastarache). Sur ce point, le juge LeBel, par. 418, estime au contraire que l'article 49 peut s'appliquer à une violation de l'article 45 de la *Charte* et que la victime peut « [...] obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte [...] ».

74. *Ibid.*, par. 95 (j.c. McLachlin) ; 303-304 (j. Bastarache) ; 396 (j. Arbour).

vertu de la *Charte*⁷⁵. Ainsi, la seule sanction possible, si cela est vraiment digne de ce nom, consiste pour le tribunal à « prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation »⁷⁶.

Par conséquent, si la *Charte* « est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques »⁷⁷, il n'en demeure pas moins que « [c]es droits sont [...] symboliques »⁷⁸, c'est-à-dire qu'ils disposent d'une « valeur morale et politique »⁷⁹. Tel que le reconnaît le juge en chef Robert de la Cour d'appel, la seule véritable sanction possible d'une violation d'un droit économique ou social dans les relations État-particuliers, « réside dans l'opinion qu'aura le public face à une violation flagrante d'un[e] [disposition] [...] aussi fondamental[e] »⁸⁰.

Dans ce contexte, il est permis de s'interroger sur le caractère juridiquement normatif des droits économiques et sociaux. C'est ainsi qu'une brève étude du concept de « norme juridique » en théorie du droit positif⁸¹, considérée à la lumière des énoncés précédemment résumés de l'arrêt *Gosselin*, permettra de vérifier si les droits sociaux constituent de véritables normes juridiques.

75. Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 19 ; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78-79 ; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 116. Dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, *ibid.*, le juge Gonthier estime que seul un « comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » permettrait aux tribunaux d'attribuer des dommages-intérêts sur la base de l'inconstitutionnalité d'une loi.

76. *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15, par. 96 (j.c. McLachlin). Le juge Bastarache, par. 305, estime cependant que la violation de l'article 45, dans un contexte différent où la validité d'une loi ne serait pas contestée, pourrait éventuellement mener à l'attribution de dommages-intérêts. C'est d'ailleurs le résultat auquel en arrive la Cour du Québec dans l'affaire *Samson c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.R.A. 562 (C.Q.), dans laquelle elle condamne solidairement le Procureur général du Québec et un agent d'aide socioéconomique à des dommages moraux de 7 000 \$, ainsi que ce dernier à des dommages exemplaires de 3000 \$, en raison de l'interruption fautive, en violation de l'article 45, des versements d'aide sociale que recevait la plaignante.

77. *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15, par. 96 (j.c. McLachlin) [la juge McLachlin souligne].

78. *Ibid.*

79. *Ibid.* par. 305 (j. Bastarache).

80. *Gosselin (C.A.)*, *supra*, note 55, p. 1119 (j.c. Robert).

81. L'expression « droit positif » fait ici référence à l'état du droit actuel en vigueur ou tel qu'interprété et doit être distinguée des termes « droits positifs » utilisés pour illustrer l'idée selon laquelle les droits économiques et sociaux nécessitent la mise en œuvre de mesures étatiques coûteuses, par opposition aux droits civils, qualifiés de « droits négatifs » en ce sens qu'ils n'exigeraient qu'une obligation d'abstention de l'État.

2.1 La normativité juridique des droits économiques et sociaux à la lumière du concept de « norme juridique » en théorie du droit positif : parallèle avec les conventions constitutionnelles

Une norme juridique constitue essentiellement la prescription d'un modèle impératif ou obligatoire destiné à ordonner ou contrôler le comportement humain⁸². Selon Hans Kelsen, pour être valide d'un point de vue normatif, la norme juridique devrait donc soit être respectée volontairement par les individus auxquelles elle se destine⁸³ soit, dans le cas contraire, être imposée par la contrainte, c'est-à-dire que sa violation devrait être sanctionnée par une autorité compétente⁸⁴. Ainsi, la norme juridique inobservée dont la sanction ne peut être imposée par la force ne constitue qu'un « simple vœu du législateur »⁸⁵ et perd son caractère

82. L. AUGALON, « Aperçus sur la force dans la règle de droit », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 29 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 171, 175 (de Béchillon est ainsi d'avis, p. 173, que « les normes juridiques prescrivent toujours des modèles comportementaux », modèles dont l'impérativité constitue l'assise du discours normatif : « La présence, en un point quelconque de l'énoncé, d'un principe de contrainte et/ou d'interdiction permet, à lui seul, d'isoler le monde des normes de tous les autres modèles mentaux que nous nous fabriquons », p. 177) ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit par O. BEAUD et F. MALKANI, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 2 [KELSEN, *Théorie générale des normes*] ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., traduit par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 6 [KELSEN, *Théorie pure du droit*] ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 390 ; J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz S.A., 1979, p. 14, 34-35 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1951, p. 5 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 27 ; VIRALLY, *supra*, note 1, p. 39, 80-81. PERRIN, *ibid.*, p. 21, fait d'ailleurs ressortir l'étymologie du mot « norme », dont la traduction latine « norma » provient du mot grec « grômon » qui signifie « équerre », lequel constitue un instrument de contrôle.

83. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *ibid.*, p. 4 ; KELSEN, *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 15.

84. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *ibid.*, p. 183 ; KELSEN, *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 149 ; ROUBIER, *supra*, note 82, p. 5, 32, 42 ; KELSEN, *Théorie générale des normes*, *ibid.*, p. 176, définit la sanction comme la conséquence contraignante de la conduite contraire à la norme, c'est-à-dire comme « un certain comportement (vis-à-vis d'un homme) qui est en général ressenti comme un mal et qui – conformément à une norme de l'ordre normatif – doit être infligé à un homme ». Il pourra notamment s'agir de sanctions telles la « soustraction de valeurs, comme la vie, la liberté, ou des biens économiques ou autres ». Pour une définition similaire de la sanction, voir ROUBIER, *supra*, note 82, p. 32, 34-35.

85. Extraits de la première édition de la *Théorie pure du droit* de Kelsen, de 1934, cité par P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, p. 255. AMSELEK, *ibid.*, p. 254, ne partage pas cette vue et estime au contraire qu'une norme dépourvue de sanction demeurerait normative, mais serait « incomplète ou imparfaite ». Ainsi, l'impossibilité de sanction n'atteindrait pas la normativité juridique dans son

juridiquement normatif tel que le souligne avec justesse le professeur Jean-François Perrin :

Pure idée, la norme disparaîtrait en tant que phénomène si elle ne parvient pas à réaliser le projet qu'elle institue. Ce problème n'appelle pas seulement une description mais encore une explication. [...] *Une norme juridique ineffective perd sa validité tout simplement parce qu'elle cesse d'être une norme !* [...] Le pouvoir appartient intrinsèquement à sa définition. La « *normativité* » est un élément autonome par rapport à la « *juridicité* ». La normativité implique dans sa définition même la potentialité de l'impératif. La norme sociale n'est pas n'importe quel modèle. *Il est celui qui se veut contraignant et qui peut l'être*. À défaut de cette potentialité, il n'y a qu'imaginaire, fiction, rêve ; il n'y a pas de norme. Par définition, la norme *veut* et *peut*. Le modèle qui veut sans pouvoir est une idée ; il n'est pas une norme sociale, partant, plus une norme juridique.⁸⁶

Plusieurs auteurs, dont certains reconnaissent pourtant la sanction comme un critère important de normativité juridique, estiment néanmoins que le droit se compose également d'« instruments recommandatoires »⁸⁷, de « normes à fonction directive souple »⁸⁸, de « normes non prescriptives »⁸⁹, d'« impératif[s] condi-

essence, mais constituerait plutôt un « défaut de la réglementation juridique ». Or considérer comme imparfaite ou incomplète une norme sans sanction ne revient-il pas, *a contrario*, à reconnaître que la sanction est essentielle à la norme juridique idéale ou parfaite ?

86. PERRIN, *supra*, note 82, p. 100 [italiques de Perrin]. Voir également AUGALON, *supra*, note 82, p. 30-31. ISSALYS et LEMIEUX, *supra*, note 82, p. 390, estiment, à propos de la normativité juridique du règlement, que ce dernier « est une norme juridique, puisque cette contrainte repose sur le pouvoir de l'État et vise des sujets de droits soumis à l'autorité de cet État. Ce qui constitue le caractère juridiquement normatif de l'acte réglementaire, c'est qu'il est exécutoire, et pleinement opposable à la collectivité ». R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, traduction de *Zweck im Recht*, 3^e éd., Paris, 1901, p. 216, cité par C.-A. MORAND, « La sanction », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 293, 296, abonde aussi en ce sens : « Une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas ». T. HOBBS, *Leviathan*, 2^e part., chap. 17, cité dans MORAND, *ibid.* était également de cet avis : « Covenants, without the swords, are but words ». Voir aussi J. BENTHAM, *Of Laws in general*, Londres, 1970, p. 54, cité dans MORAND, *ibid.* : « In every law there must be one or more persons... who are bound or in other words coerced by it ». Résumant ces pensées de Hobbes et de Bentham, Morand, *ibid.* écrit qu'« [u]ne loi sans coercition est une contradiction dans les termes ». Voir enfin VIRALLY, *supra*, note 1, p. 44 : « Une obligation dont nul ne peut réclamer l'exécution ou sanctionner la violation n'est qu'un impératif de la conscience. Elle ne dépasse pas le for interne ».
87. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », (1990) *Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation* 199, 207.
88. *Ibid.*
89. J.-B. AUBRY, « Prescription juridique et production juridique », (1988) *Revue du droit public* 673.

tionnel[s] »⁹⁰ ou de « normes molles [et] peu contraignantes »⁹¹. Selon le professeur Paul Roubier, malgré leur caractère non contraignant, ces composantes ne seraient pas moins des normes juridiques dans la mesure où leur violation appellerait tout de même une sanction « indirecte »⁹² non pas juridique, mais sociale, politique ou économique⁹³. Ces sanctions, « que le droit a organisé[es] »⁹⁴, « encore qu'imparfaite[s], pourra[ient] dans bien des cas assurer l'exécution correcte des règles de droit, *en faisant réfléchir* ceux qui seraient portés à les transgresser »⁹⁵. Or dans la mesure où elles lui sont extérieures, comme le reconnaît Roubier⁹⁶, peut-on vraiment parler ici de sanctions organisées par le droit ? La réflexion, comme méthode de sanction du droit, n'est-elle pas, par ailleurs, un exercice faisant appel à la conscience intérieure de chaque individu, ce qui est bien différent des véritables sanctions juridiques à proprement parler ?

À mon avis, bien que les « instruments recommandatoires » ci-dessus mentionnés soient sans doute juridiques en raison de leur appartenance à l'ordre juridique, critère déterminant de juridicité⁹⁷, ils ne constituent pas pour autant des *normes* juridiques puisqu'ils ne prescrivent rien d'obligatoire et contraignant, leur sanction étant extérieure au droit. Mieux vaudrait alors, à mon avis, les désigner comme des énoncés symboliques, incitatifs, déclaratifs ou interprétatifs. Le professeur Denys de Béchillon reconnaît d'ailleurs que ce genre d'appellations serait plus rigoureux en affirmant qu'« [...] il paraît raisonnable de nommer « acte normatif » le véhicule d'une prescription impérative catégorique, et « acte incitatif » le porteur d'une prescription conditionnelle

90. DE BÉCHILLON, *supra*, note 82, p. 192.

91. *Ibid.* Voir également VIRALLY, *supra*, note 1, p. 47, selon qui l'ordre juridique comporte certaines « règle[s] » qui ne font que décrire de façon générale le comportement attendu de leurs destinataires et dont le sens réel et la réalisation dépendent de l'adoption d'autres normes, comme c'est le cas des droits économiques et sociaux de la *Charte*, tels qu'interprétés par les tribunaux.

92. ROUBIER, *supra*, note 82, p. 39.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.* [mon italique].

96. *Ibid.*

97. Comme d'autres, j'estime que l'appartenance d'une norme ou d'un énoncé à l'ordre juridique est ce qui confère à ces derniers leur juridicité. Voir en ce sens AUBRY, *supra*, note 89, p. 673, 678 ; DE BÉCHILLON, *supra*, note 82, p. 243 ; F. HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 87-88 ; PERRIN, *supra*, note 82, p. 89-90. Ainsi, contrairement à une conception stricte du droit, je reconnais le caractère juridique de ces énoncés ou déclarations d'intention en refusant, cependant, de les considérer comme des *normes* juridiques.

[ou recommandatoire] »⁹⁸. Voilà, me semble-t-il, une distinction importante.

Dénués d'effets juridiques directs, ces énoncés incitatifs jouissent tout de même d'une certaine utilité puisqu'ils peuvent influencer le comportement individuel ou institutionnel⁹⁹. C'est d'ailleurs le rôle que la majorité de la Cour suprême attribue, dans l'arrêt *Gosselin*, à l'article 45 de la *Charte* québécoise et aux autres droits sociaux du même type, ces derniers constituant des « droits [...] symboliques »¹⁰⁰, dotés « d'une valeur morale et politique »¹⁰¹. Mais cela n'est pas suffisant pour en faire de véritables normes juridiques.

On pourrait cependant avancer que la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin* reconnaît aux droits sociaux une normativité semblable à celle des conventions constitutionnelles¹⁰². À ce sujet, nulle n'est ma prétention d'apporter une réponse à la question « complexe [...] »¹⁰³ que constituent la normativité et la sanction

-
98. DE BÉCHILLON, *supra*, note 82, p. 279. Selon PERRIN, *supra*, note 82, p. 30, tout article de loi n'est donc pas nécessairement normatif et il importe de distinguer les normes des autres dispositions législatives, par exemple les énoncés programmatiques, les dispositions qui habilite à faire quelque chose ou les dispositions lexicales : « Un certain nombre de dispositions légales se contentent de poser des définitions. Sont-elles des normes ? [...] Il faut se garder de confondre article de loi et norme ». L'auteur poursuit, p. 34 : « Il convient d'avoir en mémoire la différence entre « norme » et « article de loi ». L'article de loi qui définit la majorité ou le domicile peut ne pas être considéré comme une norme complète en lui-même. Il constitue une définition légale, soit une condition d'application d'autres normes qui, elles, sont des modèles de comportement ». D'autres auteurs estiment également que toute disposition de loi ne constitue pas nécessairement une norme et qu'il existe en conséquence des dispositions non normatives. Voir T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Économica, 1997, p. 55-56 ; G. TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans A. LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, 99, p. 101.
99. Voir par exemple J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », (1958) *L'année sociologique* 3, 17 ; ROUBIER, *supra*, note 82, p. 39-40.
100. *Gosselin* (Cour suprême), *supra*, note 15 par. 96 (j.c. McLachlin).
101. *Ibid.* par. 305 (j. Bastarache). Dans l'état actuel de la jurisprudence, puisque, à mon avis, l'article 45 ne consacre pas une véritable norme juridique ou un droit mais plutôt un énoncé symbolique, faut-il vraiment s'étonner de ce que la Cour refuse de lui appliquer l'article 49 ? Pour avoir droit à une réparation judiciaire fondée sur l'article 49, l'on doit en effet d'abord démontrer la violation d'un droit !
102. Je remercie le professeur Ghislain Otis de la Faculté de droit de l'Université Laval d'avoir porté à mon attention le parallèle entre l'effet des conventions constitutionnelles et celui des droits économiques et sociaux.
103. Y. DE MONTIGNY, « Preuve d'une convention constitutionnelle devant les tribunaux – Modification de l'Acte de l'Amérique du Nord – Rôle du Québec », (1983) 43 *R. du B.* 1133, 1150.

de ces dernières. Il s'agit plutôt d'alimenter la réflexion principale sur les droits économiques et sociaux, sur la base de mon interprétation de la jurisprudence pertinente sur les conventions.

Dans le *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la Constitution*, la Cour suprême définit largement la « Constitution » du Canada, laquelle, aux sens juridique et politique, se compose du « droit constitutionnel »¹⁰⁴, constitué des règles législatives écrites et de la common law, ainsi que des *conventions* constitutionnelles¹⁰⁵. Ces dernières sont cependant distinctes du régime *juridique* constitutionnel¹⁰⁶ dans la mesure où elles prennent forme dans la sphère politique et que la sanction de leur violation est elle aussi politique¹⁰⁷. En effet, tel que l'a reconnu la majorité de la Cour, ces conventions ne sont pas juridiques et n'ont en conséquence aucune force juridique directe¹⁰⁸, ce qui n'empêche pas, cependant, de considérer leurs violations comme « inconstitutionnelles », mais au sens politique du terme¹⁰⁹. Elles constituent ainsi des normes politiques dans la mesure où, si elles ne sont pas sui-

104. *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 878, 880, juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer [ci-après *Renvoi de 1981*] [mon italique].

105. *Ibid.*, p. 876-878, 883-884, motifs partagés de façon générale par les juges Laskin, Estey et McIntyre, p. 852-853. Voir aussi, notamment, Nicole DUPLÉ, « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur », (1981) 22 *C. de D.* 619, 622 ; Fabien GÉLINAS, « Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la « sécession » du Québec : le fantôme du rapatriement », (1997) 57 *R. du B.* 291, 295-296.

106. *Renvoi de 1981, ibid.*, p. 880, juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer, traitant des conventions constitutionnelles : « Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions [...] pour leur violation » [mon italique]. Pour des exemples de conventions constitutionnelles, voir E.A. FORSEY, « The Courts and The Conventions of The Constitution », (1984) 33 *R.D. U.N.-B.* 11, 14-26.

107. *Renvoi de 1981, ibid.*, p. 774-775, 853-854, 882-883, 905.

108. *Ibid.*, p. 775, 883. Voir également Forsey, *ibid.*, p. 38 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2004, p. 19-23 ; G. MARSHALL, *Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 3 ; K.C. WHEARE, *Modern Constitutions*, Londres, Oxford University Press, 1966, p. 121. Si elles n'ont pas de force juridique directe, les conventions peuvent néanmoins servir d'outil d'interprétation : BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 55, p. 47.

109. La majorité de la Cour fait en effet cette importante distinction : « [Comme les conventions font] partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel [...] il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes « constitutionnel » et « inconstitutionnel » dans un sens juridique strict, comme [...] dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle », p. 883, juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer. Voir également, p. 909 : « [...] l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle *au sens conventionnel* » [mon italique].

vies volontairement par les acteurs qu'elles obligent politiquement, des sanctions politiques peuvent s'ensuivre¹¹⁰.

Les conventions constitutionnelles, aussi qualifiées de « moralité constitutionnelle »¹¹¹, emportent donc des sanctions symboliques et politiques, comme c'est le cas pour certains droits économiques et sociaux consacrés dans la *Charte*¹¹². Il importe à cet égard de considérer que c'est notamment en raison du caractère politique des conventions que la Cour suprême refuse d'en sanctionner les violations¹¹³, comme le soulignait une majorité de juges : « Il est impossible d'imposer en droit une convention vu sa nature même : *l'origine* en est politique et elle est intimement liée à une *reconnaissance politique* [...] »¹¹⁴. Pour cette même raison, la Cour suprême a rejeté, dans le *Renvoi de 1981*, la possibilité qu'une convention puisse, avec le temps et par sa vaste reconnaissance, se cristalliser ou se changer en règle de droit dont la violation pourrait être sanctionnée par les tribunaux¹¹⁵. Autrement dit, une norme politique ne peut se transformer en norme juridique.

-
110. MARSHALL, *supra*, note 108, p. 17. *Contra* : Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1967, p. 106-107, défend l'idée que les conventions constitutionnelles font partie du droit au sens large et qu'elles sont de la même nature que la loi ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 55, p. 49, estiment pour leur part, dans un sens similaire, que les conventions sont des « règle[s] de droit ». À mon avis, ces positions se concilient mal avec les motifs de la majorité de la Cour suprême dans le *Renvoi de 1981*, *supra*, notes 104 à 109. La majorité, comme le souligne à juste titre le professeur Hogg, *supra*, note 108, p. 20, fait d'ailleurs la distinction entre une « règle conventionnelle » et une « règle juridique », p. 880-881. Cette distinction est reprise dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 270 alors que la Cour, à l'unanimité, parle du « droit de la Constitution [mon italique] » et « d'autres règles constitutionnelles », c'est-à-dire des règles politiques sanctionnées politiquement. Les professeurs Brun et Tremblay atténuent d'ailleurs la portée de leur affirmation lorsqu'ils reconnaissent, p. 49, que les conventions « [e]n fait, [...] se situent à la frontière du droit et des sciences politiques [...] ».
111. A. V. DICEY, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, London, St. Martin's Press, 1959, p. 24, cité dans le *Renvoi de 1981*, *ibid.*, p. 854, juges Laskin, Estey et McIntyre ; MARSHALL, *supra*, note 108, p. 7, 17.
112. Ci-dessus, p. 17-19.
113. *Renvoi de 1981*, *supra*, note 104, p. 774. Voir également le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 110, p. 270. Notons que c'est également en raison du conflit potentiel entre certaines conventions et la loi que la Cour refuse d'en sanctionner les violations, *Renvoi de 1981*, *ibid.*, p. 880-882, ce qui renforce d'autant la distinction qu'elle opère entre les normes juridiques constitutionnelles et les normes politiques constitutionnelles.
114. *Renvoi de 1981*, *ibid.*, p. 774, juges Laskin, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer [mon italique].
115. *Ibid.*, p. 774, 856, 882-883. Cependant, dans l'*Avis sur les conventions de travail*, [1936] R.C.S. 461, p. 477, le juge en chef Duff aurait reconnu ce processus : « En règle générale, la cristallisation de l'usage constitutionnel en une règle de droit constitutionnel à laquelle les tribunaux donneront effet, est un processus lent qui s'étend sur une longue période [...] », traduction provenant du *Renvoi de*

Or il pourrait s'agir d'une distinction importante par rapport aux énoncés symboliques que la *Charte* québécoise proclame en matière économique et sociale dont la nature, comme l'a souligné la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin*¹¹⁶, est évidemment juridique. En effet, contrairement aux conventions constitutionnelles, les dispositions déclaratoires des articles 40 et 45, par exemple, sont d'*origine* législative et sont *reconnues juridiquement* dans la *Charte*. Ce faisant, dans la mesure où les tribunaux « administrent ou font respecter le droit constitutionnel [ou quasi constitutionnel] »¹¹⁷, n'est-il pas permis de penser que ces énoncés pourraient un jour, par le jeu de l'interprétation et en raison de leur nature juridique, faire l'objet de sanctions juridiques directes en vertu de l'article 49 ?

Certains auteurs soulignent d'ailleurs que des énoncés purement incitatifs ou des déclarations d'intention, dépourvus à l'origine de tout effet juridique direct, sont susceptibles de se muter en normes juridiques et d'être sanctionnés par les tribunaux. C'est ce qu'affirme le professeur Jean-Bernard Aubry dans le contexte du droit constitutionnel français : « [...] que l'on songe [...] au rôle qu'a joué chez nous l'apparition et le développement du contrôle de constitutionnalité des lois pour faire accéder à des effets juridiques des normes constitutionnelles dont personne ne pensait qu'elles puissent être autre chose que de belles déclarations d'intention »¹¹⁸. Parmi les normes constitutionnelles auxquelles fait référence le professeur Aubry, l'on retrouve les préambules des Constitutions de 1946 et 1958¹¹⁹. À l'origine considérés comme des déclarations d'intention symboliques, ces derniers, par un « indispensable effort d'interprétation »¹²⁰ des Conseils d'État et consti-

1981, *ibid.*, p. 777. Pour une critique du *Renvoi de 1981* sur cet aspect, voir par exemple GÉLINAS, *supra*, note 105, p. 300-312.

116. Ci-dessus, p. 15, 18.

117. *Renvoi de 1981*, *supra*, note 104, p. 877. Voir également le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 110, par. 98.

118. AUBRY, *supra*, note 89, p. 680. Voir également P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », (1986) *Recueil Dalloz* 197, 204.

119. Le préambule de la Constitution de 1946 « proclame » certains « principes politiques, économiques et sociaux », notamment l'égalité de l'homme et de la femme, le droit à un emploi, l'interdiction de discrimination au travail, la liberté d'association, la protection de la santé, la sécurité sociale, l'instruction publique gratuite et l'égal accès à cette instruction. Par le préambule de la Constitution de 1958, « [l]e peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 [...] ».

120. V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 504.

tutionnel français, ont graduellement été reconnus comme des normes juridiques sanctionnables¹²¹. Ainsi, l'espoir d'un rôle accru des dispositions économiques et sociales consacrées par la *Charte* québécoise dans l'amélioration des conditions de vie des citoyens les plus démunis n'est donc pas vain.

3. L'avenir des droits économiques et sociaux : d'énoncés incitatifs à normes juridiques par une interprétation large et libérale

Ainsi, avec le temps et dans le cadre d'une interprétation large et libérale conforme à la nature fondamentale et *supralégislative* de la *Charte*¹²², d'énoncés symboliques ou incitatifs, les droits sociaux pourraient se muter en normes juridiquement contraignantes dont la violation appellerait une sanction juridique.

3.1 L'interprétation des droits économiques et sociaux à la lumière des développements internationaux récents

Pour ce faire, les tribunaux devraient alors s'inspirer davantage des développements récents dont a fait l'objet le *Pacte social*

121. Sur cette question ainsi que sur le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois en France voir, par exemple, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 ; V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *ibid.*, p. 501-505 ; F. MONERA, *L'idée de république et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 65-98.

122. Sur ce point, COUTU et BOSSET, *supra*, note 16, p. 267, 271, estiment que la *Charte* dispose de son statut *supralégislatif* en raison du fait qu'elle consacre des valeurs humaines et sociales fondamentales. À la p. 267, les auteurs soulignent à juste titre que la Cour suprême a déjà reconnu le caractère fondamental d'autres lois en matière de droits de la personne alors même qu'elles ne disposaient pas de disposition énonçant expressément qu'elles ont préséance sur les lois ordinaires. Voir *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156 et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, 157-158, juge Lamer, auxquels font référence les auteurs, p. 267-268, note 75-76. Dans ce contexte, il serait permis de mettre en doute l'affirmation, dans certains arrêts, selon laquelle c'est l'article 52 qui attribue ce statut particulier à la *Charte* (voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, *supra*, note 75 par. 15, juge LeBel : « [l']article 52 confère indéniablement un statut prééminent, voire quasi constitutionnel, à la *Charte* québécoise ». Voir également *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 28 ; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116, juge Gonthier). La Cour d'appel du Québec qualifiait d'ailleurs l'article 48, disposition qui n'est pas visée par l'article 52, de « disposition quasi constitutionnelle », *Coutu, supra*, note 14, p. 9-10.

qui, sans lier les tribunaux canadiens¹²³, constitue néanmoins un outil d'interprétation pertinent et persuasif du droit interne comme les autres instruments internationaux de protection des droits¹²⁴. En effet, malgré la marginalisation qui a caractérisé les droits sociaux dans les années 1950-1970, au profit des droits civils, ils font désormais l'objet d'une revalorisation importante à l'échelle internationale.

On affirme ainsi le caractère juridiquement obligatoire du *Pacte social*, en vertu duquel les États membres se sont engagés à « assurer progressivement le plein exercice » des droits sociaux « au maximum de [leurs] ressources disponibles », « en particulier [par] l'adoption de mesures législatives »¹²⁵. Bien qu'auparavant sujette à différentes interprétations, la portée de cette obligation tend aujourd'hui à faire l'objet d'un certain consensus parmi les auteurs et les institutions s'intéressant à la question.

Il est d'ailleurs maintenant reconnu que ces expressions, si elles accordent une certaine souplesse aux États quant au délai et aux moyens de mise en œuvre¹²⁶, n'ont pas pour but de permettre le report indéfini de la réalisation des droits sociaux¹²⁷, ni d'accor-

123. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69, juge L'Heureux-Dubé ; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348-349, juge Dickson ; *Opération Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 484 ; *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (C.R.T.C.)*, [1978] 2 R.C.S. 141, 172-173 ; *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, p. 621 ; *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326, p. 347, juge Atkin ; S. BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont « liés » par le droit international », (2004) 38 R.J.T. 359, 365, 385-387.

124. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 10-14, 30, juge Bastarache ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 175, juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *ibid.*, par. 69-71 ; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *ibid.* ; Gosselin (C.A.), *supra*, note 55, p. 1098-1099, juge Robert ; BEAULAC, *ibid.*, p. 385-387 ; Claude EMANUELLI, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 126-127 ; SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, *supra*, note 24, p. 266-273.

125. *Pacte social*, *supra*, note 5, par. 2(1) [mon italique].

126. *Observation générale 3*, *supra*, note 70, art. 4 ; *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17, art. 71, publié à (1987) 9 H. Rts. Q. 122 [ci-après *The Limburg Principles*]. ALSTON et QUINN, *supra*, note 37, p. 167, 177 ; CRAVEN, *supra*, note 25, p. 115-116, 136-137 ; E. DE WET, « Recent Developments Concerning the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », (1997) 13 *African Journal on Human Rights* 514, 521-522 ; REHMAN, *supra*, note 37, p. 108.

127. *The Limburg Principles*, *ibid.*, art. 21 ; ALSTON et QUINN, *ibid.*, p. 174 ; R. BAHDI, « Litigating Social and Economic Rights in Canada in Light of

der une marge de manœuvre économique absolue¹²⁸. Les parties au *Pacte social* doivent ainsi faire un effort soutenu immédiat¹²⁹ afin d'assurer le contenu obligatoire minimum requis par chacun de ces droits¹³⁰ et, éventuellement, dans un délai raisonnable, leur « plein exercice ». Pour ce faire, l'adoption de mesures législatives constitue, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, une avenue importante, voire indispensable¹³¹.

Dans ce contexte, par exemple, un État négligeant d'assurer les besoins essentiels (nourriture, soins de santé, logement, enseignement, etc.) d'un nombre important de personnes violerait le *Pacte social*¹³². De même, des mesures étatiques intentionnellement régressives¹³³, ou une allocation des ressources défavorisant grandement les droits sociaux¹³⁴, devraient être justifiées selon l'article 4 du *Pacte social*, lequel prévoit la possibilité d'apporter certaines limites à la pleine jouissance de ces droits dans la

International Human Rights Law : What Difference Can It Make ? », (2002) 14 *R.F.D.* 158, 163 ; J. BENVENUE TO LIMA Jr., « The Expanding Nature of Human Rights and the Affirmation of Their Indivisibility and Enforceability », dans B. KLEIN GOLDEWIJK, A. CONTRERAS BASPINEIRO et P. CÉSAR CARBONARI (dir.), *Dignity and Human Rights : The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights*, New York, Intersentia Transnational, 2002, 45, p. 59-60 ; CRAVEN, *ibid.*, p. 27 ; EIDE, *supra*, note 23, p. 22 ; NATIONS UNIES, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels : fiche d'information n° 16 (Rev. 1)*, Genève, Centre pour les droits de l'homme, 1996, p. 10.

128. ALSTON et QUINN, *ibid.*, p. 177, 180 ; CRAVEN, *ibid.*, p. 137 ; LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 421.
129. *Observation générale 3*, *supra*, note 70, art. 2 ; *The Limburg Principles*, *supra*, note 126, art. 16 ; ALSTON et QUINN, *ibid.*, p. 166 ; LAMARCHE, *ibid.*, p. 416-417, 421.
130. *The Limburg Principles*, *ibid.*, art. 25 ; DE WET, *supra*, note 126, p. 521 ; NATIONS UNIES, *supra*, note 127, p. 10 ; R.E. ROBERTSON, « Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social, and Cultural Rights », (1994) 16 *Hum. Rts. Q.* 693, 701-702.
131. *Observation générale 3*, *supra*, note 70, art. 3. Voir aussi *The Limburg Principles*, *ibid.*, art. 17-18. Bien que les mesures législatives soient importantes, il faut cependant reconnaître qu'elles ne sont pas nécessairement suffisantes en soi pour assurer pleinement la réalisation des droits économiques et sociaux.
132. *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 22-26 janvier 1997, art. 9, en ligne : http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html (site consulté le 2 juin 2006) ; *Observation générale 3*, *ibid.*, art. 10.
133. *Observation générale 3*, *ibid.*, art. 9 ; Scott LECKIE, « Another Step Towards Indivisibility : Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights », (1998) 20 *Hum. Rts. Q.* 81, 107-108.
134. DE WET, *supra*, note 126, p. 521-522.

mesure où elles sont compatibles avec leur nature et ne sont pas arbitraires ni déraisonnables dans une société démocratique¹³⁵.

En marge de ces efforts de conceptualisation de l'obligation imposée par le *Pacte social*, on assiste par ailleurs à une remise en question de la dichotomie « droits négatifs-droits positifs », au profit d'une conception indivisible de la personne humaine et de tous les droits¹³⁶. Ainsi, la mise en œuvre des droits civils et politiques exigerait elle aussi l'implantation de mesures étatiques¹³⁷. Ce serait notamment le cas du droit à la sécurité physique lequel nécessiterait, par exemple, la présence de forces policières, de

135. ALSTON et QUINN, *supra*, note 37, p. 200 ; NATIONS UNIES, *supra*, note 127, p. 11. Pour une description plus détaillée du rôle de l'article 4 du *Pacte social*, voir *The Limburg Principles*, *supra*, note 126, art. 46-56 ; LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, *supra*, note 22, p. 427-434.

136. *Observation générale 9*, E/C.12/1998/24, art. 10 : « [...] Il est parfois affirmé que les questions d'allocation de ressources sont du ressort des autorités politiques et non des tribunaux. Il faut, bien sûr, respecter les compétences respectives des différentes branches de l'État, mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société », en ligne : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetfr?OpenFrameSet> (site consulté le 2 juin 2006) ; JACKMAN, *supra*, note 37, p. 242-246 ; SCOTT, *supra*, note 20, p. 786 ; H.J. STEINER et P. ALSTON, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 247 ; TÊTÉVI AGBODIAN, *supra*, note 25, p. 31-32. Certaines conventions ou constitutions plus récentes consacrent d'ailleurs tant les droits civils que les droits sociaux. Voir la *Convention relative aux droits de l'enfant*, A/RES/44/25, R.T. Can. 1992 n° 3, en ligne : <http://www.ohchr.org/french/law/crc.htm> (site consulté le 2 juin 2006), la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/c_364/c_36420001218fr00010022.pdf (site consulté le 2 juin 2006), la Constitution Sud-Africaine (*Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996*, en ligne : <http://www.polity.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html?rebookmark=1> (site consulté le 2 juin 2006).

137. C.R. SUNSTEIN, « Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa », (2000/2001) 11 *Forum constitutionnel* 123, 124 ; S. HOLMES et C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton, 1999. Voir également G. OTIS, « La Charte et la modification des programmes gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle en droit américain », (1991) 36 *R.D. McGill* 1348, 1350, selon qui la distinction évoquée ci-dessus est « parfois trompeuse » [ci-après OTIS, « La Charte et la modification des programmes gouvernementaux »] ; D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 156. Le juge en chef Robert, dissident dans l'arrêt *Gosselin (C.A.)*, *supra*, note 55, p. 1097, remet lui aussi en question la justesse de cette dichotomie.

tribunaux criminels, de pénitenciers et autres mesures qui impliquent, bien entendu, des investissements importants¹³⁸. Il en irait de même du droit à un procès équitable dont la réalisation, pour ne pas être vaine, exigerait un système de justice fonctionnel impliquant, entre autres, le paiement de magistrats ou de greffiers, la fourniture d'une certaine aide juridique aux plus démunis, des services d'interprètes, etc.¹³⁹. Comme il est permis de le constater¹⁴⁰, il n'est pas rigoureusement exact de soutenir que les droits civils ne nécessitent le financement d'aucune mesure et que leur pleine réalisation n'exige qu'une obligation d'abstention. C'est d'ailleurs ce que démontre, sur la scène internationale, le cas d'Haïti dont la démocratie est en « reconstruction ». En effet, depuis le départ du pouvoir du président Jean-Bertrand Aristide en février 2004, des tentatives d'élections ont été maintes fois reportées en raison de l'instabilité politique et de la misère sociale qui règne dans le pays¹⁴¹. C'est ainsi qu'en février 2006, était enfin prévu le premier tour des élections, lesquelles ont nécessité d'importantes ressources monétaires, humaines et institutionnelles. Ce processus démocratique, participant des droits civils et politiques, a en effet entraîné l'investissement de dizaines de millions par la communauté internationale, mobilisé 8 000 Casques bleus

138. H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 37-38. Voir également ARAMBULO, *supra*, note 22, p. 117-118.

139. ARAMBULO, *ibid.*, p. 73 ; CRAVEN, *supra*, note 25, p. 15 ; S. LIEBENBERG, « The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal System », dans EIDE, KRAUSE et ROSAS, *supra*, note 23, 55, p. 58 ; PUTA-CHEKWE et FLOOD, *supra*, note 22, p. 42 ; SCHABAS, « Freedom from Want », *supra*, note 23, p. 202 ; G.-J.H. VAN HOOFF, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : A Rebuttal of Some Traditional Views », dans P. ALSTON et K. TOMASEVSKI (dir.), *The Right to Food*, Boston, Martinus Nijhoff, 1984, 97, p. 103.

140. D'autres droits civils reconnus dans le *Pacte social* nécessiteraient l'adoption de mesures positives, notamment la protection contre les arrestations arbitraires et la privation de liberté, sauf pour les motifs prévus par la loi (art. 9(1)), le droit d'être informé des motifs de son arrestation (art. 9(2)), le droit de la personne accusée ou détenue de recourir au tribunal afin qu'il statue sur la légalité de son arrestation ou détention (art. 9(4)), le droit de la personne arrêtée d'être traitée avec dignité (art. 10(1)), le droit des jeunes d'être détenus séparément des adultes (art. 10(2)(b)). Bien que ces droits semblent à première vue n'exiger aucune intervention de l'État, quelle signification auraient-ils en l'absence de tout système pénal et judiciaire ? Il faut en effet à tout le moins qu'un tel système existe ou soit mis en place pour assurer ces droits.

141. Au moment des élections, la ville de Port-au-Prince « parvient à peine à ramasser ses ordures[,] [p]lus de la moitié des quelque huit millions d'Haïtiens vivent avec un dollar américain par jour, la majorité est analphabète et 80 % des gens n'ont pas accès à l'électricité », soulignait G. TAILLEFER, « Haïti dans l'attente : le candidat le plus populaire est celui qui n'a rien dit », *Le Devoir* (4 février 2006), en ligne : <<http://www.ledevoir.com/cgi-bin/imprimer?path=/2006/02/04/101349.html>> (site consulté le 19 avril 2006).

et des agents de la police nationale haïtienne afin d'assurer la sécurité, entraîné la construction de bâtiments et nécessité des hélicoptères pour transporter les résultats du scrutin qui s'est déroulé dans 800 bureaux de vote¹⁴².

Voilà qui illustre, à mon avis, qu'en distinguant les droits sociaux des droits civils par une prétendue différence de nature positive ou négative, plusieurs ignorent le choix qu'ont fait les pays occidentaux de poursuivre prioritairement la réalisation de ces derniers par la mise sur pied d'institutions permettant leur exercice¹⁴³. Ayant historiquement et collectivement choisi de consacrer les plus grands efforts au développement des droits civils, ceux-ci nous sont évidemment plus familiers et, par conséquent, nous sommes portés à tenir leur réalisation pour acquise.

Bien qu'ils ne remettent pas véritablement en question la dichotomie droits civils-droits sociaux, les tribunaux canadiens et québécois reconnaissent néanmoins qu'il est inexact de prétendre que la mise en œuvre des premiers ne nécessite aucune mesure¹⁴⁴. On a ainsi reconnu que le droit à la dignité¹⁴⁵, le droit à l'égalité¹⁴⁶, la liberté de religion ou d'autres libertés fondamentales¹⁴⁷ ne peuvent, dans tous les cas, être respectés que par un seul comporte-

142. À cet égard, voir TAILLEFER, *ibid.*

143. Voir, en ce sens, KOCH, *supra*, note 37, p. 7.

144. À cet égard, la juge en chef McLachlin soulignait d'ailleurs dans l'arrêt *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15, par. 81-82, que si l'article 7 de la *Charte* canadienne, qui garantit les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité, n'impose pas, dans le contexte constitutionnel actuel, une obligation positive à l'État, il se pourrait bien que les tribunaux en jugent autrement un jour : « [...] jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose à l'État une obligation positive de garantir à chacun la vie, la liberté et la sécurité de sa personne. Au contraire, on a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte à ces droits. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce. *Il est possible qu'on juge un jour que l'art. 7 a pour effet de créer des obligations positives* » [la juge en chef McLachlin souligne] [mon italique].

145. Voir par exemple l'arrêt *Coutu*, *supra*, note 14, dans lequel la Cour d'appel estime que la négligence d'un centre qui héberge des personnes souffrant de handicaps de fournir à ses patients les soins de santé nécessaires porte atteinte, notamment, à l'article 4 de la *Charte* québécoise.

146. Voir par exemple *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 ; *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 ; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 721 ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 : « Même si aucun droit ne saurait être absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger » [mon italique].

147. La Cour suprême reconnaît en effet que, dans certaines circonstances, les libertés fondamentales peuvent imposer des obligations positives à l'État. Voir *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 77 (j.c. McLachlin) : « De plus, notre Cour a

ment d'abstention. C'est d'ailleurs ce que soulignait la Cour d'appel dans le contexte de l'obligation d'accommodement raisonnable qu'impose la liberté de religion : « La Charte n'est pas qu'une incitation à la tolérance, elle est génératrice de droits. Une conséquence logique de la reconnaissance d'un droit emporte l'obligation de le respecter et de *prendre des mesures* afin [d'en] protéger l'exercice »¹⁴⁸.

En résumé, considérant les développements internationaux récents évoqués ci-dessus, et tel que le rappelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies dans ses conclusions sur la présentation du troisième rapport canadien, « les droits économiques et sociaux ne devraient [donc] [plus] être réduits à des principes et objectifs »¹⁴⁹. L'un des moyens pour y parvenir, en droit international, serait bien sûr l'adoption d'un protocole facultatif qui permettrait aux ressortissants d'États de s'adresser directement à une institution internationale advenant une violation de leurs droits sociaux¹⁵⁰, mécanisme dont disposent déjà les droits consacrés dans le *Pacte civil*¹⁵¹.

rappelé, à maintes reprises, qu'il n'est pas toujours suffisant pour l'État d'adopter une attitude de réserve. Elle a admis que, dans certaines circonstances exceptionnelles, une mesure gouvernementale positive pourrait s'avérer nécessaire afin de donner un sens à une liberté fondamentale ». Voir également *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 19-21 (j. Bastarache) ; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 7 (j. L'Heureux-Dubé), 33 (j. Bastarache) ; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, 1039, juge L'Heureux-Dubé ; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 55, p. 879.

148. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Multani*, [2004] R.J.Q. 824 (C.A.), [mon italique], infirmé pour d'autres raisons par la Cour suprême dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6.

149. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Conclusion du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/1/Add.31 4, 4 décembre 1998, par. 50, disponible sur le site Internet du Programme des droits de la personne de Patrimoine canadien, en ligne à : <http://www.pch.gc.ca/progs/pdp-hrp/docs/cesc/cescconc_f.cfm> (site consulté le 2 juin 2006). Le Comité vient récemment de rendre ses conclusions sur la présentation des quatrième et cinquième rapports du Canada dans lesquelles il constate que ses recommandations concernant le troisième rapport canadien n'ont pas été mises en œuvre. Le Comité condamne notamment l'absence de voies de droit individuelles en ce qui concerne la violation des droits économiques et sociaux au Canada et l'absence d'un droit juridique obligatoire à l'assistance financière pour toute personne dans le besoin. Le rapport du Comité est disponible en ligne : <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.CAN.CO.5-new.pdf>> (site consulté le 2 juin 2006).

150. DE WET, *supra*, note 126, p. 517, souligne cependant que plusieurs États parties au *Pacte social* ne sont pas en faveur d'un mécanisme de plaintes individuelles. Pour de plus amples développements sur les enjeux soulevés par ce protocole, voir DE WET, *ibid.*, p. 515-516, 525-543.

151. Voir le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. AG 2200 A (XXI) (1966), art. 1^{er} et s., en ligne : <<http://www.ohchr.org/french/law/ccpr-one.htm>> (site consulté le 2 juin 2006).

3.2 *La définition et la sanction des droits économiques et sociaux : le cas de l'article 45*

Considérant ces développements internationaux, l'emploi à l'article 45 des termes « mesures [...] prévues par la loi » et « susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent » par le législateur québécois, n'a rien d'étonnant. À mon avis, ces expressions reflètent tout simplement les postulats internationaux selon lesquels, d'une part, la marge d'autonomie des États quant au délai et aux moyens de mise en œuvre des droits sociaux ne constitue pas une échappatoire permettant d'en remettre indéfiniment la réalisation et, d'autre part, que la loi constitue à cet égard un outil indispensable. Il faut reconnaître, cependant, que d'autres dispositions du chapitre IV de la *Charte* emploient les termes « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi » ou autres expressions similaires¹⁵², ce qui pourrait plutôt appuyer l'interprétation retenue par la majorité de la Cour suprême¹⁵³ suggérant qu'il revient exclusivement au législateur de déterminer la qualité des mesures à adopter dans la réalisation des droits sociaux. Une telle interprétation s'harmonise mal, cependant, avec l'objet fondamental de ces droits reconnus dans un document aussi important que la *Charte* québécoise.

À mon avis, les expressions ci-dessus mentionnées et le rôle nécessaire de la loi dans la mise en œuvre des droits sociaux ne signifient donc pas nécessairement que ces derniers ne disposent en eux-mêmes d'aucun contenu normatif propre. Les instances onusiennes se sont d'ailleurs efforcées, ces dernières années, de développer la portée de ces droits. C'est notamment le cas du droit à un niveau de vie suffisant lequel nécessite, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'accessibilité à un logement et à une nourriture respectivement propres à l'habitation et à la consommation, à des prix raisonnables, ainsi que l'établissement de voies de droit internes en cas de violation¹⁵⁴.

Dans ce contexte, le contenu normatif autonome des droits économiques et sociaux affirmés dans la *Charte*, auquel il n'a pas

152. *Charte*, art. 40, 41, 42, 44 et 46.

153. *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15 par. 90 (j.c. McLachlin).

154. De façon générale, voir l'*Observation générale* 4, l'*Observation générale* 7 et l'*Observation générale* 12 du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, disponibles en ligne : <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetfr?OpenFrameSet>> (site consulté le 2 juin 2006).

été accordé suffisamment d'attention, devrait être développé¹⁵⁵. En ce qui concerne l'article 45, par exemple, les expressions « besoin » et « niveau de vie décent » mériteraient d'être définies, notions qui permettraient de déterminer quels individus ont droit à une aide financière et si les mesures adoptées à cette fin sont adéquates ou décentes.

Si la jurisprudence a jusqu'à présent négligé d'explicitier ces termes, l'étude de certaines décisions des tribunaux spécialisés, devant lesquels l'article 45 a en vain été invoqué, apporte quelques éléments de réponse. La Commission des affaires sociales estimait, par exemple, qu'une réclamation d'environ 5000 \$ d'aide sociale versés sans droit à une personne n'ayant pas déclaré son retour aux études, mais ayant omis par inadvertance de présenter une demande de prêts et bourses qui auraient été d'un montant similaire, ne la plaçait pas dans une « situation périlleuse »¹⁵⁶. Compte tenu des revenus mensuels de 700 \$ de cette personne et de la répartition du remboursement sur une base mensuelle, il fut ainsi jugé que cette dernière n'était pas dans une situation de besoin permettant de « conclure [...] à la nécessité d'une exemption de nature constitutionnelle comme [...] dans l'affaire *Johnson* »¹⁵⁷. Dans une autre décision, la Commission jugea que la situation financière difficile d'un père, sa femme et sa fille, parrainés par un membre de la famille habitant un logis de trois pièces et demie et recevant 980 \$ par mois d'assurance-chômage pour faire vivre tout ce monde, ne comportait aucun « danger sérieux pour [leur] santé et [leur] sécurité »¹⁵⁸ justifiant la demande d'aide sociale du père¹⁵⁹.

Dans l'affaire *G.D. c. Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*¹⁶⁰, une mère contestait pour sa part la comptabilisation, dans ses revenus, de la pension de 541 \$ qu'elle recevait pour son enfant et la diminution corrélative de sa prestation d'aide sociale

155. C'est également le constat que fait la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 16-22.

156. *Aide sociale* – 15, [1996] C.A.S. 85, 87.

157. *Ibid.*

158. *Aide sociale* – 36, [1995] C.A.S. 168, 171 (M^{me} Sophia Florakas Petsalis, assessseure).

159. *Ibid.*, p. 171 (M^{me} Sophia Florakas Petsalis, assessseure), 172 (M^e Bernard Cohen, membre). Une disposition législative permettait en effet à une personne parrainée d'avoir accès à des prestations d'aide sociale dans la mesure où ses besoins n'étaient pas comblés par son parrain.

160. [2002] T.A.Q. 729.

à 268 \$, laquelle aurait été de 809 \$ n'eût été de la pension de l'enfant. Rappelant d'abord l'absence de compétence judiciaire de contrôle en la matière¹⁶¹, le Tribunal administratif se permit tout de même de « réfléchi[r] sur les effets de [la] législation [contestée] sur l'enfant et sa famille »¹⁶², pour ensuite affirmer qu'il n'y avait là aucune atteinte aux « valeurs fondamentales » ni « dérogation [...] » à l'article 45¹⁶³. Il semble donc, selon le Tribunal, qu'un versement de 809 \$ par mois constituait en l'espèce une aide financière décente pour une femme et un enfant.

Ces quelques affirmations¹⁶⁴, formulées parfois sous la forme d'*obiter* ou ne constituant pas toujours le fondement même de la décision rendue, il faut le reconnaître, n'en permettent pas moins de penser que les tribunaux, advenant l'hypothèse d'un rôle judiciaire éventuellement accru en la matière, considéreraient qu'une personne ne se trouve dans une situation de « besoin », au sens de l'article 45, que dans la mesure où sa vie, sa santé ou sa sécurité seraient véritablement en danger¹⁶⁵.

161. *Ibid.*, par. 42, 46.

162. *Ibid.*, par. 42.

163. *Ibid.*, par. 45, 47.

164. Voir aussi les affaires suivantes : *Assurance-automobile* – 116, [1997] C.A.S. 726 (la Commission y juge que des revenus combinés d'environ 2230 \$ d'un couple avec trois enfants qui possède également une maison en construction d'une valeur de 35 000 \$ et deux voitures aux paiements mensuels respectifs de 360 \$ et 340 \$, sont suffisants pour combler leurs « besoins essentiels », p. 729) ; *Aide sociale* – 93, *supra*, note 58 (la Commission estime en l'espèce qu'un prêt étudiant annuel d'une valeur de 4822 \$ participe « d'un régime approprié atteignant l'objectif de satisfaction de[s] [...] besoins essentiels [de l'étudiant] [...] », p. 651).

165. Voir les motifs du juge en chef Robert dans l'arrêt *Gosselin (C.A.)*, *supra*, note 55, p. 1100-1109 et, plus particulièrement, la p. 1101 : « À l'aube du XXI^e siècle, et dans un pays favorisé comme le Canada, le droit quasi constitutionnel garanti par l'article 45 à des mesures sociales et économiques susceptibles d'assurer un niveau de vie décent comprend à tout le moins le droit pour toute personne dans le besoin d'obtenir ce que la société canadienne considère, de façon objective, comme des moyens suffisants pour subvenir aux *nécessités essentielles de la vie* » [mon italique]. Dans ce contexte, on peut se demander si la prestation mensuelle de base de 543 \$ par mois pour un adulte seul, actuellement prévue par le *Règlement sur le soutien du revenu*, c. S-32.001, r. 1, al. 23(1), adopté en marge de la *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, *supra*, note 48, respecte le « niveau de vie décent » dont fait mention l'article 45 dans l'hypothèse où les tribunaux accepteraient de contrôler la suffisance des mesures législatives en matière économique et sociale. Notons par ailleurs que, selon l'Institut de la statistique du Québec et le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, *Recueil statistique sur la pauvreté et les inégalités socioéconomiques au Québec*, Québec, 2006, p. 33, le Seuil de faible revenu après impôt en 2004 était de 11 025 \$ (régions rurales), 12 617 \$ (régions de moins de 30 000 habitants), 14 075 \$ (régions de 30 000-99 999 habitants), 14 253 \$ (régions de 100 000-499 999 habitants) et 16 853 \$ (régions de 500 000 habitants et plus), ce qui donne des montants mensuels approximatifs de 920 \$, 1 050 \$, 1 170 \$, 1 190 \$ et 1 405 \$.

S'il importe de définir de façon plus précise le contenu obligatoire des droits économiques et sociaux, encore faudra-t-il élaborer des moyens permettant d'en sanctionner directement les violations¹⁶⁶ et dépassant la logique du symbolisme rattachée à un jugement déclaratoire. À cet égard, si l'article 52 exclut les articles 39 à 48 de son champ d'application, les droits économiques et sociaux, sans disposer d'un statut supérieur à la législation « ordinaire », lui sont-ils pour autant inférieurs ? À supposer qu'une réponse négative s'imposerait, n'y aurait-il pas lieu alors de considérer les droits sociaux et les lois ordinaires sur un pied d'égalité et, ainsi, de les interpréter de façon à les concilier ?

Il y aurait également lieu de « réhabiliter » l'article 49 en matière socioéconomique, disposition qui n'établit d'ailleurs aucune distinction quant à la sanction de la violation des droits reconnus dans la *Charte*, qu'ils soient civils ou sociaux¹⁶⁷. Pour cela, il faudrait revenir sur le postulat selon lequel le législateur ne commet pas de faute par la simple adoption d'une loi valide par la suite invalidée pour violation des droits et libertés¹⁶⁸, du moins dans le contexte particulier des droits économiques et sociaux. Un tel principe méconnaît en effet le rôle important que l'État, notamment le législateur, a accepté de jouer en cette matière en vertu de ses engagements internationaux¹⁶⁹. Ce dernier ne peut donc pas, ou n'est pas censé ignorer, qu'il est le premier responsable de la mise en œuvre des modalités qualitatives de réalisation que ces droits énoncent (« niveau de vie *décent* », « instruction publique *gratuite* »). Dans ces circonstances et face à l'action insatisfaisante chronique du gouvernement en cette matière, il me semble que l'adoption d'une loi de mesures sociales qui ne respecte pas le

166. La Cour souligne sur ce point, sous la plume du juge LeBel, que « le droit n'est sans doute qu'aux premières étapes de son développement [...] » et invite les tribunaux à faire preuve de « flexibilité et de [...] créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne », *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, *supra*, note 75, par. 26, juge LeBel.

167. Cette disposition prévoit en effet clairement qu'« [u]ne atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte » [mon italique].

168. *Ci-dessus*, p. 18.

169. La professeure Lucie LAMARCHE, « Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les femmes et le droit à la sécurité sociale : des considérations et des propositions pour un droit « universel » à la sécurité sociale », (2002) 14 *R.F.D.* 53, 97, rappelle que l'État est le « premier responsable de la mise en œuvre des droits de la personne » — dont les droits économiques et sociaux — et, qu'en cette qualité, il devrait « traite[r] les mécanismes de protection sociale [...] comme des droits et non comme des commodités ».

minimum ou le « noyau essentiel »¹⁷⁰ requis par l'article 45 équivaudrait à « un comportement *clairement* fautif¹⁷¹ » ou manifestement déraisonnable, ce qui, au sens des arrêts pertinents de la Cour suprême¹⁷², donnerait droit à la cessation de cette atteinte et à une réparation du préjudice moral ou matériel subi¹⁷³.

Bien entendu, la question des réparations constitutionnelles et quasi constitutionnelles appropriées en matière économique et sociale est très complexe¹⁷⁴ et nécessiterait des développements plus approfondis, que des contingences quant au nombre de pages et à l'objectif général de ce texte ne permettent pas. Ces difficultés doivent cependant être surmontées afin que les tribunaux, en définissant les droits économiques et sociaux et en élaborant des mécanismes de sanctions juridiques directes¹⁷⁵, puissent enfin confirmer la normativité juridique entière de ces droits.

170. C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 18.

171. *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, *supra*, note 75, par. 78-79, juge Gonthier [mon italique].

172. *Supra*, note 75.

173. Le professeur Jacques FRÉMONT, « Les tribunaux et la Charte : le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques », (1991) 36 *R.D. McGill* 1323, 1335, estimait d'ailleurs qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire lorsque l'État viole de façon répétée et systématique des droits « programmatiques » ou en cas « d'inaction chronique » de sa part – ce qui est à mon avis le cas en ce qui concerne par exemple le droit à des mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent – les tribunaux devraient pouvoir le contraindre à prendre des mesures pour les respecter.

174. Comme en fait foi la doctrine publiée sur le sujet, en vertu des alinéas 24(1) de la *Charte* canadienne ou 49(1) de la *Charte* québécoise, notamment : FRÉMONT, *ibid.* ; K. DELWAIDE, « Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés : recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 98 ; G. OTIS, « La Charte canadienne et le nécessaire dépassement du modèle diceyen de la responsabilité publique », (1993) 3 *N.J.C.L.* 243 ; G. OTIS, « Que reste-t-il de l'article 24 de la Charte canadienne après l'affaire *Schachter* ? », (1993) 72 *R. du B. can.* 162 ; G. OTIS, « La responsabilité de l'administration en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65 ; G. OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561 ; G. OTIS, « La Charte et la modification des programmes gouvernementaux », *supra*, note 137 ; M.L. PILKINGTON, « Monetary Redress for Charter Infringement », dans R.J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 307 ; M.L. PILKINGTON, « Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1984) 62 *R. du B. can.* 517.

175. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son *Observation générale* 9, *supra*, note 136, art. 3, 9-10, souligne d'ailleurs l'importance de permettre l'accès à des voies de droit internes effectives contre la violation des droits économiques et sociaux. Si les voies de droit judiciaires ne sont pas les

Conclusion

En 1975, le législateur québécois a reconnu *supralégislativement* un vaste éventail de droits et libertés, couvrant à la fois les droits civils et les droits sociaux, contrairement à la plupart des instruments internationaux en la matière. Si, ce faisant, il semblait reconnaître l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits et libertés de la personne¹⁷⁶, cette affirmation concurrente de droits civils et de droits sociaux ne fut pas suffisante pour assurer à ces derniers, en particulier dans les relations États-particuliers, un statut équivalent à celui des droits civils. En effet, la portée qui fut accordée notamment aux articles 40 et 45 de la *Charte* et l'interprétation qu'en ont ensuite faite les tribunaux ont plutôt révélé les limites de ces dispositions, considérées comme des droits « politiques » dont la réalisation nécessite, contrairement aux droits civils, l'adoption de mesures législatives coûteuses. Le droit interne québécois perpétuait ainsi la dichotomie opérée entre les droits civils et les droits sociaux sur la scène internationale dans les années 1950-1960, sur la base d'un parti pris idéologique en faveur des premiers.

En 2002, la Cour suprême avait l'occasion, pour la première fois, d'interpréter l'un des principaux droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte* québécoise, soit l'article 45, et de lui donner un sens plus respectueux du document fondamental dans lequel il se trouve. Ainsi, dans l'arrêt *Gosselin*, la majorité de la Cour a enfin reconnu que cette disposition, et les autres du même genre, sont « juridique[s] », constituent des « droits » ou des « normes prescrites » et, de ce fait, imposent à l'État l'obligation de mettre sur pied des mesures appropriées tendant à en assurer la mise en œuvre. Si les motifs de la majorité sont à cet égard quelque peu décevants dans la mesure où elle ne constate pas la violation de cette obligation alors que la plaignante ne recevait qu'une prestation d'aide sociale de base dérisoire¹⁷⁷, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une certaine avancée vers la reconnaissance de la pleine normativité juridique des droits sociaux.

seules possibles, elles demeurent néanmoins importantes, d'autant plus lorsque ces droits sont reconnus dans un instrument juridique interne tel que la *Charte* québécoise.

176. C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 6-7.

177. Cette somme était d'environ 170 \$ par mois, alors qu'à la même époque le seuil de pauvreté était de 914 \$. Voir *Gosselin (Cour suprême)*, *supra*, note 15, par. 7, 159.

Cela n'est cependant pas suffisant, dans une perspective positiviste du droit, pour en faire de véritables normes juridiques. La majorité des auteurs estimant qu'une telle norme constitue un modèle comportemental impératif, il s'ensuit, selon certains, que pour conserver sa validité, elle doit nécessairement être respectée volontairement par ses destinataires ou, à défaut, être imposée par l'autorité publique. Pour conserver sa pleine normativité, une norme juridique doit donc pouvoir faire l'objet de sanctions contraignantes, ce qui n'est manifestement pas le cas des droits sociaux dans la mesure où la seule réparation possible à leur violation constitue un jugement déclaratoire symbolique sans effets juridiques directs¹⁷⁸. En ce sens, comme nous l'avons constaté, les effets des droits sociaux s'apparentent à ceux des conventions constitutionnelles, que les tribunaux refusent de considérer comme des règles juridiques et de sanctionner en raison notamment de leur origine politique.

Cependant, contrairement à ces dernières, les droits sociaux sont plutôt d'origine juridique dans la mesure où ils sont reconnus dans la *Charte*. À cet égard, comme le remarquent certains auteurs, des énoncés purement symboliques peuvent, avec le temps et par l'interprétation judiciaire, se muter en véritables normes de droit contraignantes. Ce pourrait être un jour le processus par lequel passeront les droits sociaux si les tribunaux, s'inspirant des développements récents dont a fait l'objet le *Pacte social*, remettent en question la dichotomie exagérée entre les droits civils et les droits sociaux au profit d'une conception indivisible et interdépendante de tous ces droits. Les magistrats devraient également s'employer à définir de façon plus précise le contenu des droits sociaux, tel que le suggère d'ailleurs la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse¹⁷⁹, et trouver des moyens d'en sanctionner les violations. Si cette tâche comporte évidemment sa part de difficultés, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être entreprise sans quoi il faudra se résigner et reconnaître que la consécration des droits économiques et sociaux dans la *Charte* en 1975 était « un geste purement symbolique »¹⁸⁰.

178. Le professeur Ghislain Otis, qui a beaucoup écrit sur le sujet des réparations et sanctions liées à la violation des droits et libertés de la personne, particulièrement dans le contexte de la *Charte* canadienne, affirmait d'ailleurs à juste titre que « la réparation et la sanction [...] permettent de dépasser les grandes déclarations abstraites pour inscrire dans le réel les engagements constitutionnels ».

179. La C.D.P.D.J., *Après 25 ans : la Charte québécoise*, *supra*, note 10, p. 15-22, insiste sur l'importance de définir le contenu normatif de la *Charte*, particulièrement celui des droits économiques et sociaux.

180. BOSSET (2003), *supra*, note 12, p. 229.

Les rendez-vous manqués entre la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ et les droits linguistiques au Québec

Michel VENNE²

1. Premier rendez-vous manqué : 1974	497
2. Deuxième rendez-vous manque : 1977	503
3. Troisième rendez-vous manqué : 1982	506
3.1 Le statut « quasi constitutionnel » de la <i>Charte québécoise</i>	507
3.2 Les droits linguistiques et la <i>Charte canadienne</i> . .	510
4. Quatrième rendez-vous manqué : 2002.	512
4.1 Les recommandations de la Commission Larose . .	512
4.2 Une constitution du Québec	518
5. Conclusion : pour une réconciliation entre les droits linguistiques et la <i>Charte québécoise</i>	519

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après la *Charte* ou la *Charte québécoise*).

2. Michel Venne est journaliste. Il est le directeur général et fondateur (en 2003) de l'Institut du Nouveau Monde (www.inm.qc.ca), chroniqueur au quotidien *Le Devoir* et directeur de *L'Annuaire du Québec*.

C'est l'histoire de plusieurs rendez-vous manqués entre la *Charte des droits et libertés de la personne* et les droits linguistiques au Québec. La *Charte québécoise* est en effet muette sur les droits des francophones comme sur les droits linguistiques des minorités, sauf pour interdire toute discrimination fondée sur la langue (art. 10) et reconnaître, à son article 28, le droit, à toute personne arrêtée ou détenue, « d'être promptement informée dans une langue qu'elle comprend, des motifs de son arrestation ou de sa détention ». Ce silence s'explique par des raisons politiques mais il n'est pas sans conséquences pour l'interprétation que font les tribunaux des droits linguistiques de la majorité et des minorités. Notre époque paraît plus favorable à une clarification des rapports entre les droits linguistiques et les autres droits, que celle, tumultueuse, des années 1970, lorsque furent adoptées la *Charte québécoise* et les lois linguistiques. Le besoin de procéder à une telle clarification se fait par ailleurs chaque jour sentir. Mais aucune volonté politique ne semble apparaître de passer aux actes.

1. Premier rendez-vous manqué : 1974

La *Charte québécoise* est née dans un contexte politique chargé, nourri par un conflit larvé entre la majorité francophone et la communauté de langue anglaise. Les francophones du Québec prenaient conscience de la fragilité du statut de leur langue. Le climat était explosif. À la fin des années 1960 et au début des années 1970, le nationalisme québécois vivait à la fois ses heures de gloire ainsi que ses moments les plus sombres³. Le mouvement indépendantiste gagnait en popularité, s'appuyant notamment sur les revendications linguistiques et les nombreux griefs des francophones à l'endroit de la majorité anglaise du Canada. En 1968, la Commission Gendron sur la situation de la langue française devait confirmer, chiffres à l'appui, la situation d'infériorité économique dans laquelle les francophones étaient confinés malgré le fait qu'ils constituaient la majorité de la population au Québec. En 1969, des manifestations violemment réprimées avaient secoué le Québec, l'une pour réclamer le droit

3. En octobre 1970, le Front de libération du Québec avait enlevé un diplomate britannique et un ministre du gouvernement du premier ministre Robert Bourassa, M. Pierre Laporte. Ce dernier fut assassiné.

d'utiliser la langue française à l'Université McGill et l'autre, à Saint-Léonard, pour s'opposer au projet de loi n° 63 qui rendait obligatoire l'enseignement de la langue française dans les écoles anglaises. La même année, le Parlement adoptait la *Loi sur les langues officielles*⁴, plaçant le français et l'anglais sur le même pied et forçant l'Administration fédérale à offrir des services dans ces deux langues.

Tandis que la question linguistique était la cause d'une effervescence politique, les premiers travaux menant à l'adoption d'une charte des droits et libertés se déroulaient loin des projecteurs. André Morel raconte que, contrairement à d'autres instruments juridiques du même ordre adoptés ailleurs dans le monde, la *Charte québécoise* n'a pas suscité l'intérêt du public.

[O]n chercherait en vain les signes d'une volonté sociale collective d'affirmation des libertés publiques contre les abus du Pouvoir. Les influences qui ont été déterminantes dans sa genèse ne rejoignent pas de pressantes aspirations populaires. Elles émanent d'un certain nombre d'initiés, voire au mieux de quelques groupes plus ou moins restreints, quoique profondément engagés.⁵

En 1971, le ministre de la Justice, Jérôme Choquette, demande aux professeurs Paul Crépeau et Frank Scott de lui soumettre un rapport en vue de présenter à l'Assemblée nationale un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne⁶. Or il devait s'écouler un peu plus de trois ans pour que le gouvernement donne suite au rapport Crépeau-Scott. Selon André Morel,

[l]a raison de ce retard semble bien avoir été la crainte que le dépôt d'un projet de charte ne suscite un débat passionné sur les droits linguistiques susceptible de compromettre le projet lui-même.⁷

4. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. 31 (4^e suppl.).

5. A. MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1989) *R.J.T.* 1, 3.

6. P.-A. CRÉPEAU et F. SCOTT, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne / Report on a Draft Bill concerning Human Rights and Freedoms*, 25 juillet 1971 (ci-après Rapport Crépeau-Scott), l'article 38 se lisant comme suit : « Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants la langue française ou la langue anglaise, ou les deux, comme langue d'enseignement dans les écoles publiques. Toutefois, l'État doit prendre les mesures appropriées afin de favoriser l'acquisition pour les enfants d'une connaissance d'usage de la langue officielle autre que celle choisie comme langue d'enseignement. »

7. A. MOREL, *supra*, note 5 ; Morel cite, à ce sujet, L. LAURIN, *Des luttes et des droits : antécédents et histoire de la Ligue des droits de l'Homme de 1935 à 1975*, Montréal, Éditions du Méridien, 1985, p. 103.

Dans leur rapport, Paul-André Crépeau et Frank Scott recommandaient de prévoir un article sur le choix de la langue d'enseignement⁸. Crépeau et Scott avaient tout simplement retranscrit *mutatis mutandis* le contenu de la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*⁹ (projet de loi n° 63, adopté en 1969). Mais la « Loi 63 » était très controversée. Elle avait suscité des émeutes à Saint-Léonard et ne satisfaisait ni les francophones ni les immigrants. Le gouvernement était à la recherche d'une solution de rechange.

S'il paraissait normal à certains, dont la Ligue des droits de l'Homme¹⁰, qu'une charte québécoise ne reste pas silencieuse sur l'épineuse question des droits linguistiques, le gouvernement de Robert Bourassa préférait dissocier les deux démarches. La question linguistique divisait l'opinion publique tandis que le projet de charte des droits et libertés ne suscitait guère d'émotion au sein de la population.

De plus, à cette époque, il n'y avait pas consensus sur le fait que les droits linguistiques devaient être considérés comme des droits fondamentaux, sauf pour inclure la langue parmi les motifs illicites de discrimination, ce qui constitue une approche négative des droits, bien différente d'une politique visant à promouvoir une langue nationale. Sur le plan international, lors du débat qui devait mener à la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹¹, l'opportunité d'y inclure une clause sur la langue et d'autres droits des minorités fut abordée mais ne fut pas retenue¹².

Adoptés en 1966, les pactes internationaux, celui sur les droits économiques, sociaux et culturels et celui sur les droits civils et politiques, étaient cependant explicites. L'article 27 du

8. Rapport Crépeau-Scott, *supra*, note 6.

9. *Loi pour promouvoir la langue française*, L.Q. 1969, c. 9.

10. La Ligue avait rendu public, le 24 mai 1973, par le truchement des journaux quotidiens, un document qui énonçait son propre projet de charte pour le Québec dont l'inspiration puisait aux instruments internationaux. Le document prévoyait un chapitre sur les droits linguistiques et culturels. Le dossier-journal était intitulé : « La Charte et la Commission québécoise des droits de l'Homme », 24 mai 1973.

11. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948). Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* est l'instrument central de la protection des droits et libertés sur le plan international.

12. QUÉBEC, Commission des droits de la personne, *Mémoire concernant le projet de loi n° 1 sur la langue française au Québec*, 27 mai 1977, p. 12.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que :

[...] dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou *linguistiques*, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou *d'employer leur propre langue*.¹³ [italiques ajoutés]

Les pactes internationaux lient le Québec et le Canada. Ils sont entrés en vigueur en 1976, soit la même année que la *Charte québécoise* qui, normalement, aurait dû en tenir compte. L'article 27 du Pacte avait d'ailleurs été partiellement transposé à l'article 43 de la *Charte québécoise*. Cependant, le législateur a volontairement omis de conserver les passages du texte onusien qui concernent les droits des membres des minorités linguistiques. La même omission avait été faite pour ce qui concerne les droits des minorités religieuses¹⁴.

Dans un avis publié en 1977, la Commission des droits de la personne affirmait que « la différence rédactionnelle entre l'instrument international et la *Charte québécoise* des droits relativement au droit à l'usage de la langue, n'est qu'apparente ». Le droit reconnu aux minorités linguistiques d'employer leur langue en commun avec les autres membres de leur groupe, « nous le considérons comme inclus dans notre article 43, et cela malgré la différence entre l'article 27 du Pacte et la *Charte québécoise* », écrit la Commission¹⁵.

Il reste que dans le seul jugement qui a interprété cette disposition, la Cour supérieure a statué que les « minorités ethniques » visées à l'article 43 n'incluaient pas la communauté anglophone du Québec¹⁶. Dans le Bilan qu'elle a dressé de la *Charte* 25 ans après son adoption, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse reconnaît que la différence est bien réelle et elle recommande « que l'article 43 de la *Charte*

13. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976).

14. L'article 43 de la *Charte* se lit ainsi : « Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe. »

15. QUÉBEC, Commission des droits de la personne, *supra*, note 12, p. 76.

16. *Campisi c. Québec (Procureur général)*, [1977] C.S. 1067, infirmé pour d'autres motifs par [1978] C.A. 520.

reconnaisse également aux personnes appartenant aux communautés linguistiques et religieuses, le droit, en commun avec les autres membres de leur groupe, de professer et de pratiquer leur propre religion, ainsi que d'employer leur propre langue »¹⁷.

Les droits linguistiques sont donc réduits à leur plus simple expression dans la *Charte québécoise* et ce, malgré une évolution favorable à leur protection déjà explicite dans des instruments internationaux au moment de son adoption en 1975. Le contexte politique peut expliquer cette situation.

Lors du discours inaugural de la session parlementaire de 1974, à l'Assemblée nationale, le gouvernement fit connaître son intention de proposer l'adoption d'une charte des droits « complétée par une législation globale sur les droits linguistiques et culturels »¹⁸.

Le gouvernement présenta et fit adopter d'abord la *Loi sur la langue officielle*¹⁹ (« Loi 22 »), entrée en vigueur le 31 juillet 1974, ce qui lui permit de liquider la question linguistique avant d'aborder son projet de charte (ou de loi) sur les droits et libertés de la personne, présenté à l'Assemblée nationale le 29 octobre de la même année.

Maintenant que le gouvernement croyait avoir réglé la question linguistique, il pouvait aller de l'avant avec son projet de législation sur les droits et libertés de la personne. Les deux textes

17. QUÉBEC, Commission des droits de la personne, *25 ans après, la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, Bilan et recommandations*, volume 1, adopté le 11 juillet 2003, p. 39.

18. Assemblée nationale, *Journal des débats*, 2^e session, 30^e législature, vol. 15, p. 1.

19. *Loi sur les langues officielles*, L.Q. 1974, c. 6. Non seulement la « Loi 22 » proclamait-elle le français langue officielle, elle affirmait que le français constitue un patrimoine national que l'État a le devoir de préserver, que la langue française doit être la langue de communication courante de l'Administration publique, que les entreprises d'utilité publique et les professions doivent l'employer pour communiquer avec la population et l'Administration publique, que les membres du personnel des entreprises doivent pouvoir, dans leur travail, communiquer en français entre eux et avec leurs supérieurs et être omniprésente dans le monde des affaires et du commerce. Au chapitre de la langue d'enseignement, la « Loi 22 » établit un droit à l'école anglaise « là où le nombre d'élèves de langue maternelle anglaise le justifie » (art. 40). Pour recevoir l'enseignement dans une autre langue que le français, l'élève devait « connaître suffisamment la langue » (art. 41). Le ministre de l'Éducation pouvait « imposer des tests » pour vérifier le niveau de connaissance de la langue (art. 43). Il faut noter que l'article 40 de la « Loi 22 » conférait à la Commission scolaire du Nouveau-Québec (aujourd'hui désigné comme le Nunavik) le pouvoir de donner l'enseignement dans leur langue « aux Indiens et aux Inuits ».

législatifs devaient se compléter l'un l'autre, aucun n'ayant primauté sur l'autre. À l'origine, le gouvernement avait en effet choisi de ne pas accorder à la *Loi sur les droits et libertés de la personne* la primauté sur les autres lois du Québec²⁰. Cependant, à la suite des représentations de la Ligue des droits de l'Homme, le ministre de la Justice changea son fusil d'épaule et inclut, dans la nouvelle version du projet de loi n° 50, présenté à l'Assemblée nationale le 26 mars 1975 et intitulé cette fois *Charte des droits et libertés de la personne*, un article reconnaissant la primauté à la plupart des dispositions de la Charte, mais seulement sur les lois *postérieures* qui leur seraient contraires, sauf en cas de dérogation expresse²¹. Comme la *Loi sur la langue officielle*²² fut adoptée avant la *Charte*, durant l'année 1974, celle-ci était restée à l'abri de l'application de la *Charte*.

Dans son avis publié en 1977, la Commission des droits de la personne confirme cette interprétation. Elle affirme que les articles de la *Charte* devaient, à cette époque, être interprétés « de façon à reconnaître une certaine primauté au français »²³. La *Charte*, en effet, n'était entrée en vigueur qu'en juin 1976, un an après son adoption, tandis que « le français est la langue officielle du Québec depuis le 31 juillet 1974 »²⁴. Même l'article 10 de la *Charte*, qui reconnaît le droit à l'égalité, devait, selon la Commission, être interprété à cette époque « en tenant compte de la primauté du français au Québec »²⁵.

Les droits linguistiques étaient donc traités dans une loi séparée mais le législateur avait prévu qu'un dialogue entre les deux législations (la *Charte* et la « Loi 22 ») allait s'instaurer avec préséance de la *Loi sur la langue officielle*, puisqu'elle était antérieure à la *Charte*. Il reste que les droits linguistiques auront fait l'objet d'un débat séparé, distinct de celui sur la protection des droits et libertés fondamentaux au Québec. Les deux questions ont été traitées comme des questions différentes alors qu'elles sont, comme l'avenir le montrera, intimement liées.

20. QUÉBEC, Assemblée nationale, *Loi sur les droits de la personne*, Projet de loi n° 50, 2^e session, 30^e législature.

21. Sur cette question, voir A. MOREL, *supra*, note 5.

22. *Loi sur les langues officielles*, *supra*, note 19.

23. QUÉBEC, Commission des droits de la personne, *Mémoire concernant le projet de loi n° 1 sur la langue française au Québec*, 27 mai 1977, p. 31.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*, p. 32.

2. Deuxième rendez-vous manqué : 1977

Le débat sur les rapports entre les droits linguistiques et la *Charte des droits et libertés de la personne* allait reprendre à peine deux ans après son adoption. Le 15 novembre 1976, le Parti québécois ravit le pouvoir aux libéraux de Robert Bourassa. En avril 1977, le ministre d'État au Développement culturel, Camille Laurin, présente à l'Assemblée nationale le projet de loi n° 1 intitulé *Charte de la langue française*²⁶.

Le projet du ministre Laurin est ambitieux. Il vise non seulement à corriger la « Loi 22 » en ce qui concerne la langue d'enseignement (la solution prévoyant des tests linguistiques ne satisfaisant toujours personne), mais à faire de la langue française la langue normale et habituelle, la langue commune des Québécois. La *Charte de la langue française* comporte des chapitres sur la langue de la législation et des tribunaux, la langue du travail, la langue d'enseignement, la langue du commerce et des affaires. C'est une loi complète et détaillée à portée générale qui définit les droits linguistiques du peuple québécois tout en affirmant et en définissant les droits de la minorité de langue anglaise et ceux des nations autochtones²⁷.

Le projet de loi n° 1 fait apparaître dès le départ une difficulté : celle de la concordance entre la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Charte de la langue française*, raconte le biographe de Camille Laurin :

Laquelle des deux chartes aura préséance sur l'autre ? Est-ce la charte des droits et libertés, qui récuse toute discrimination en

26. *Charte de la langue française*, projet de loi n° 1, 31^e législature, 1977.

27. Le préambule de la *Charte de la langue française* se lit ainsi : « Langue distinctive d'un peuple majoritairement francophone, la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son identité. L'Assemblée nationale reconnaît la volonté des Québécois d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française. Elle est donc résolue à faire du français la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires. L'Assemblée nationale entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des institutions de la communauté québécoise d'expression anglaise et celui des minorités ethniques, dont elle reconnaît l'apport précieux au développement du Québec. L'Assemblée nationale reconnaît aux Amérindiens et aux Inuits du Québec, descendants des premiers habitants du pays, le droit qu'ils ont de maintenir et de développer leur langue et culture d'origine. Ces principes s'inscrivent dans le mouvement universel de revalorisation des cultures nationales qui confère à chaque peuple l'obligation d'apporter une contribution particulière à la communauté internationale. »

fonction de la langue, ou la *Charte de la langue française*, qui affirme les droits et les privilèges des francophones ? [...] Dans l'esprit du ministre, les deux textes sont complémentaires, la charte des droits affirmant des droits individuels et la *Charte de la langue française* établissant les droits collectifs de la majorité francophone.²⁸

En fait, le ministre a prévu au projet de loi n° 1 un article qui accorde à la charte de la langue primauté sur la charte des droits et libertés. L'article 172 de la charte de la langue modifie l'article 52 de la charte des droits et libertés qui se lirait désormais comme suit :

Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui lui serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte ou à moins qu'il ne s'agisse de la *Charte de la langue française* au Québec.²⁹

« Il n'en faut pas plus pour allumer un brasier et expédier au front le président de la Commission des droits de la personne, Maurice Champagne, écrit le biographe. Dès le dépôt du projet de loi, ce dernier qualifie de « catastrophique » l'article en question et promet une intervention vigoureuse pour en obtenir le retrait³⁰. La controverse alimente évidemment le débat et donne des arguments supplémentaires à tous les adversaires qui prétendent que le projet de loi n° 1 restreint les libertés individuelles, qu'il est abusif et discriminatoire »³¹.

L'article 172 sera complètement rayé de la nouvelle version du projet de loi, qui portait désormais le numéro 101 (on désigne généralement la *Charte de la langue française* sous le titre de « Loi 101 »), adopté le 26 août 1977, le ministre se contentant d'expliquer que cet article n'a finalement pas sa raison d'être « puisqu'après une relecture approfondie, le projet de loi ne porte en rien atteinte à la *Charte des droits de la personne* »³². Les acteurs de l'époque s'entendront toutefois pour dire que Camille Laurin n'a accepté de retirer cet article qu'*in extremis* et à la

28. J.-C. PICARD, *Camille Laurin. L'homme debout*, Montréal, Boréal, 2003. p. 292.

29. *Charte de la langue française*, *supra*, note 26.

30. R. MORISSETTE, « Le débat s'engage autour du projet de loi numéro 1 », *Le Devoir*, 3 mai 1977.

31. J.-C. PICARD, *supra*, note 28.

32. R. GIROUX, « Laurin a fait plusieurs changements mineurs », *Le Soleil*, 13 juillet 1977. Il est intéressant de constater que le retrait de l'article 172, dont la portée était fondamentale, soit décrit dans le titre de l'article de journal cité ici comme un changement « mineur ».

demande expresse du premier ministre René Lévesque, qui s'est montré sensible aux arguments de Maurice Champagne et a exigé que l'on expurge du projet de loi cette pierre d'achoppement potentielle³³.

La Commission des droits de la personne a présenté un mémoire de 85 pages à la commission parlementaire chargée d'examiner le projet de loi n° 1 dans lequel elle explicite les raisons de son refus de l'article 172. Elle reproche aux rédacteurs du projet de loi de soustraire à l'application de la *Charte québécoise* non seulement les droits linguistiques fondamentaux énoncés mais l'ensemble des 177 articles du projet de loi y compris les pouvoirs consentis aux autorités administratives. « Ceci constitue un danger réel du point de vue de la défense des droits et libertés fondamentales »³⁴.

La Commission conteste plusieurs autres aspects du projet de loi, à commencer par son titre. La Commission manifeste sa « ferme opposition à l'adoption du mot Charte pour désigner la loi sur la langue ». Elle voit dans le choix de ce titre « un abus de langage » et se demande si l'Assemblée nationale a l'intention de multiplier les lois à caractère fondamental. « L'utilisation abusive de ce terme risque de désamorcer la valeur éducative de ces lois, et particulièrement de minimiser la portée de la *Charte des droits et libertés de la personne* »³⁵.

Plutôt que de chercher à donner préséance aux droits linguistiques ou à reconnaître leur caractère fondamental dans une loi séparée, la Commission recommande au législateur « 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 officiellement par là à ces principes le caractère de droits fondamentaux, quitte à retrouver dans le projet de loi retouché l'explication de ces principes, l'articulation concrète de leurs conséquences et la mécanique requise pour leur mise en application »³⁶. La Commission estime que la distinction sur laquelle s'appuie l'adoption de deux chartes distinctes, l'une pour protéger

33. J.-C. PICARD, *supra*, note 28.

34. QUÉBEC, Commission des droits de la personne, *supra*, note 23, p. 81.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

les droits individuels et l'autre pour protéger les droits collectifs de la majorité est « une inexactitude et une source de confusion »³⁷.

Cette proposition ne sera pas retenue. L'explication se trouve peut-être dans la volonté qui animait le ministre Camille Laurin de donner à la *Charte de la langue française* une portée exceptionnelle :

Je ne voulais pas une loi ordinaire mais une loi qui s'inscrive dans l'histoire, qui en reprenne le fil pour réparer toutes les blessures, toutes les pertes subies par suite de l'occupation militaire, économique et politique, affirmera-t-il à la fin de sa vie. Je voulais faire une loi qui répare, qui redresse et qui redonne confiance, fierté et estime de soi à un peuple qui tenait à sa langue mais qui était devenu résigné et passif.³⁸

S'il est vrai que, dans l'imaginaire collectif québécois, la « Loi 101 » tient une place particulière, le statut juridique de la législation linguistique québécoise était désormais celui d'une simple loi assujettie à la *Charte des droits et libertés de la personne*. La *Charte de la langue française*, étant postérieure à la *Charte des droits*, et ne comportant aucune disposition de dérogation expresse, elle n'était plus à l'abri de l'application de la *Charte*.

En outre, contrairement à ce qui se produisit en 1974, le débat sur les droits linguistiques fut bel et bien mené en rapport avec la protection des droits fondamentaux protégés par la Charte des droits et par les instruments internationaux tout récemment entrés en vigueur. Cela a eu cependant pour effet de mettre en opposition les droits linguistiques avec les libertés individuelles, comme si la protection des droits linguistiques de la majorité était, par essence, contradictoire avec la protection des droits fondamentaux comme le droit à la vie, à la liberté et à l'égalité.

Le débat politique sur l'inclusion des droits linguistiques dans la *Charte* devait s'arrêter là. Désormais, le dialogue entre les deux chartes allait se dérouler par tribunaux interposés.

3. Troisième rendez-vous manqué : 1982

En 1981 et 1982, deux événements majeurs se sont produits qui ont modifié l'équilibre entre les droits linguistiques et les

37. *Ibid.*, p. 9.

38. J.-C. PICARD, *supra*, note 28, p. 247 (entrevue avec Camille Laurin qui a eu lieu au mois de décembre 1998).

autres droits reconnus par les instruments de protection des droits de la personne au Canada.

D'une part, l'Assemblée nationale procéda à une réforme de la *Charte québécoise* sans pour autant y inclure les droits linguistiques. D'autre part, la majorité des premiers ministres provinciaux et le premier ministre du Canada, réunis en ce que nous pourrions qualifier de *constituante*, adoptèrent et enchâssèrent dans la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁹, la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰ qui, elle, incluait des droits linguistiques, mais formulés différemment et dans certains cas en contradiction avec ceux énoncés par la « Loi 101 ». Ces deux événements ont eu pour effet de réduire encore davantage la portée et le statut de la *Charte de la langue française* dans l'univers de la protection des droits.

3.1 Le statut « quasi constitutionnel » de la Charte québécoise

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la *Charte québécoise*, le gouvernement décida d'en faire la révision. Le projet de loi n° 86, qui donnait suite à une vaste consultation menée à partir de l'automne 1981, fut présenté à l'Assemblée nationale le 22 juin et adopté le 18 décembre 1982. Il comportait plusieurs modifications touchant le droit à l'égalité et les droits judiciaires. Il prévoyait également deux innovations importantes : l'introduction, dans la *Charte*, d'une disposition limitative restreinte aux droits fondamentaux (l'article 9.1) ; et l'extension de la prépondérance de la *Charte* à l'ensemble des droits et libertés garantis (sauf les droits économiques et sociaux) et l'application de cette prépondérance sur toutes les lois du Québec, qu'elles soient antérieures ou postérieures⁴¹.

Le législateur affirmait ainsi très clairement sa volonté de donner prépondérance à la *Charte* sur toutes les autres lois. Cette règle, qui a plein effet depuis 1986, confère à la *Charte québécoise* « le statut d'un texte quasi constitutionnel »⁴². Selon André Morel,

39. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après la *Charte canadienne*).

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

41. Sur cette question, voir A. MOREL, *supra*, note 5.

42. Voir l'affirmation du juge Beetz, dans l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, 224.

même s'il existe d'autres lois relatives aux droits de la personne dans les autres provinces canadiennes jouissant du même statut, il n'en est aucune autre pour laquelle l'utilisation de la technique de la règle de la prépondérance « revête autant de portée que pour la *Charte québécoise* »⁴³. S'il en est ainsi, écrit-il, c'est qu'aucune de ces autres lois n'a un objet aussi vaste que la *Charte québécoise*, aucune ne garantit un éventail aussi large et un nombre aussi élevé de droits et libertés. En conséquence, aucune non plus n'assure une protection aussi étendue contre les actes du pouvoir législatif et exécutif, puisque l'effet de l'article 52⁴⁴ est d'accorder aux libertés et droits fondamentaux, au droit à l'égalité, aux droits politiques et aux droits judiciaires « une supériorité de principe semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »⁴⁵.

La règle de prépondérance n'est cependant pas absolue. Elle est assortie d'une modalité dérogatoire. L'Assemblée nationale peut adopter une loi qui échappe à l'application de la *Charte*, mais à condition de le faire de façon expresse, en incluant un article dans cette loi qui déclare que celle-ci s'applique malgré la *Charte*. Mais loin d'affaiblir la *Charte*, la modalité dérogatoire lui confère une suprématie encore plus grande sur les autres lois parce que le législateur ne peut y déroger que par disposition expresse. Ainsi, toute loi qui ne comporte pas de disposition de dérogation et qui serait contraire aux articles 1 à 38 de la *Charte* est susceptible d'être déclarée nulle par le tribunal⁴⁶.

Selon Morel, les réformes de 1982 ont « indéniablement accru la portée de la *Charte québécoise* au plan de son effectivité, même s'il faut bien reconnaître que l'adoption, la même année, de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas étrangère à la décision du gouvernement d'effectuer certains de ces changements ». En outre, l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans

43. A. MOREL, *supra*, note 5, p. 21.

44. L'article 52 se lit ainsi : « 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. »

45. J.-M. BRISSON, *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, SOQUIJ, 1986, p. iv.

46. Voir, à ce sujet, A. MOREL, *supra*, note 5, p. 22. Voir aussi : J. WOEHRLING, « L'évolution du cadre juridique et conceptuel de la législation linguistique au Québec », dans A. STEFANESCU et P. GEORGEAULT (dir.), *Français au Québec : nouveaux défis*, Québec, Conseil supérieur de la langue française et Fides, Montréal, 2005, p. 256.

la Constitution a littéralement créé au Canada, y compris au Québec, un éveil à la notion de droits fondamentaux. Si l'adoption, en 1975, de la *Charte québécoise* n'avait suscité aucun émoi dans la population, celle de la *Charte canadienne* en 1982 eut un impact majeur⁴⁷ qui rejaillit sur la *Charte québécoise*.

Il reste que, par ses propres réformes de la *Charte québécoise*, le législateur renforçait la suprématie de la *Charte des droits* sur la *Charte de la langue française*. L'intention initiale de Camille Laurin de conférer aux droits linguistiques collectifs de la majorité francophone un statut égal voire supérieur aux autres droits individuels, était plus que jamais compromise et ce, par la volonté même de l'Assemblée nationale et non d'un pouvoir extérieur au Québec.

Il est d'ailleurs arrivé par la suite que les tribunaux invalident un article de la « Loi 101 » en se fondant sur la *Charte québécoise*. En particulier, en 1988, dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême jugea invalides les dispositions de la *Charte de la langue française* interdisant l'usage d'une autre langue que le français dans l'affichage commercial⁴⁸. La Cour a statué que ces dispositions étaient incompatibles avec la liberté d'expression reconnue autant dans la *Charte canadienne* que dans la *Charte québécoise*. Elle a également jugé que cette restriction entraînait une discrimination indirecte fondée sur la langue contraire au droit à l'égalité garanti par l'article 10 de la *Charte québécoise*⁴⁹.

Les dispositions de la *Charte de la langue française* relatives à l'admissibilité à l'école anglaise ont elles aussi été contestées en invoquant qu'elles sont contraires au droit à l'égalité garanti à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Dans l'arrêt *Gosselin*⁵⁰, les requérants, tous francophones, affirmaient que le critère d'admissibilité à l'école anglaise fondé sur la langue d'instruction de leurs parents entraînait une distinction discriminatoire fondée sur l'état civil des enfants. Le but de la contestation était d'obtenir le libre choix de la langue d'enseignement. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont jugé qu'il n'y avait pas discrimina-

47. Voir à ce sujet la Revue du Barreau, numéro spécial en marge du vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mars 2003.

48. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

49. Voir à ce sujet : J. WOEHRLING, *supra*, note 46, p. 294.

50. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238 ; 2005 CSC 15, conf. [2002] R.J.Q. 1298 (C.A.), conf. [2000] R.J.Q. 2973 (C.S.).

tion et que même s'il y avait discrimination, celle-ci pourrait être considérée comme justifiée par la vulnérabilité de la langue française.

Les deux cours québécoises ont également invoqué les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour débouter les requérants. La Cour suprême du Canada s'est pour sa part abstenue de traiter les questions soulevées par la portée du concept de discrimination sous l'empire de la *Charte québécoise* pour aborder les arguments des requérants presque exclusivement sous l'angle de la *Charte canadienne*⁵¹.

3.2 Les droits linguistiques et la Charte canadienne des droits et libertés

En 1982, les constituants du Canada adoptent une nouvelle Loi constitutionnelle pour donner suite au rapatriement de la Constitution laquelle était restée, jusque là, une loi britannique. La *Loi constitutionnelle de 1982* comporte une *Charte des droits et libertés* (la *Charte canadienne*). L'impact de la *Charte canadienne* sur la *Charte de la langue française* aura été substantiel⁵².

Si, à Québec, le législateur avait préféré exclure presque entièrement les droits linguistiques de la *Charte québécoise* en se bornant à les affirmer dans une loi ordinaire, le constituant canadien a inclus dans la *Charte canadienne* un chapitre entier sur les « Langues officielles du Canada »⁵³.

L'article 23 portant sur le « Droit à l'instruction dans la langue de la minorité » a été rédigé de manière à contredire expressément les dispositions de la *Charte de la langue française* portant sur les mêmes questions. Tandis que la « Loi 101 » accordait aux enfants dont les parents avaient fait leurs études primaires et secondaires en anglais au Québec, le droit de fréquenter l'école publique anglaise, la *Charte canadienne* élargit ce droit à

51. Voir à ce sujet : J. WOEHLING, *supra*, note 46, p. 298-300.

52. C. RYAN, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur les droits linguistiques au Québec », (2003) NS R. du B. 543.

53. *Ibid.*, p. 549. En vertu des articles 16 à 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les langues anglaise et française jouissent d'un statut officiel et égal à certaines fins définies : leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement (art. 16, 17 et 18), les tribunaux (art. 19), les services fédéraux (art. 20) et à l'école (art. 23). À ce titre, ces deux langues jouissent d'un statut privilégié par rapport aux autres langues et constituent une exception aux dispositions des articles 15 (droit à l'égalité) et 27 (valorisation du patrimoine multiculturel du Canada).

tout enfant qui répond au critère de fréquentation scolaire en anglais mais n'importe où *au Canada*.

L'article 23 de la *Charte canadienne* a été évoqué comme l'un des principaux prétextes pour amener l'Assemblée nationale à dénoncer la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à refuser, à ce jour, tous gouvernements confondus, de signer la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet article est perçu comme un moyen de réduire les pouvoirs de l'Assemblée nationale dans deux domaines cruciaux pour l'avenir de la société québécoise, la langue et l'éducation.

Dès l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, en 1982, les dispositions de la « Loi 101 » concernant la langue d'enseignement ont été contestées avec succès devant les tribunaux. Au terme d'une saga judiciaire qui aboutit en Cour suprême⁵⁴, la « clause Québec » fut déclarée invalide et supplantée par la « clause Canada » qui deviendra la loi. En 1993, l'Assemblée nationale adopta des modifications de concordance afin d'ajuster le texte de la *Charte de la langue française* (art. 73) à celui de l'article 23 de la *Charte canadienne*⁵⁵.

Revenons à l'arrêt *Gosselin*. Rappelons que les requérants fondaient leur contestation sur le droit à l'égalité garanti à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Selon José Woehrling⁵⁶, la raison pour laquelle la *Charte québécoise*, plutôt que la *Charte canadienne*, était invoquée est que « la *Charte canadienne* elle-même contient à son article 23 des dispositions qui confèrent le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité (donc à l'enseignement en anglais au Québec) non pas à tous les parents, mais seulement aux parents ayant eux-mêmes reçu leur enseignement en anglais ou dont un enfant reçoit ou a reçu son enseignement en anglais au Canada. Il n'était donc pas possible de prétendre que le droit à l'égalité garanti dans l'article 15 de la *Charte canadienne* avait pour effet de contredire les distinctions contenues dans l'article 23 de la même Charte. Par contre, il était théoriquement possible de prétendre que les distinctions en cause, reprises de la *Charte canadienne* dans l'article 73 de la « Loi 101 », étaient contraires à l'article 10 de la *Charte québécoise* (dans laquelle ne se retrouve nulle disposition semblable ou similaire à l'article 23 de

54. *Québec (Procureur general) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

55. Projet de loi n° 86, L.Q. 1993, c. 40.

56. J. WOEHRLING, *supra*, note 46.

la *Charte canadienne* ». Les droits linguistiques ne sont, en effet, nulle part définis dans la *Charte québécoise*.

Woehrling explique que l'argument principal retenu par la Cour suprême du Canada est le suivant : il n'y a pas de hiérarchie entre les diverses dispositions de la *Charte canadienne* et l'article 15 de celle-ci, garantissant le droit à l'égalité, ne saurait donc être utilisé pour contredire, neutraliser, modifier ou élargir son article 23. La Cour ajoute que les droits garantis à l'article 23 l'ont été à la minorité de langue officielle dans une province où cette langue est minoritaire et leur bénéfice est donc limité aux membres de celle-ci.

On voit ici comment le fait que les droits linguistiques soient inclus dans la *Charte des droits et libertés*, plutôt que dans une loi ordinaire séparée, a une importance. Les droits linguistiques acquièrent dès lors, et ce même s'ils sont le résultat de compromis politiques, le statut de « droits fondamentaux »⁵⁷.

C'est ainsi que sur la question du choix de la langue d'enseignement, et ce paradoxalement, compte tenu de l'intention initiale du constituant, les dispositions de la *Charte canadienne* sauvent les dispositions de la « Loi 101 » (telle qu'amendée en 1993) tandis que la *Charte québécoise*, qui ne comporte aucune mention des droits linguistiques spécifiques, n'est, à cet égard, d'aucun secours.

Le gouvernement aurait pu, à l'occasion de la réforme de la *Charte québécoise* et de manière à affirmer la spécificité québécoise ainsi que la volonté démocratique des Québécois face au rapatriement de la Constitution, rehausser le statut des droits linguistiques des francophones et bien définir les droits linguistiques des minorités, en incluant les droits linguistiques dans la Charte des droits. Il s'y est de nouveau refusé.

4. Quatrième rendez-vous manqué : 2002

4.1 Les recommandations de la Commission Larose

Le 29 juin 2000, le gouvernement du Québec créa la Commission des états généraux sur la situation et l'avenir de la langue

57. Voir C. RYAN, *supra*, note 52, p. 550.

française au Québec et en confia la présidence à l'ancien syndicaliste Gérald Larose. Son mandat était d'identifier et d'analyser les principaux facteurs qui influencent la situation et l'avenir de la langue française au Québec, de dégager les perspectives et les priorités d'action pertinentes, de procéder à l'examen des articles de la *Charte de la langue française* mis en cause et, enfin, de présenter des recommandations visant à assurer l'usage, le rayonnement et la qualité de la langue française au Québec. Son rapport final fut remis au gouvernement le 17 août 2001⁵⁸.

Cette commission avait été créée pour répondre aux inquiétudes formulées depuis quelques années quant à l'avenir de la langue française, notamment à Montréal, où, selon les statistiques, les francophones pourraient devenir minoritaires dans quelques années. Plutôt que de proposer divers ajouts et modalités à la législation linguistique, la commission a proposé l'adoption d'une approche « citoyenne et stratégique ». La commission s'en est justifiée ainsi :

Toute personne habitant le territoire du Québec, quelle que soit son origine, reçoit en partage la langue officielle et commune du Québec. Le français devient ainsi la voie d'accès privilégiée au patrimoine civique (valeurs, droits, obligations, institutions, etc.) commun à l'ensemble des Québécoises et des Québécois et sur lequel se fonde leur citoyenneté. La langue française devient le lieu de recherche et de développement des valeurs propres à l'ensemble de la société québécoise. Elle est aussi le lieu d'un vouloir-vivre collectif, l'espace public commun où chacun peut rencontrer l'autre.⁵⁹

La Commission affirmait que

[d]élaissant l'attitude défensive des minoritaires, rejetant le caractère diviseur et ethnique du multiculturalisme, la nation québécoise mise de plus en plus sur le potentiel rassembleur d'une culture commune, fruit de la créativité de chacun de ses membres, pour accroître chez tous la conscience de partager une même citoyenneté.⁶⁰

58. QUÉBEC, Commission des états généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec, *Le français, une langue pour tout le monde, Une nouvelle approche stratégique et citoyenne*, Bibliothèque nationale du Québec, ISBN 2-550-37925-X, 17 août 2001, 285 pages (ci-après Rapport de la Commission Larose).

59. *Ibid.*, p. 13.

60. *Ibid.*, p. 14.

C'est ainsi que la Commission formula les recommandations suivantes :

1. Que la politique linguistique du Québec rompe définitivement avec l'approche historique canadienne qui divise l'identité québécoise suivant une ligne de partage ethnique, la canadienne-française et la canadienne-anglaise, pour lui substituer une approche civique qui fonde l'identité du peuple du Québec sur l'accueil et l'inclusion grâce à une langue commune, le français, et à une culture commune formée des apports de toutes ses composantes.
2. Que soit officiellement et formellement instituée une citoyenneté québécoise pour traduire l'attachement des Québécoises et des Québécois à l'ensemble des institutions et des valeurs patrimoniales et démocratiques qu'ils ont en commun.
3. Que soient reconnus tous les éléments constitutifs de la culture québécoise, notamment ses composantes historiques, communauté québécoise d'expression anglaise, nations amérindiennes et inuite, et que l'État et ses institutions, au premier chef le ministère de la Culture et des Communications, favorisent la multiplication de passerelles entre les différentes composantes de cet héritage et se donnent les moyens de faire de la production culturelle et de sa diffusion en français une forte priorité.
4. Que la langue française soit déclarée langue par laquelle s'exerce la citoyenneté québécoise.
5. Qu'apprendre le français au Québec soit reconnu comme un droit fondamental.⁶¹

Pour traduire en termes juridiques ces intentions, la Commission proposait au gouvernement d'inclure dans la *Charte québécoise* les droits linguistiques fondamentaux puis de constitutionnaliser les principes fondateurs de la politique linguistique.

La Commission soutenait que « la constitutionnalisation des principes fondateurs de la politique linguistique québécoise aurait pour effet de concrétiser l'idée que la langue française et la culture québécoise, sous toutes leurs facettes, sont au cœur du vouloir-vivre collectif des Québécoises et des Québécois et ne peuvent donc être soumises aux aléas partisans de la politique ». La Commission estimait également que la question linguistique transcende les différentes facettes de la vie en société et assure-

61. *Ibid.*, p. 21.

rait une plus grande cohérence dans l'action étatique. Enfin, la Commission affirmait que cette façon de faire serait « une bonne façon de résoudre l'actuel conflit entre les droits individuels des Québécoises et des Québécois et la législation linguistique »⁶².

La Commission justifiait enfin ses recommandations par le fait que la législation linguistique et la *Charte québécoise des droits*, que le législateur avait voulues égales, à l'origine (la Commission passe sous silence la réforme de la *Charte* en 1982), ne le sont plus à cause de la « constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* », empruntant l'expression au juriste et ancien ministre Jacques-Yvan Morin⁶³.

La Commission proposait la constitutionnalisation de trois catégories de normes : l'ensemble des principes qui doivent guider l'aménagement de la place des langues dans l'espace public et la vie publique ; les droits constitutionnels en matière d'enseignement des membres de la communauté québécoise d'expression anglaise et ceux des membres des nations inuite et amérindiennes ; un droit fondamental à l'apprentissage du français garanti pour tous⁶⁴.

Pour en arriver à la constitutionnalisation des principes fondateurs de la politique linguistique québécoise, la Commission estimait qu'à terme, il faudrait les inclure dans une Constitution du Québec. Le processus d'adoption d'une Constitution du Québec

62. Ibid., p. 26.

63. J.-Y. MORIN, « La Constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1987) 21 *R.J.T.* 25.

64. Rapport de la Commission Larose, *supra*, note 58, p. 31. Les recommandations de la Commission Larose à ce sujet se lisent comme suit : « 12. Que soit accordé un caractère constitutionnel aux normes juridiques suivantes : Le français est la langue officielle du Québec. À ce titre, elle est la langue de l'Administration et la langue d'enseignement du réseau commun d'éducation. De plus, tous les écrits et actes juridiques officiels doivent exister dans cette langue. Le français est, au Québec, la langue commune de la vie et de l'espace publics. À ce titre, elle doit être la langue normale et habituelle dans les domaines de la vie et de l'espace publics, notamment les milieux de travail, le commerce et les affaires, les activités des personnes morales. L'anglais, l'inuktitut et les langues autochtones ont aussi chacune leur place dans la vie et l'espace publics, en harmonie avec la langue officielle et commune. Ces dispositions s'interprètent de manière à garantir la prééminence de la langue officielle et commune, le français. 13. Que bénéficient d'une protection constitutionnelle les dispositions de la Charte de la langue française relatives à l'accès à l'école de langue anglaise et à l'emploi des langues amérindiennes ou de l'inuktitut comme langues d'enseignement aux Amérindiens et aux Inuits. 14. Que l'apprentissage du français, langue officielle et commune, soit garanti par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec au même titre que les autres droits économiques et sociaux. »

étant « long et complexe » et « l'élévation du statut juridique des principes fondateurs de la politique linguistique » ne pouvant plus attendre, à son avis, la Commission recommanda :

[...] d'inclure dans la Charte de la langue française, en leur accordant un statut supralégislatif, les principes devant guider l'aménagement de la place des langues dans l'espace public et la vie publique (2.1) de même que les droits constitutionnels en matière d'éducation des membres de la communauté québécoise d'expression anglaise et des nations inuite et amérindiennes (2.2).⁶⁵

Elle recommandait de plus :

[...] d'inclure dans la Charte des droits et libertés de la personne le droit fondamental à l'apprentissage du français (2.3), ce droit étant de même nature que ceux qu'elle contient déjà.⁶⁶

La Commission soutenait que le Québec, par l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

[...] a non seulement fait le choix de reconnaître à tous les citoyens divers droits et libertés (droits civils, politiques et judiciaires), mais aussi des droits économiques et sociaux. Ces droits économiques et sociaux sont autant de conditions qui, réunies, permettent la jouissance effective des droits fondamentaux et donc, l'exercice d'une citoyenneté active par la participation au développement de la société. C'est par la langue officielle et commune que chaque citoyen peut concevoir, conceptualiser et entretenir des rapports sociaux avec ses concitoyens, mais aussi avec l'État au sein des institutions démocratiques, en somme, exercer sa citoyenneté. Le vivre ensemble en français au Québec est donc résolument un projet citoyen : la langue de la citoyenneté est le français.⁶⁷

Ces recommandations restèrent lettre morte. Elles ne furent pas reprises par le gouvernement. La réponse de celui-ci au Rapport Larose fut contenue essentiellement dans le projet de loi n° 104 modifiant la *Charte de la langue française*, adopté en juin 2002⁶⁸.

La loi a pour effet principal de colmater une brèche de la « Loi 101 » qui permettait à des enfants de fréquenter pendant un an une école anglaise privée non subventionnée pour se voir recon-

65. *Ibid.*, p. 28.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*, p. 30.

68. L.Q. 2002, c. 28, art. 3.

naître le droit pour soi-même, ses frères et sœurs et ses propres enfants de fréquenter par la suite l'école anglaise publique. La loi fusionne dans le nouvel Office québécois de la langue française les fonctions autrefois dévolues à l'Office, à la Commission de protection de la langue française et de la Commission de toponymie et certaines de celles de l'ancien conseil de la langue française qui devient le Conseil supérieur de la langue française⁶⁹.

Mais la réponse du gouvernement au rapport Larose n'aborde d'aucune manière la stratégie civique et stratégique proposée par la Commission. Les propositions visant à constitutionaliser les droits linguistiques ou à les inclure dans la *Charte des droits et libertés de la personne* ne reçoivent aucun écho.

Les propositions de la Commission Larose ne susciteront que peu de débats publics. Même la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse n'y fit nullement allusion dans le bilan qu'elle publia à l'occasion du 25^e anniversaire de la *Charte québécoise*. Cette omission est difficile à expliquer lorsque l'on se rappelle de la recommandation formulée en 1977 par la même commission en faveur de l'intégration à la *Charte québécoise* des droits linguistiques fondamentaux. Le bilan de la Commission des droits ne rappelle même pas cette proposition. La seule allusion faite aux droits linguistiques par la Commission des droits dans son bilan concerne l'ajustement du texte de l'article 43 pour que celui-ci soit conforme au texte de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷⁰.

En somme, ni le gouvernement, ni la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, ni d'ailleurs le Conseil supérieur de la langue française ne reprendront même la discussion sur les recommandations de la Commission Larose⁷¹.

69. Voir, à ce sujet, S. GERVAIS, « La Loi 104 : un rendez-vous manqué », dans R. CÔTÉ et M. VENNE (dir.), *L'Annuaire du Québec 2003*, Montréal, Fides, p. 534-540.

70. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra, note 13.

71. Le Conseil a publié en 2005 un ouvrage majeur intitulé *Le Français au Québec. Les nouveaux défis*, aux Éditions Fides. Cette publication aborde différents sujets, dont les rapports entre la langue française et les nouvelles technologies, la mondialisation, la francisation des immigrants, l'évolution du cadre juridique, etc. Mais aucun chapitre n'aborde de front les propositions de la Commission Larose pourtant mandatée par le gouvernement, à peine quatre ans plus tôt, pour faire le point sur la situation et l'avenir de la langue française. En fait, plusieurs articles de ce livre invitent à changer de paradigme au sujet de la situation de la langue française et à s'éloigner de l'approche légale et constitutionnelle pour travailler surtout en faveur de changements d'attitudes et de comportements.

4.2 Une constitution du Québec ?

Le juriste Daniel Turp, qui est également député de Mercier à l'Assemblée nationale, a repris à sa manière les recommandations de la Commission Larose en proposant, dans un ouvrage publié en 2005, l'adoption d'une Constitution du Québec⁷². Dans cet ouvrage, qui ne souleva pas non plus de débats importants dans l'espace public, Turp propose l'adoption d'une Constitution dont les assises seraient la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* et la *Charte de la langue française*. La Constitution du Québec protégerait les « droits linguistiques fondamentaux » déjà énoncés dans la *Charte de la langue française*⁷³. Elle énoncerait également les droits des collectivités anglophone et autochtones.

Turp fait observer que, bien qu'il s'agisse encore une fois d'une loi ordinaire, la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*⁷⁴ (projet de Loi n° 99, adopté en 2001 en réaction à la « *Loi sur la clarté* »⁷⁵, adoptée par le Parlement pour définir les règles de la reconnaissance, par le Parlement fédéral, d'un référendum sur la sécession d'une province) aborde les droits linguistiques. Le préambule de la loi affirme :

Considérant que le peuple québécois, majoritairement de langue française, possède des caractéristiques propres et témoigne d'une continuité historique enracinée dans son territoire [...]

Et son article 8 prévoit ce qui suit :

Le français est la langue officielle du Québec. Les devoirs et obligations se rattachant à ce statut ou en découlant sont établis par la Charte de la langue française. L'État du Québec doit favoriser la

72. D. TURP, *Nous, peuple du Québec – Un projet de Constitution du Québec*, Boissbriand, Les éditions du Québécois, 2005, 175 pages.

73. Ces droits sont les suivants : « Toute personne a le droit que communiquent en français avec elle l'Administration, les services de santé et les services sociaux, les entreprises d'utilité publique, les ordres professionnels, les associations de salariés et les diverses entreprises exerçant au Québec. En assemblée délibérante, toute personne a le droit de s'exprimer en français. Les travailleurs ont le droit d'exercer leurs activités en français. Les consommateurs de biens ou de services ont le droit d'être informés et servis en français. Toute personne admissible à l'enseignement au Québec a droit de recevoir cet enseignement en français. »

74. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.Q. 2000, c. 46.

75. *Loi donnant effet à l'exigence de la clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26.

qualité et le rayonnement de la langue française. Il poursuit ces objectifs avec un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des droits consacrés de la communauté québécoise d'expression anglaise.

Nous n'avons trouvé nulle part, depuis la publication du Rapport Larose, aucune trace d'une volonté des décideurs politiques ou des organismes mandatés par l'État québécois pour reprendre à leur compte ou même évaluer ou débattre de propositions qui auraient eu pour effet d'inclure dans la *Charte des droits et libertés de la personne* les droits linguistiques autrement que pour affirmer plus clairement ceux des minorités linguistiques sans en préciser la portée.

Pendant ce temps, les cours continuent d'être appelées à se prononcer sur la portée des droits linguistiques en rapport avec la *Charte canadienne*, notamment ceux énoncés à son article 23 concernant les droits scolaires des minorités de langue officielle, mais aussi de la *Charte québécoise*.

En outre, certains, comme le professeur José Woehrling, notent que le droit évolue, notamment à l'échelle internationale, et l'hypothèse que, par des instruments qui échappent au contrôle de l'Assemblée nationale, l'évolution du droit conduise à un élargissement des droits de la minorité anglophone du Québec, est de plus en plus sérieuse⁷⁶.

5. Conclusion : pour une réconciliation entre les droits linguistiques et la *Charte québécoise*

André Morel affirme que « [l']un des principaux objectifs de la *Charte québécoise* est « d'exprimer, en un texte à portée éducative, une synthèse des valeurs, démocratiques et sociales acquises au Québec »⁷⁷. Si tel est le cas, il y a un trou béant dans la *Charte québécoise*, celle-ci étant muette sur les droits linguistiques des francophones et n'évoque qu'indirectement les droits linguistiques des minorités.

Il n'y a rien d'exceptionnel à ce qu'un texte d'une portée constitutionnelle ou, comme c'est le cas de la *Charte québécoise*, d'une portée quasi constitutionnelle (ou supralégislative comme le dit

76. Voir, à ce sujet, WOEHRLING, *supra*, note 46, p. 289 à 293 et p. 301 à 340.

77. A. MOREL, *supra*, note 5, p. 10.

la Commission Larose) comporte l'énonciation des droits linguistiques de la majorité. La Constitution de la plupart des pays détermine quelle est la ou quelles sont les langues officielles du pays et, le cas échéant, décrit les droits linguistiques de la ou des minorités⁷⁸. Ces énoncés sont généralement complétés ou précisés par des lois ordinaires que l'on retrouve même dans des états américains. On dénombrerait plus d'un millier de ces lois à travers le monde⁷⁹.

La Constitution canadienne énonce les droits linguistiques de manière très claire et ce même si ces droits sont le fruit d'un compromis politique plutôt que de découler du droit naturel (dans le cas précis de la Constitution canadienne, il faut tout de même rappeler que le contenu de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été adopté sans le consentement de l'Assemblée nationale).

L'expérience des 30 dernières années a par ailleurs permis de cerner où se situe le compromis acceptable en matière de droits linguistiques au Québec. Les décisions des tribunaux et les amendements adoptés à la « Loi 101 » ont conduit à une relative paix linguistique. Les tribunaux ont reconnu la fragilité de la langue française et la nécessité d'adopter des mesures, au Québec, pour la protéger, et ce même si la Constitution canadienne ne reconnaît pas formellement le caractère distinct de la société québécoise. Ces mesures doivent cependant être proportionnelles à l'objectif visé et être justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. En revanche, l'État québécois a reconnu de sa propre initiative des droits historiques à la minorité de langue anglaise et aux nations autochtones, il a adopté des moyens législatifs et il a consacré des ressources particulières afin de réaliser concrètement ces droits.

Les francophones du Québec appartiennent à une minorité linguistique au sein du Canada tout en formant la majorité linguistique au Québec. Habituellement, la majorité exerce le pouvoir politique et adopte les lois de sorte qu'il n'est généralement pas nécessaire de lui reconnaître des droits juridiques. Généralement, la langue de la population majoritaire devient la langue

78. Le professeur Jacques Leclerc, de l'Université Laval, a recensé près de 1000 lois linguistiques à travers le monde ainsi que les lois constitutionnelles qui comportent des dispositions concernant la langue ou conférant des droits linguistiques. Voir à ce sujet : <<http://www.tlfg.ulaval.ca/axl/Langues/LOIS-LINGUISTIQUES-index.htm>>.

79. *Ibid.*

commune par son poids et son influence. Comme l'écrit José Woehrling,

[l]es rapports de force démographiques, économiques et politiques assureront le statut de la langue majoritaire sans qu'il soit nécessaire d'intervenir de façon radicale ou systématique pour garantir ou étendre son utilisation.⁸⁰

En général, en effet,

les droits et libertés, du moins ceux qui sont susceptibles d'être réclamés devant les tribunaux, ont une fonction anti-majoritaire dans la mesure où ils sont destinés à protéger les personnes et les minorités contre les décisions et les lois adoptées par la majorité.⁸¹

Or les tribunaux ainsi que les autorités politiques ont reconnu, au cours des dernières décennies, la justesse d'intervenir pour protéger, au Québec, la langue de la majorité francophone, menacée en tant que langue minoritaire au sein du Canada et plus généralement en Amérique du Nord.

Si les Québécois appartiennent à la minorité de langue française au Canada, aucun droit particulier (autre que ceux d'obtenir des services et d'avoir un procès en langue française au Canada) ne leur est reconnu en tant que collectivité minoritaire dans la Constitution canadienne. Les seuls pouvoirs conférés à la majorité québécoise sont ceux qu'elle peut exercer par son poids démographique au sein des institutions politiques de la province de Québec et des institutions fédérales. Elle peut user de son poids majoritaire pour choisir le gouvernement du Québec et influencer radicalement les décisions de l'Assemblée nationale. Elle ne dispose pas d'un pouvoir équivalent à l'échelon fédéral.

Les Québécois francophones ont cependant quelques options à leur disposition. Premièrement, ils peuvent revendiquer des amendements à la Constitution du Canada pour voir reconnaître des droits linguistiques qui leur seraient spécifiques ou un statut particulier. L'expérience de l'échec de l'Accord du lac Meech (qui reconnaissait au Québec le statut de société distincte) et le braquage contre toute modification constitutionnelle auquel on assiste depuis des décennies au Canada, ne sont pas de nature à créer beaucoup d'espoir de succès dans cette voie.

80. J. WOEHRLING, *supra*, note 46, p. 342.

81. *Ibid.*, p. 343.

Deuxièmement, ils peuvent déclarer l'indépendance du Québec et ainsi se prévaloir du statut de majorité indiscutable à l'intérieur du nouvel État souverain pour établir sans équivoque le caractère officiel de la langue française et adopter toute mesure démocratique pour faire de cette langue la langue habituelle et normale d'usage public dans le nouveau pays. La souveraineté ne dispenserait toutefois pas le Québec de remplir ses obligations envers les minorités, définies dans les instruments internationaux. Cela étant, cette voie est proposée par des partis politiques depuis une quarantaine d'années et le résultat lors du dernier référendum sur cette question, en 1995, indique que la population est profondément divisée, moitié-moitié, à son sujet.

Troisièmement, ils peuvent, enfin, utiliser toute la marge de manœuvre que leur confère le statut constitutionnel actuel du Québec pour énoncer clairement « la synthèse des valeurs démocratiques et sociales acquises au Québec », pour reprendre les mots d'André Morel. Pour ce faire, ils peuvent, comme le suggère Daniel Turp, mais aussi la Commission des états généraux sur la réforme des institutions démocratiques, présidée par M. Claude Béland, et dont le rapport fut publié en 2003, adopter une constitution du Québec qui inclurait les droits linguistiques. Ils peuvent aussi, comme le recommandait la Commission Larose, inclure dans la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, les droits linguistiques fondamentaux et constitutionnaliser les principes fondateurs de la politique linguistique québécoise. C'est d'ailleurs ce que suggérerait, en quelque sorte, en 1977, la Commission des droits de la personne.

En procédant de l'une ou de l'autre manière, les Québécois de toutes origines pourraient en quelque sorte refonder leur volonté de vivre ensemble sur un compromis actualisé par plusieurs décennies d'expérience dans l'aménagement linguistique. L'option de procéder d'abord par une intégration des droits linguistiques fondamentaux à la *Charte des droits* pourrait constituer une première étape déterminante, la question linguistique ayant constitué le sujet le plus explosif des débats politiques québécois. Rien n'interdirait de poursuivre ensuite avec la rédaction et la délibération d'un projet de constitution québécoise qui aborderait le fonctionnement des institutions, le partage des pouvoirs et toute autre question généralement traitée dans une loi fondamentale.

Une telle opération comporterait de multiples avantages. D'abord, elle permettrait de clarifier les rapports entre les droits linguistiques et les autres droits fondamentaux de manière à les mettre en balance les uns par rapport aux autres sur un pied d'égalité. Ensuite, elle mettrait fin à l'opposition factice qui a été proposée en 1977 entre les droits linguistiques collectifs de la majorité francophone et les droits individuels garantis par la *Charte des droits*. En affirmant, comme il le fit, que la *Charte de la langue française* protégeait les droits collectifs de la majorité et la *Charte québécoise des droits*, les droits individuels, Camille Laurin a malencontreusement créé une fausse opposition et discrédité, aux yeux des esprits libéraux, la législation linguistique.

Puis, elle affirmerait sans équivoque, en intégrant les droits linguistiques des francophones dans la *Charte des droits*, que le Québec reconnaît le droit de parler et de vivre en français comme un droit individuel, parmi les autres, en équilibre avec les autres et compatible avec le respect des autres droits individuels. Que cette reconnaissance du droit individuel de parler et de vivre en français au Québec ait un impact sur la survie et le développement du groupe francophone en Amérique du Nord reste une motivation de cette reconnaissance et en est certes l'une des conséquences, elle n'est plus présentée comme étant en opposition avec les libertés fondamentales mais plutôt comme en faisant partie. Aussi, elle ferait comprendre à tous les Québécois que le droit de parler et de vivre en français au Québec est un droit reconnu à toute personne et pas seulement à celles dont la langue maternelle est le français. Comme l'écrit la Commission Larose :

Le français devient ainsi la voie d'accès privilégiée au patrimoine civique (valeurs, droits, obligations, institutions, etc.) commun à l'ensemble des Québécoises et des Québécois et sur lequel se fonde leur citoyenneté. La langue française devient le lieu de recherche et de développement des valeurs propres à l'ensemble de la société québécoise. Elle est aussi le lieu d'un vouloir-vivre collectif, l'espace public commun où chacun peut rencontrer l'autre.

Enfin, elle permettrait de placer le socle de l'adoption par le Québec d'une politique civique d'intégration des personnes d'origines diverses fondée non plus sur les seuls rapports de force entre majorité et minorités (sans renier pour autant les droits de groupes minoritaires) mais sur la volonté de vivre ensemble, de partager une histoire commune dans la démocratie.

Si, en 1974, aucun consensus n'existait quant à l'équilibre entre les droits de la majorité francophone et des minorités, ce qui pouvait faire de la question linguistique un sujet explosif, la situation a profondément changé aujourd'hui. Le débat démocratique, incluant le recours aux tribunaux, a établi les balises du compromis acceptable qui est désormais reconnu comme tel par l'immense majorité des Québécois.

En outre, dans le contexte de la mondialisation, du déclin de la natalité et du recours croissant à l'immigration pour faire face au choc démographique, le Québec a besoin de rafraîchir son approche à l'égard des rapports entre majorité et minorités afin de solidifier le lien entre ses citoyens. Cette tâche s'impose d'autant que les institutions canadiennes ne reconnaissent pas au Québec le statut particulier qu'il demande depuis des décennies et que les perspectives qu'il obtienne satisfaction sur ce point sont minces, de l'avis unanime de tous les observateurs bien informés.

Il apparaît donc que les recommandations formulées par la Commission Larose, en 2001, et qui sont restées lettre morte, totalement ignorées, ensevelies sous la poussière de l'inertie et du manque de vision et de courage politique, sans doute aussi nourrie par la mauvaise conscience qui taraude les Québécois dès qu'il est question de protéger leur langue, devraient être remises à l'ordre du jour, débattues et, dans une forme qui aura fait consensus, être adoptées. Les Québécois y verraient un nouveau départ.

Je m'éloigne, bien sûr, du langage juridique. Mais à quoi sert le droit s'il n'est pas au service de la volonté démocratique ? Dans ce cas, le droit et la politique sont forcément intimement liés. Il reste, bien sûr, à trouver les leaders politiques qui auront la vision et le courage de donner naissance aux normes juridiques dont la petite nation québécoise a besoin pour vivre en paix et se perpétuer.

ÉPILOGUE

Numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30^e anniversaire de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*

Comme chacun sait, le Barreau du Québec constitue l'ordre professionnel des avocats dont la mission est la protection du public. La mission sociale du Barreau l'amène notamment à exercer une surveillance générale de la législation et de l'administration de la justice dans le cadre d'une société fondée sur la primauté du droit.

Le Barreau du Québec a toujours été de ceux qui ont fait la promotion de la protection des droits fondamentaux. Dans son mémoire de 1975, le Barreau soulignait que le dépôt par le ministre de la Justice d'un projet de Charte sur les droits et libertés de la personne répondait à une longue attente et venait combler un vide flagrant dans la protection des droits des Québécois. Le Barreau soulignait cependant qu'il est à souhaiter que cette Charte ne soit pas seulement une déclaration de beaux principes ou un énoncé de vœux pieux. En effet, un droit sans recours à des mécanismes de réparation ne représente que peu d'intérêt pour les citoyens.

La recherche de réparation en matière de droits de la personne pose des défis importants. Dans son mémoire d'octobre 1981 sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, le Barreau soulignait que la Charte par son essence et sa portée apparaît comme un instrument solide d'éducation qui tend à s'imposer comme un véhicule des principes de justice de notre société. Elle exprime un consensus de la population en regard de valeurs communes et de règles de conduite qui contribuent à instaurer un équilibre plus juste dans les rapports sociaux. Bref, ce grand document est socialement nécessaire et le Barreau du Québec est heureux d'avoir participé activement au processus d'adoption de cette

loi fondamentale. Le Barreau insiste par ailleurs sur le caractère de pérennité et de stabilité des valeurs fondamentales consignées à la Charte.

Du point de vue du Barreau, la législation relative aux droits fondamentaux constitue la production législative la plus importante de l'Assemblée nationale. Elle exprime les règles et les objectifs du contrat social auxquels les Québécois et les Québécoises ont décidé d'adhérer.

Chaque fois qu'il en a l'occasion, le Barreau intervient sur la place publique pour faire la promotion et défendre les droits et libertés de la personne. Il le fait principalement dans ses interventions législatives au niveau des projets de lois dans tous les secteurs du droit, notamment en matière criminelle, en droit administratif et en droit social.

Le respect des droits de la personne constitue désormais le test ultime de la légitimité de toute action gouvernementale partout en occident. Aucune action gouvernementale ne saurait échapper durablement à une analyse de ses impacts sur les droits fondamentaux des individus. Avec la démocratie et l'État de droit, la protection des droits fondamentaux fait partie des piliers de l'État démocratique contemporain : elle fait partie des conditions essentielles d'une citoyenneté effective.

Depuis l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec en 1975 et de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, la protection des droits de la personne a progressé de façon significative au Québec. Comme plusieurs observateurs, le Barreau constate cependant que la jurisprudence a fait preuve de retenue en interprétant les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* et en délimitant sa portée.

Le Barreau considère qu'une commission parlementaire devrait être mise sur pied pour faire le point sur ces questions et examiner les recommandations de la Commission des droits de la personne formulées dans le cadre du 25^e anniversaire de la Charte¹. Ces recommandations visent à renforcer le statut et la

1. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans – LA CHARTE QUÉBÉCOISE des droits et libertés*, volume 1, Bilan et recommandations, 2003.

portée de la Charte comme assise juridique d'une société fondée sur les valeurs de dignité, d'égalité, de liberté, de solidarité et de démocratie. Les travaux de cette commission parlementaire élargie devraient s'inscrire dans le cadre d'une consultation publique générale impliquant non seulement les acteurs politiques mais aussi les membres de la société civile.

Stéphane RIVARD
Bâtonnier du Québec

ANNEXE I

Charte des droits et libertés de la personne

L.R.Q., chapitre 12

Préambule

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement ;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix ;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et les droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation ;

À ces causes, Sa Majesté, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit :

PARTIE I

LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

CHAPITRE I

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX

1. [Droit à la vie]. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

[Personnalité juridique]. Il possède également la personnalité juridique.

1975, c. 6, art. 1 ; 1982, c. 61, art. 1.

2. [Droit au secours]. Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

[Secours à une personne dont la vie est en péril]. Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

1975, c. 6, art. 2.

3. [Libertés fondamentales]. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

1975, c. 6, art. 3.

4. [Sauvegarde de la dignité]. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

1975, c. 6, art. 4.

5. [Respect de la vie privée]. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

1975, c. 6, art. 5.

6. [Jouissance paisible des biens] Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

1975, c. 6, art. 6.

7. [Demeure inviolable]. La demeure est inviolable.

1975, c. 6, art. 7.

8. [Respect de la propriété privée]. Nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite.

1975, c. 6, art. 8.

9. [Secret professionnel]. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

[Divulgarion de renseignements confidentiels]. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

[Devoir du tribunal]. Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

1975, c. 6, art. 9.

9.1. [Exercice des libertés et droits fondamentaux]. 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.

[Rôle de la loi]. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

1982, c. 61, art. 2.

CHAPITRE I.1

DROIT À L'ÉGALITÉ DANS LA RECONNAISSANCE ET L'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS

10. [Discrimination interdite]. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

[Motif de discrimination]. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

1975, c. 6, art. 10 ; 1977, c. 6, art. 1 ; 1978, c. 7, art. 112 ; 1982, c. 61, art. 3.

10.1. [Harcèlement interdit]. Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10.

1982, c. 61, art. 4.

11. [Publicité discriminatoire interdite]. Nul ne peut diffuser, publier ou exposer en public un avis, un symbole ou un signe comportant discrimination ni donner une autorisation à cet effet.

1975, c. 6, art. 11.

12. [Discrimination dans formation d'acte juridique]. Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

1975, c. 6, art. 12.

13. [Clause interdite]. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

[Nullité]. Une telle clause est sans effet.

1975, c. 6, art. 13 ; 1999, c. 40, art. 46.

14. [Bail d'une chambre dans local d'habitation]. L'interdiction visée dans les articles 12 et 13 ne s'applique pas au locateur d'une chambre située dans un local d'habitation, si le locateur ou sa famille réside dans le local, ne loue qu'une seule chambre et n'annonce pas celle-ci, en vue de la louer, par avis ou par tout autre moyen public de sollicitation.

1975, c. 6, art. 14.

15. [Lieux publics accessibles à tous]. Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.

1975, c. 6, art. 15.

16. [Non-discrimination dans l'embauche]. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

1975, c. 6, art. 16.

17. [Discrimination par association d'employeurs ou de salariés interdite]. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association d'employeurs ou de salariés ou de tout ordre professionnel ou association de personnes exerçant une même occupation.

1975, c. 6, art. 17 ; 1994, c. 40, art. 457.

18. [Discrimination par bureau de placement interdite]. Un bureau de placement ne peut exercer de discrimination dans la réception, la classification ou le traitement d'une demande d'emploi ou dans un acte visant à soumettre une demande à un employeur éventuel.

1975, c. 6, art. 18.

18.1. [Renseignements relatifs à un emploi]. Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.

1982, c. 61, art. 5.

18.2. [Culpabilité à une infraction]. Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

1982, c. 61, art. 5 ; 1990, c. 4, art. 133.

19. [Égalité de traitement pour travail équivalent]. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

[Différence basée sur expérience non discriminatoire]. Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.

[Ajustements non discriminatoires]. Les ajustements salariaux ainsi qu'un programme d'équité salariale sont, eu égard à la discrimination fondée sur le sexe, réputés non discriminatoires, s'ils sont établis conformément à la *Loi sur l'équité salariale* (chapitre E-12.001).

1975, c. 6, art. 19 ; 1996, c. 43, art. 125.

20. [Distinction fondée sur aptitudes non discriminatoire]. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

1975, c. 6, art. 20 ; 1982, c. 61, art. 6 ; 1996, c. 10, art. 1.

20.1. [Utilisation non discriminatoire]. Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

[État de santé]. Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.

1996, c. 10, art. 2.

CHAPITRE II DROITS POLITIQUES

21. [Pétition à l'Assemblée]. Toute personne a droit d'adresser des pétitions à l'Assemblée nationale pour le redressement de griefs.

1975, c. 6, art. 21.

22. [Droit de voter et d'être candidat]. Toute personne légalement habilitée et qualifiée a droit de se porter candidat lors d'une élection et a droit d'y voter.

1975, c. 6, art. 22.

CHAPITRE III DROITS JUDICIAIRES

23. [Audition impartiale par tribunal indépendant]. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

[Huis clos]. Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

1975, c. 6, art. 23 ; 1982, c. 17, art. 42 ; 1993, c. 30, art. 17.

24. [Motifs de privation de liberté]. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.

1975, c. 6, art. 24.

24.1. [Abus interdits]. Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives.

1982, c. 61, art. 7.

25. [Traitement de personne arrêtée]. Toute personne arrêtée ou détenue doit être traitée avec humanité et avec le respect dû à la personne humaine.

1975, c. 6, art. 25.

26. [Régime carcéral distinct]. Toute personne détenue dans un établissement de détention a droit d'être soumise à un régime distinct approprié à son sexe, son âge et sa condition physique ou mentale.

1975, c. 6, art. 26.

27. [Séparation des détenus attendant l'issue de leur procès]. Toute personne détenue dans un établissement de détention en

attendant l'issue de son procès a droit d'être séparée, jusqu'au jugement final, des prisonniers qui purgent une peine.

1975, c. 6, art. 27.

28. [Information sur motifs d'arrestation]. Toute personne arrêtée ou détenue a droit d'être promptement informée, dans une langue qu'elle comprend, des motifs de son arrestation ou de sa détention.

1975, c. 6, art. 28.

28.1. [Information à l'accusé]. Tout accusé a le droit d'être promptement informé de l'infraction particulière qu'on lui reproche.

1982, c. 61, art. 8.

29. [Droit de prévenir les proches]. Toute personne arrêtée ou détenue a droit, sans délai, d'en prévenir ses proches et de recourir à l'assistance d'un avocat. Elle doit être promptement informée de ces droits.

1975, c. 6, art. 29 ; 1982, c. 61, art. 9.

30. [Comparution]. Toute personne arrêtée ou détenue doit être promptement conduite devant le tribunal compétent ou relâchée.

1975, c. 6, art. 30 ; 1982, c. 61, art. 10.

31. [Liberté sur engagement]. Nulle personne arrêtée ou détenue ne peut être privée, sans juste cause, du droit de recouvrer sa liberté sur engagement, avec ou sans dépôt ou caution, de comparaître devant le tribunal dans le délai fixé.

1975, c. 6, art. 31.

32. [Habeas corpus]. Toute personne privée de sa liberté a droit de recourir à l'habeas corpus.

1975, c. 6, art. 32.

32.1. [Délai raisonnable]. Tout accusé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

1982, c. 61, art. 11.

33. [Présomption d'innocence]. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie suivant la loi.

1975, c. 6, art. 33.

33.1. [Témoignage interdit]. Nul accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même lors de son procès.

1982, c. 61, art. 12.

34. [Assistance d'avocat]. Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal.

1975, c. 6, art. 34.

35. [Défense pleine et entière]. Tout accusé a droit à une défense pleine et entière et a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins.

1975, c. 6, art. 35.

36. [Assistance d'un interprète]. Tout accusé a le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas la langue employée à l'audience ou s'il est atteint de surdité.

1975, c. 6, art. 36 ; 1982, c. 61, art. 13.

37. [Non-rétroactivité des lois]. Nul accusé ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une violation de la loi.

1975, c. 6, art. 37.

37.1. [Chose jugée]. Une personne ne peut être jugée de nouveau pour une infraction dont elle a été acquittée ou dont elle a été déclarée coupable en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

1982, c. 61, art. 14.

37.2. [Peine moins sévère]. Un accusé a droit à la peine la moins sévère lorsque la peine prévue pour l'infraction a été modifiée entre la perpétration de l'infraction et le prononcé de la sentence.

1982, c. 61, art. 14.

38. [Protection de la loi]. Aucun témoignage devant un tribunal ne peut servir à incriminer son auteur, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

1975, c. 6, art. 38 ; 1982, c. 61, art. 15.

CHAPITRE IV

DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

39. [Protection de l'enfant]. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

1975, c. 6, art. 39 ; 1980, c. 39, art. 61.

40. [Instruction publique gratuite]. Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite.

1975, c. 6, art. 40.

41. [Éducation religieuse et morale]. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci.

1975, c. 6, art. 41 ; 2005, c. 20, art. 13.

42. [Établissements d'enseignement privés]. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privé, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi.

1975, c. 6, art. 42.

43. [Vie culturelle des minorités]. Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe.

1975, c. 6, art. 43.

44. [Droit à l'information]. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

1975, c. 6, art. 44.

45. [Assistance financière]. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

1975, c. 6, art. 45.

46. [Conditions de travail]. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

1975, c. 6, art. 46 ; 1979, c. 63, art. 275.

46.1. [Droit à un environnement sain]. Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité.

2006, c. 3, art. 19.

47. [Égalité des conjoints]. Les conjoints ont, dans le mariage ou l'union civile, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

[Direction conjointe de la famille]. Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

1975, c. 6, art. 47 ; 2002, c. 6, art. 89.

48. [Protection des personnes âgées]. Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

[Protection de la famille]. Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu.

1975, c. 6, art. 48 ; 1978, c. 7, art. 113.

CHAPITRE V DISPOSITIONS SPÉCIALES ET INTERPRÉTATIVES

49. [Réparation de préjudice pour atteinte illicite à un droit]. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

[Dommages-intérêts punitifs]. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

1975, c. 6, art. 49 ; 1999, c. 40, art. 46.

49.1. [Règlement des plaintes]. Les plaintes, différends et autres recours dont l'objet est couvert par la *Loi sur l'équité salariale* (chapitre E-12.001) sont réglés exclusivement suivant cette loi.

[Entreprise de moins de 10 salariés]. En outre, toute question relative à l'équité salariale entre une catégorie d'emplois à prédominance féminine et une catégorie d'emplois à prédominance masculine dans une entreprise qui compte moins de 10 salariés doit être résolue par la Commission de l'équité salariale en application de l'article 19 de la présente Charte.

1996, c. 43, art. 126.

50. [Droit non supprimé]. La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit.

1975, c. 6, art. 50.

51. [Portée de disposition non augmentée]. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

1975, c. 6, art. 51.

52. [Dérogation interdite]. 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.

1975, c. 6, art. 52 ; 1982, c. 61, art. 16.

53. [Doute d'interprétation]. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

1975, c. 6, art. 53.

54. [État lié]. La Charte lie l'État.

1975, c. 6, art. 54 ; 1999, c. 40, art. 46.

55. [Matières visées]. La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec.

1975, c. 6, art. 55.

56. 1. [« tribunal »]. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot « tribunal » inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.

2. [« traitement » et « salaire »]. Dans l'article 19, les mots « traitement » et « salaire » incluent les compensations ou avantages à valeur pécuniaire se rapportant à l'emploi.

3. [« loi »]. Dans la Charte, le mot « loi » inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi.

1975, c. 6, art. 56 ; 1989, c. 51, art. 2.

PARTIE II

LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

CHAPITRE I

CONSTITUTION

57. [Constitution]. Est constituée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

[Responsabilité]. La Commission a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la présente Charte ainsi qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse* (chapitre P-34.1) ; à ces fins, elle exerce les fonctions et les pouvoirs que lui attribuent cette Charte et cette loi.

[Responsabilité]. La Commission doit aussi veiller à l'application de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* (chapitre A-2.01). À cette fin, elle exerce les fonctions et les pouvoirs que lui attribuent la présente Charte et cette loi.

1975, c. 6, art. 57 ; 1995, c. 27, art. 2 ; 2000, c. 45, art. 27.

58. [Composition]. La Commission est composée de 15 membres, dont un président et deux vice-présidents.

[Membres]. Les membres de la Commission sont nommés par l'Assemblée nationale sur proposition du premier ministre.

Ces nominations doivent être approuvées par les deux tiers des membres de l'Assemblée.

1975, c. 6, art. 58 ; 1989, c. 51, art. 3 ; 1995, c. 27, art. 3.

58.1. [Choix des membres]. Cinq membres de la Commission sont choisis parmi des personnes susceptibles de contribuer d'une façon particulière à l'étude et à la solution des problèmes relatifs aux droits et libertés de la personne, et cinq autres parmi des personnes susceptibles de contribuer d'une façon particulière à l'étude et à la solution des problèmes relatifs à la protection des droits de la jeunesse.

1995, c. 27, art. 3 ; 2002, c. 34, art. 2.

58.2. (*Abrogé*).

1995, c. 27, art. 3 ; 2002, c. 34, art. 3.

58.3. [Mandat]. La durée du mandat des membres de la Commission est d'au plus dix ans. Cette durée, une fois fixée, ne peut être réduite.

1995, c. 27, art. 3.

59. [Traitement]. Le gouvernement fixe le traitement et les conditions de travail ou, s'il y a lieu, le traitement additionnel, les honoraires ou les allocations de chacun des membres de la Commission.

[Aucune réduction]. Le traitement, le traitement additionnel, les honoraires et les allocations, une fois fixés, ne peuvent être réduits.

1975, c. 6, art. 59 ; 1989, c. 51, art. 4.

60. [Fonctions continuées]. Les membres de la Commission restent en fonction jusqu'à leur remplacement, sauf en cas de démission.

1975, c. 6, art. 60 ; 1989, c. 51, art. 5.

61. [Comité des plaintes]. La Commission peut constituer un comité des plaintes formé de 3 de ses membres qu'elle désigne par écrit, et lui déléguer, par règlement, des responsabilités.

1975, c. 6, art. 61 ; 1989, c. 51, art. 5.

62. [Membre du personnel]. La Commission nomme les membres du personnel requis pour s'acquitter de ses fonctions ; ils peuvent être destitués par décret du gouvernement, mais uniquement sur recommandation de la Commission.

[Enquête]. La Commission peut, par écrit, confier à une personne qui n'est pas membre de son personnel soit le mandat de faire une enquête, soit celui de rechercher un règlement entre les parties, dans les termes des paragraphes 1 et 2 du deuxième alinéa de l'article 71, avec l'obligation de lui faire rapport dans un délai qu'elle fixe.

[Arbitrage]. Pour un cas d'arbitrage, la Commission désigne un seul arbitre parmi les personnes qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne et qui sont inscrites sur la liste dressée périodiquement par le gouvernement suivant la procédure de recrutement et de sélection qu'il prend par règlement. L'arbitre agit suivant les règles prévues au Livre VII du *Code de procédure civile* (chapitre C-25), à l'exclusion du chapitre II du Titre I, compte tenu des adaptations nécessaires.

[Restriction]. Une personne qui a participé à l'enquête ne peut se voir confier le mandat de rechercher un règlement ni agir comme arbitre, sauf du consentement des parties.

1975, c. 6, art. 62 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 2000, c. 8, art. 108.

63. [Rémunération ou allocations]. Le gouvernement établit les normes et barèmes de la rémunération ou des allocations ainsi que les autres conditions de travail qu'assume la Commission à l'égard des membres de son personnel, de ses mandataires et des arbitres.

1975, c. 6, art. 63 ; 1989, c. 51, art. 5.

64. [Serment]. Avant d'entrer en fonction, les membres et mandataires de la Commission, les membres de son personnel et les arbitres prêtent les serments prévus à l'annexe I : les membres de la Commission, devant le Président de l'Assemblée nationale et les autres, devant le président de la Commission.

1975, c. 6, art. 64 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1999, c. 40, art. 46.

65. [Président et vice-présidents]. Le président et les vice-présidents doivent s'occuper exclusivement des devoirs de leurs fonctions.

[Responsabilités]. Ils doivent tout particulièrement veiller au respect de l'intégralité des mandats qui sont confiés à la Commission tant par la présente Charte que par la *Loi sur la protection de la jeunesse* (chapitre P-34.1).

[Désignation des vice-présidents]. Le président désigne un vice-président qui est plus particulièrement responsable du mandat confié à la Commission par la présente Charte, et un autre qui est plus particulièrement responsable du mandat confié par la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Il en avise le Président de l'Assemblée nationale qui en informe l'Assemblée.

1975, c. 6, art. 65 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1995, c. 27, art. 4 ; 2002, c. 34, art. 4.

66. [Direction et administration]. Le président est chargé de la direction et de l'administration des affaires de la Commission, dans le cadre des règlements pris pour l'application de la présente Charte. Il peut, par délégation, exercer les pouvoirs de la Commission prévus à l'article 61, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 62 et au premier alinéa de l'article 77.

[Présidence]. Il préside les séances de la Commission.

1975, c. 6, art. 66 ; 1989, c. 51, art. 5.

67. [Remplaçant]. D'office, le vice-président désigné par le gouvernement remplace temporairement le président en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci ou de vacance de sa fonction. Si ce vice-président est lui-même absent ou empêché ou que sa fonction est vacante, l'autre vice-président le remplace. À défaut, le gouvernement désigne un autre membre de la Commission dont il fixe, s'il y a lieu, le traitement additionnel, les honoraires ou les allocations.

1975, c. 6, art. 67 ; 1982, c. 61, art. 17 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1995, c. 27, art. 5.

68. [Immunité]. La Commission, ses membres, les membres de son personnel et ses mandataires ne peuvent être poursuivis en justice pour une omission ou un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions.

[Pouvoirs d'enquête]. Ils ont de plus, aux fins d'une enquête, les pouvoirs et l'immunité des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37), sauf le pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

1975, c. 6, art. 68 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1995, c. 27, art. 6.

69. [Siège de la Commission]. La Commission a son siège à Québec ou à Montréal selon ce que décide le gouvernement par décret entrant en vigueur sur publication à la Gazette officielle du Québec ; elle a aussi un bureau sur le territoire de l'autre ville.

[Lieu des bureaux]. Elle peut établir des bureaux à tout endroit au Québec.

[Lieu des séances]. La Commission peut tenir ses séances n'importe où au Québec.

1975, c. 6, art. 69 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1996, c. 2, art. 117.

70. [Régie interne]. La Commission peut faire des règlements pour sa régie interne.

1975, c. 6, art. 70 ; 1989, c. 51, art. 5.

70.1. (*Remplacé*).

1982, c. 61, art. 18 ; 1989, c. 51, art. 5.

CHAPITRE II FONCTIONS

71. [Fonctions]. La Commission assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte.

[Responsabilités]. Elle assume notamment les responsabilités suivantes :

1^o faire enquête selon un mode non contradictoire, de sa propre initiative ou lorsqu'une plainte lui est adressée, sur toute situation, à l'exception de celles prévues à l'article 49.1, qui lui paraît constituer soit un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19, y compris un cas visé à l'article 86, soit un cas de violation du droit à la protection contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées énoncé au premier alinéa de l'article 48 ;

2^o favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente, et la personne à qui cette violation est imputée ;

3^o signaler au curateur public tout besoin de protection qu'elle estime être de la compétence de celui-ci, dès qu'elle en a connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;

4^o élaborer et appliquer un programme d'information et d'éducation, destiné à faire comprendre et accepter l'objet et les dispositions de la présente Charte ;

5^o diriger et encourager les recherches et publications sur les libertés et droits fondamentaux ;

6^o relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées ;

7^o recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de la personne, les étudier, éventuellement en invitant toute personne ou groupe intéressé à lui présenter publiquement ses observations lorsqu'elle estime que l'intérêt public ou celui d'un groupement le requiert, pour faire au gouvernement les recommandations appropriées ;

8^o coopérer avec toute organisation vouée à la promotion des droits et libertés de la personne, au Québec ou à l'extérieur ;

9^o faire enquête sur une tentative ou un acte de représailles ainsi que sur tout autre fait ou omission qu'elle estime constituer une infraction à la présente Charte, et en faire rapport au procureur général.

1975, c. 6, art. 71 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1996, c. 43, art. 127.

72. [Assistance]. La Commission, ses membres, les membres de son personnel, ses mandataires et un comité des plaintes doivent prêter leur assistance aux personnes, groupes ou organismes qui en font la demande, pour la réalisation d'objets qui relèvent de la compétence de la Commission suivant le chapitre III de la présente partie, les parties III et IV et les règlements pris en vertu de la présente Charte.

[Assistance]. Ils doivent, en outre, prêter leur concours dans la rédaction d'une plainte, d'un règlement intervenu entre les parties ou d'une demande qui doit être adressée par écrit à la Commission.

1975, c. 6, art. 72 ; 1989, c. 51, art. 5.

73. [Rapport d'activités]. La Commission remet au Président de l'Assemblée nationale, au plus tard le 30 juin, un rapport portant, pour l'année financière précédente, sur ses activités et ses recommandations tant en matière de promotion et de respect des droits de la personne qu'en matière de protection de l'intérêt de l'enfant ainsi que de promotion et de respect des droits de celui-ci.

[Dépôt devant l'Assemblée nationale]. Ce rapport est déposé devant l'Assemblée nationale si elle est en session ou, si elle ne l'est pas, dans les 30 jours de l'ouverture de la session suivante. Il est publié et distribué par l'Éditeur officiel du Québec, dans les conditions et de la manière que la Commission juge appropriées.

1975, c. 6, art. 73 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1995, c. 27, art. 7 ; 2002, c. 34, art. 5.

CHAPITRE III PLAINTES

74. [Plainte]. Peut porter plainte à la Commission toute personne qui se croit victime d'une violation des droits relevant de la compétence d'enquête de la Commission. Peuvent se regrouper pour porter plainte, plusieurs personnes qui se croient victimes d'une telle violation dans des circonstances analogues.

[Plainte écrite]. La plainte doit être faite par écrit.

[Plainte par un organisme]. La plainte peut être portée, pour le compte de la victime ou d'un groupe de victimes, par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupement. Le consentement écrit de la victime ou des victimes est nécessaire, sauf s'il s'agit d'un cas d'exploitation de personnes âgées ou handicapées prévu au premier alinéa de l'article 48.

1975, c. 6, art. 74 ; 1989, c. 51, art. 5.

75. [Protecteur du citoyen]. Toute plainte reçue par le Protecteur du citoyen et relevant de la compétence d'enquête de la Commission lui est transmise à moins que le plaignant ne s'y oppose.

[Transmission]. La plainte transmise à la Commission est réputée reçue par celle-ci à la date de son dépôt auprès du Protecteur du citoyen.

1975, c. 6, art. 75 ; 1989, c. 51, art. 5.

76. [Prescription de recours civil] La prescription de tout recours civil, portant sur les faits rapportés dans une plainte ou dévoilés par une enquête, est suspendue de la date du dépôt de la plainte auprès de la Commission ou de celle du début de l'enquête qu'elle tient de sa propre initiative, jusqu'à la première des éventualités suivantes :

1^o la date d'un règlement entre les parties ;

2^o la date à laquelle la victime et le plaignant ont reçu notification que la Commission soumet le litige à un tribunal ;

3^o la date à laquelle la victime ou le plaignant a personnellement introduit l'un des recours prévus aux articles 49 et 80 ;

4^o la date à laquelle la victime et le plaignant ont reçu notification que la Commission refuse ou cesse d'agir.

1975, c. 6, art. 76 ; 1989, c. 51, art. 5.

77. [Refus d'agir]. La Commission refuse ou cesse d'agir en faveur de la victime, lorsque :

1^o la victime ou le plaignant en fait la demande, sous réserve d'une vérification par la Commission du caractère libre et volontaire de cette demande ;

2^o la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80.

[Refus d'agir]. Elle peut refuser ou cesser d'agir en faveur de la victime, lorsque :

1^o la plainte a été déposée plus de deux ans après le dernier fait pertinent qui y est rapporté ;

2^o la victime ou le plaignant n'a pas un intérêt suffisant ;

3^o la plainte est frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi ;

4^o la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours que ceux prévus aux articles 49 et 80.

[Décision motivée]. La décision est motivée par écrit et elle indique, s'il en est, tout recours que la Commission estime opportun ; elle est notifiée à la victime et au plaignant.

1975, c. 6, art. 77 ; 1989, c. 51, art. 5.

78. [Éléments de preuve]. La Commission recherche, pour toutes situations dénoncées dans la plainte ou dévoilées en cours d'enquête, tout élément de preuve qui lui permettrait de déterminer s'il y a lieu de favoriser la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste.

[Preuve insuffisante]. Elle peut cesser d'agir lorsqu'elle estime qu'il est inutile de poursuivre la recherche d'éléments de preuve ou lorsque la preuve recueillie est insuffisante. Sa décision doit être motivée par écrit et elle indique, s'il en est, tout recours que la Commission estime opportun ; elle est notifiée à la victime et au plaignant. Avis de sa décision de cesser d'agir doit être donné, par la Commission, à toute personne à qui une violation de droits était imputée dans la plainte.

1975, c. 6, art. 78 ; 1989, c. 51, art. 5.

79. [Entente écrite]. Si un règlement intervient entre les parties, il doit être constaté par écrit.

[Arbitrage]. S'il se révèle impossible, la Commission leur propose de nouveau l'arbitrage ; elle peut aussi leur proposer, en tenant compte de l'intérêt public et de celui de la victime, toute mesure de redressement, notamment l'admission de la violation d'un droit, la cessation de l'acte reproché, l'accomplissement d'un acte, le paiement d'une indemnité ou de dommages-intérêts punitifs, dans un délai qu'elle fixe.

1975, c. 6, art. 79 ; 1989, c. 51, art. 5 ; 1999, c. 40, art. 46.

80. [Refus de négocier]. Lorsque les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, ou lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction, mise en œuvre dans le délai imparti, la Commission peut s'adresser à un

tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate.

1975, c. 6, art. 80 ; 1989, c. 51, art. 5.

81. [Mesures d'urgence]. Lorsqu'elle a des raisons de croire que la vie, la santé ou la sécurité d'une personne visée par un cas de discrimination ou d'exploitation est menacée, ou qu'il y a risque de perte d'un élément de preuve ou de solution d'un tel cas, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir d'urgence une mesure propre à faire cesser cette menace ou ce risque.

1975, c. 6, art. 81 ; 1989, c. 51, art. 5.

82. [Discrimination ou exploitation]. La Commission peut aussi s'adresser à un tribunal pour qu'une mesure soit prise contre quiconque exerce ou tente d'exercer des représailles contre une personne, un groupe ou un organisme intéressé par le traitement d'un cas de discrimination ou d'exploitation ou qui y a participé, que ce soit à titre de victime, de plaignant, de témoin ou autrement.

[Réintégration]. Elle peut notamment demander au tribunal d'ordonner la réintégration, à la date qu'il estime équitable et opportune dans les circonstances, de la personne lésée, dans le poste ou le logement qu'elle aurait occupé s'il n'y avait pas eu contravention.

1975, c. 6, art. 82 ; 1989, c. 51, art. 5.

83. [Consentement préalable]. Lorsqu'elle demande au tribunal de prendre des mesures au bénéfice d'une personne en application des articles 80 à 82, la Commission doit avoir obtenu son consentement écrit, sauf dans le cas d'une personne visée par le premier alinéa de l'article 48.

1975, c. 6, art. 83 ; 1989, c. 51, art. 5.

83.1. (*Remplacé*).

1982, c. 61, art. 19 ; 1989, c. 51, art. 5.

83.2. (*Remplacé*).

1982, c. 61, art. 19 ; 1989, c. 51, art. 5.

84. [Discrétion de la Commission]. Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

[Recours aux frais du plaignant]. Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé.

1975, c. 6, art. 84 ; 1982, c. 61, art. 20 ; 1989, c. 51, art. 5.

85. [Intervention de la victime]. La victime peut, dans la mesure de son intérêt et en tout état de cause, intervenir dans l'instance à laquelle la Commission est partie en application des articles 80 à 82. Dans ce cas, la Commission ne peut se pourvoir seule en appel sans son consentement.

[Recours personnels]. La victime peut, sous réserve du deuxième alinéa de l'article 111, exercer personnellement les recours des articles 80 à 82 ou se pourvoir en appel, même si elle n'était pas partie en première instance.

[Accès au dossier]. Dans tous ces cas, la Commission doit lui donner accès à son dossier.

1975, c. 6, art. 85 ; 1989, c. 51, art. 5.

PARTIE III

LES PROGRAMMES D'ACCÈS À L'ÉGALITÉ

86. [Accès à l'égalité]. Un programme d'accès à l'égalité a pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi, ainsi que dans les secteurs de l'éducation ou de la santé et dans tout autre service ordinairement offert au public.

[Programme non discriminatoire]. Un tel programme est réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la Charte.

[Programme non discriminatoire]. Un programme d'accès à l'égalité en emploi est, eu égard à la discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe ou l'origine ethnique, réputé non discrimi-

natoire s'il est établi conformément à la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* (chapitre A-2.01).

[Programme non discriminatoire]. Un programme d'accès à l'égalité en emploi établi pour une personne handicapée au sens de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale* (chapitre E-20.1) est réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* (chapitre A-2.01).

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 11 ; 2000, c. 45, art. 28 ; 2004, c. 31, art. 61.

non en vigueur

87. [Approbation]. Tout programme d'accès à l'égalité doit être approuvé par la Commission à moins qu'il ne soit imposé par un tribunal.

[Assistance] La Commission, sur demande, prête son assistance à l'élaboration d'un tel programme.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 6, art. 11.

88. [Propositions]. La Commission peut, après enquête, si elle constate une situation de discrimination prévue par l'article 86, proposer l'implantation, dans un délai qu'elle fixe, d'un programme d'accès à l'égalité.

[Recours au tribunal]. La Commission peut, lorsque sa proposition n'a pas été suivie, s'adresser un tribunal et, sur preuve d'une situation visée dans l'article 86, obtenir dans le délai fixé par ce tribunal l'élaboration et l'implantation d'un programme. Le programme ainsi élaboré est déposé devant ce tribunal qui peut, en conformité avec la Charte, y apporter les modifications qu'il juge adéquates.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 7, art. 11.

89. [Surveillance]. La Commission surveille l'application des programmes d'accès à l'égalité. Elle peut effectuer des enquêtes et exiger des rapports.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 11.

90. [Retrait de l'approbation]. Lorsque la Commission constate qu'un programme d'accès à l'égalité n'est pas implanté dans le

délai imparti ou n'est pas observé, elle peut, s'il s'agit d'un programme qu'elle a approuvé, retirer son approbation ou, s'il s'agit d'un programme dont elle a proposé l'implantation, s'adresser à un tribunal conformément au deuxième alinéa de l'article 88.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 8, art. 11.

91. [Faits nouveaux]. Un programme visé dans l'article 88 peut être modifié, reporté ou annulé si des faits nouveaux le justifient.

[Accord écrit]. Lorsque la Commission et la personne requise ou qui a convenu d'implanter le programme s'entendent, l'accord modifiant, reportant ou annulant le programme d'accès à l'égalité est constaté par écrit.

[Désaccord]. En cas de désaccord, l'une ou l'autre peut s'adresser au tribunal auquel la Commission s'est adressée en vertu du deuxième alinéa de l'article 88, afin qu'il décide si les faits nouveaux justifient la modification, le report ou l'annulation du programme.

[Modification]. Toute modification doit être établie en conformité avec la Charte.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 9, art. 11.

92. [Exigences du gouvernement]. Le gouvernement doit exiger de ses ministères et organismes dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique* (chapitre F-3.1.1) l'implantation de programmes d'accès à l'égalité dans le délai qu'il fixe.

[Dispositions applicables]. Les articles 87 à 91 ne s'appliquent pas aux programmes visés dans le présent article. Ceux-ci doivent toutefois faire l'objet d'une consultation auprès de la Commission avant d'être implantés.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 10, art. 11 ; 2000, c. 45, art. 29.

PARTIE IV CONFIDENTIALITÉ

93. [Renseignement ou document confidentiel]. Malgré les articles 9 et 83 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1), un renseignement ou un document fourni de plein gré à la Commission et détenu par celle-ci aux fins de l'élaboration,

l'implantation ou l'observation d'un programme d'accès à l'égalité visé par la présente Charte ou par la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* (chapitre A-2.01) est confidentiel et réservé exclusivement aux fins pour lesquelles il a été transmis ; il ne peut être divulgué ni utilisé autrement, sauf du consentement de celui qui l'a fourni.

[Consentement préalable]. Un tel renseignement ou document ne peut être révélé par ou pour la Commission devant un tribunal, ni rapporté au procureur général malgré le paragraphe 9^o de l'article 71, sauf du consentement de la personne ou de l'organisme de qui la Commission tient ce renseignement ou ce document et de celui des parties au litige.

[Programme d'accès à l'égalité]. Le présent article n'a pas pour effet de restreindre le pouvoir de contraindre par assignation, mandat ou ordonnance, la communication par cette personne ou cet organisme d'un renseignement ou d'un document relatif à un programme d'accès à l'égalité.

[Communication au ministre]. En outre, un tel renseignement ou la teneur d'un tel document doit, sur demande, être communiqué par la Commission au ministre responsable de la partie III de la présente Charte et de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* afin de lui permettre d'évaluer l'application de cette partie et de cette loi.

1989, c. 51, art. 12 ; 2000, c. 45, art. 30.

94. [Confidentialité]. Rien de ce qui est dit ou écrit à l'occasion de la négociation d'un règlement prévue à l'article 78 ne peut être révélé, même en justice, sauf du consentement des parties à cette négociation et au litige.

1989, c. 51, art. 12.

95. [Contrôle de confidentialité]. Sous réserve de l'article 61 du *Code de procédure pénale* (chapitre C-25.1), un membre ou un mandataire de la Commission ou un membre de son personnel ne peut être contraint devant un tribunal de faire une déposition portant sur un renseignement qu'il a obtenu dans l'exercice de ses fonctions ni de produire un document contenant un tel renseignement, si ce n'est aux fins du contrôle de sa confidentialité.

1989, c. 51, art. 12 ; 1990, c. 4, art. 134.

96. [Action civile]. Aucune action civile ne peut être intentée en raison ou en conséquence de la publication d'un rapport émanant de la Commission ou de la publication, faite de bonne foi, d'un extrait ou d'un résumé d'un tel rapport.

1989, c. 51, art. 12.

PARTIE V RÉGLEMENTATION

97. [Réglementation]. Le gouvernement, par règlement :

1^o (*paragraphe abrogé*) ;

2^o peut fixer les critères, normes, barèmes, conditions ou modalités concernant l'élaboration, l'implantation ou l'application de programmes d'accès à l'égalité, en établir les limites et déterminer toute mesure nécessaire ou utile à ces fins ;

3^o édicte la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne.

[Règlement]. Le règlement prévu au paragraphe 3^o, notamment :

1^o détermine la proportionnalité minimale d'avocats que doit respecter la liste prévue au troisième alinéa de l'article 62 ;

2^o détermine la publicité qui doit être faite afin de dresser cette liste ;

3^o détermine la manière dont une personne peut se porter candidate ;

4^o autorise le ministre de la Justice à former un comité de sélection pour évaluer l'aptitude des candidats et lui fournir un avis sur eux ainsi qu'à en fixer la composition et le mode de nomination des membres ;

5^o détermine les critères de sélection dont le comité tient compte, les renseignements qu'il peut requérir d'un candidat ainsi que les consultations qu'il peut faire ;

6^o prévoit que la liste des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne, est consignée dans un registre établi à cette fin au ministère de la Justice.

[Remboursement des dépenses]. Les membres d'un comité de sélection ne sont pas rémunérés, sauf dans le cas, aux conditions et dans la mesure que peut déterminer le gouvernement. Ils ont cependant droit au remboursement des dépenses faites dans l'exercice de leurs fonctions, aux conditions et dans la mesure que détermine le gouvernement.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 14 ; 1996, c. 10, art. 3.

98. [Projet de règlement à la G.O.Q.]. Le gouvernement, après consultation de la Commission, publie son projet de règlement à la *Gazette officielle du Québec* avec un avis indiquant le délai après lequel ce projet sera déposé devant la Commission des institutions et indiquant qu'il pourra être pris après l'expiration des 45 jours suivant le dépôt du rapport de cette Commission devant l'Assemblée nationale.

[Modification au projet]. Le gouvernement peut, par la suite, modifier le projet de règlement. Il doit, dans ce cas, publier le projet modifié à la *Gazette officielle du Québec* avec un avis indiquant qu'il sera pris sans modification à l'expiration des 45 jours suivant cette publication.

1982, c. 61, art. 21 ; 1982, c. 62, art. 143 ; 1989, c. 51, art. 15.

99. [Règlement de la Commission]. La Commission, par règlement :

1^o peut déléguer à un comité des plaintes constitué conformément à l'article 61, les responsabilités qu'elle indique ;

2^o prescrit les autres règles, conditions et modalités d'exercice ou termes applicables aux mécanismes prévus aux chapitres II et III de la partie II et aux parties III et IV, y compris la forme et les éléments des rapports pertinents.

[Approbation]. Un tel règlement est soumis à l'approbation du gouvernement qui peut, en l'approuvant, le modifier.

1982, c. 61, art. 21 ; 1989, c. 51, art. 15.

PARTIE VI

LE TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

CHAPITRE I

CONSTITUTION ET ORGANISATION

100. [Institution]. Est institué le Tribunal des droits de la personne, appelé le « Tribunal » dans la présente partie.

1989, c. 51, art. 16.

101. [Composition]. Le Tribunal est composé d'au moins 7 membres, dont le président et les assesseurs, nommés par le gouvernement. Le président est choisi, après consultation du juge en chef de la Cour du Québec, parmi les juges de cette cour qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne ; les assesseurs le sont parmi les personnes inscrites sur la liste prévue au troisième alinéa de l'article 62.

[Mandat]. Leur mandat est de 5 ans, renouvelable. Il peut être prolongé pour une durée moindre et déterminée.

[Rémunération]. Le gouvernement établit les normes et barèmes régissant la rémunération, les conditions de travail ou, s'il y a lieu, les allocations des assesseurs.

1989, c. 51, art. 16.

102. [Serment]. Avant d'entrer en fonction, les membres doivent prêter les serments prévus à l'annexe II ; le président, devant le juge en chef de la Cour du Québec et tout autre membre, devant le président.

1989, c. 51, art. 16 ; 1999, c. 40, art. 46.

103. [Juge de la Cour du Québec]. Le gouvernement peut, à la demande du président et après consultation du juge en chef de la Cour du Québec, désigner comme membre du Tribunal, pour entendre et décider d'une demande ou pour une période déterminée, un autre juge de cette cour qui a une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne.

1989, c. 51, art. 16.

104. [Audition]. Le Tribunal siège, pour l'audition d'une demande, par divisions constituées chacune de 3 membres, soit le juge qui la préside et les 2 assesseurs qui l'assistent, désignés par le président. Celui qui préside la division décide seul de la demande.

[Demande préliminaire ou incidente]. Toutefois, une demande préliminaire ou incidente ou une demande présentée en vertu de l'article 81 ou 82 est entendue et décidée par le président ou par le juge du Tribunal auquel il réfère la demande ; cette demande est cependant déferée à une division du Tribunal dans les cas déterminés par les règles de procédure et de pratique ou si le président en décide ainsi.

1989, c. 51, art. 16.

105. [Coopération de la cour]. Le greffier et le personnel de la Cour du Québec du district dans lequel une demande est produite ou dans lequel siège le Tribunal, l'une de ses divisions ou l'un de ses membres, sont tenus de lui fournir les services qu'ils fournissent habituellement à la Cour du Québec elle-même.

[Huissiers]. Les huissiers sont d'office huissiers du Tribunal et peuvent lui faire rapport, sous leur serment d'office, des significations faites par eux.

1989, c. 51, art. 16.

106. [Président]. Le président s'occupe exclusivement des devoirs de ses fonctions.

[Fonctions]. Il doit notamment :

1^o favoriser la concertation des membres sur les orientations générales du Tribunal ;

2^o coordonner et répartir le travail entre les membres qui, à cet égard, doivent se soumettre à ses ordres et directives, et veiller à leur bonne exécution ;

3^o édicter un code de déontologie, et veiller à son respect. Ce code entre en vigueur le quinzième jour qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à une date ultérieure qui y est indiquée.

1989, c. 51, art. 16.

107. [Remplaçant]. Un juge désigné en vertu de l'article 103 remplace le président en cas d'absence, d'empêchement ou de vacance de sa fonction.

1989, c. 51, art. 16.

108. [Expiration du mandat]. Malgré l'expiration de son mandat, un juge décide d'une demande dont il a terminé l'audition. Si la demande n'a pu faire l'objet d'une décision dans un délai de 90 jours, elle est déferée par le président, du consentement des parties, à un autre juge du Tribunal ou instruite de nouveau.

1989, c. 51, art. 16.

109. [Recours prohibés]. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours prévus aux articles 33 et 834 à 850 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre le Tribunal, le président ou un autre membre agissant en sa qualité officielle.

[Annulation par la Cour d'appel]. Un juge de la Cour d'appel peut, sur requête, annuler sommairement toute décision, ordonnance ou injonction délivrée ou accordée à l'encontre du premier alinéa.

1989, c. 51, art. 16.

110. [Règles de procédure et de pratique]. Le président, avec le concours de la majorité des autres membres du Tribunal, peut adopter des règles de procédure et de pratique jugées nécessaires à l'exercice des fonctions du Tribunal.

1989, c. 51, art. 16.

CHAPITRE II COMPÉTENCE ET POUVOIRS

111. [Emploi, logement, biens et services]. Le Tribunal a compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu de l'un des articles 80, 81 et 82 et ayant trait, notamment, à l'emploi, au logement, aux biens et services ordinairement offerts au public, ou en vertu de l'un des articles 88, 90 et 91 relativement à un programme d'accès à l'égalité.

[Exercice des recours]. Seule la Commission peut initialement saisir le Tribunal de l'un ou l'autre des recours prévus à ces

articles, sous réserve de la substitution prévue à l'article 84 en faveur d'un plaignant et de l'exercice du recours prévu à l'article 91 par la personne à qui le Tribunal a déjà imposé un programme d'accès à l'égalité.

1989, c. 51, art. 16.

111.1. [Programme d'accès à l'égalité en emploi]. Le Tribunal a aussi compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu de l'un des articles 6, 18 ou 19 de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* (chapitre A-2.01) relativement à un programme d'accès à l'égalité en emploi.

[Exercice des recours]. Seule la Commission, ou l'un de ses membres, peut initialement saisir le Tribunal des recours prévus à ces articles, sous réserve de l'exercice du recours prévu à l'article 19 de cette loi en cas de désaccord sur des faits nouveaux pouvant justifier la modification, le report ou l'annulation d'un programme d'accès à l'égalité en emploi.

2000, c. 45, art. 31.

112. [Pouvoirs et immunité]. Le Tribunal, l'une de ses divisions et chacun de ses juges ont, dans l'exercice de leurs fonctions, les pouvoirs et l'immunité des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37), sauf le pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

1989, c. 51, art. 16.

113. [C.p.c. applicable]. Le Tribunal peut, en s'inspirant du *Code de procédure civile* (chapitre C-25), rendre les décisions et ordonnances de procédure et de pratique nécessaires à l'exercice de ses fonctions, à défaut d'une règle de procédure ou de pratique applicable.

[Règles par le Tribunal]. Le Tribunal peut aussi, en l'absence d'une disposition applicable à un cas particulier et sur une demande qui lui est adressée, prescrire avec le même effet tout acte ou toute formalité qu'auraient pu prévoir les règles de procédure et de pratique.

1989, c. 51, art. 16.

CHAPITRE III

PROCÉDURE ET PREUVE

114. [Demande écrite et signifiée]. Toute demande doit être adressée par écrit au Tribunal et signifiée conformément aux règles du *Code de procédure civile* (chapitre C-25), à moins qu'elle ne soit présentée en cours d'audition. Lorsque ce Code prévoit qu'un mode de signification requiert une autorisation, celle-ci peut être obtenue du Tribunal.

[Lieu d'introduction de la demande]. La demande est produite au greffe de la Cour du Québec du district judiciaire où se trouve le domicile ou, à défaut, la résidence ou le principal établissement d'entreprise de la personne à qui les conclusions de la demande pourraient être imposées ou, dans le cas d'un programme d'accès à l'égalité, de la personne à qui il est ou pourrait être imposé.

1989, c. 51, art. 16 ; 1999, c. 40, art. 46.

115. [Mémoire du demandeur]. Dans les 15 jours de la production d'une demande qui n'est pas visée au deuxième alinéa de l'article 104, le demandeur doit produire un mémoire exposant ses prétentions, que le Tribunal signifie aux intéressés. Chacun de ceux-ci peut, dans les 30 jours de cette signification, produire son propre mémoire que le Tribunal signifie au demandeur.

[Défaut]. Le défaut du demandeur peut entraîner le rejet de la demande.

1989, c. 51, art. 16.

116. [Parties à la demande]. La Commission, la victime, le groupe de victimes, le plaignant devant la Commission, tout intéressé à qui la demande est signifiée et la personne à qui un programme d'accès à l'égalité a été imposé ou pourrait l'être, sont de plein droit des parties à la demande et peuvent intervenir en tout temps avant l'exécution de la décision.

[Intérêt d'une partie]. Une personne, un groupe ou un organisme autre peut, en tout temps avant l'exécution de la décision, devenir partie à la demande si le Tribunal lui reconnaît un intérêt suffisant pour intervenir ; cependant, pour présenter, interroger ou contre-interroger des témoins, prendre connaissance de la

preuve au dossier, la commenter ou la contredire, une autorisation du Tribunal lui est chaque fois nécessaire.

1989, c. 51, art. 16.

117. [Modification]. Une demande peut être modifiée en tout temps avant la décision, aux conditions que le Tribunal estime nécessaires pour la sauvegarde des droits de toutes les parties. Toutefois, sauf de leur consentement, aucune modification d'où résulterait une demande entièrement nouvelle, n'ayant aucun rapport avec la demande originale, ne peut être admise.

1989, c. 51, art. 16.

118. [Récusation d'un membre]. Toute partie peut, avant l'audition, ou en tout temps avant décision si elle justifie de sa diligence, demander la récusation d'un membre. Cette demande est adressée au président du Tribunal qui en décide ou la réfère à un juge du Tribunal, notamment lorsque la demande le vise personnellement.

[Déclaration écrite]. Un membre qui connaît en sa personne une cause valable de récusation, est tenu de la déclarer par un écrit versé au dossier.

1989, c. 51, art. 16.

119. [District judiciaire]. Le Tribunal siège dans le district judiciaire au greffe duquel a été produite la demande.

[Lieu]. Toutefois, le président du Tribunal et celui qui préside la division qui en est saisie peuvent décider, d'office ou à la demande d'une partie, que l'audition aura lieu dans un autre district judiciaire, lorsque l'intérêt public et celui des parties le commandent.

1989, c. 51, art. 16.

120. [Date d'audition]. D'office ou sur demande, le président ou celui qu'il désigne pour présider l'audition en fixe la date.

[Avis d'audition]. Le Tribunal doit transmettre, par écrit, à toute partie et à son procureur, à moins qu'elle n'y ait renoncé, un avis d'audition d'un jour franc s'il s'agit d'une demande visée au deuxième alinéa de l'article 104 et de 10 jours francs dans les autres cas. Cet avis précise :

1º l'objet de l'audition ;

2º le jour, l'heure et le lieu de l'audition ;

3º le droit d'y être assisté ou représenté par avocat ;

4º le droit de renoncer à une audition orale et de présenter ses observations par écrit ;

5º le droit de demander le huis clos ou une ordonnance interdisant ou restreignant la divulgation, la publication ou la diffusion d'un renseignement ou d'un document ;

6º le pouvoir du Tribunal d'instruire la demande et de rendre toute décision ou ordonnance, sans autre délai ni avis, malgré le défaut ou l'absence d'une partie ou de son procureur.

1989, c. 51, art. 16.

121. [Protection des renseignements]. Le Tribunal peut, d'office ou sur demande et dans l'intérêt général ou pour un motif d'ordre public, interdire ou restreindre la divulgation, la publication ou la diffusion d'un renseignement ou d'un document qu'il indique, pour protéger la source de tel renseignement ou document ou pour respecter les droits et libertés d'une personne.

1989, c. 51, art. 16.

122. [Absence d'une partie ou de son procureur]. Le Tribunal peut instruire la demande et rendre toute décision ou ordonnance, même en l'absence d'une partie ou de son procureur qui, ayant été dûment avisé de l'audition, fait défaut de se présenter le jour de l'audition, à l'heure et au lieu de celle-ci, refuse de se faire entendre ou ne soumet pas les observations écrites requises.

[Excuse valable]. Il est néanmoins tenu de reporter l'audition si l'absent lui a fait connaître un motif valable pour excuser l'absence.

1989, c. 51, art. 16.

123. [Preuve utile]. Tout en étant tenu de respecter les principes généraux de justice, le Tribunal reçoit toute preuve utile et pertinente à une demande dont il est saisi et il peut accepter tout moyen de preuve.

[Règles particulières]. Il n'est pas tenu de respecter les règles particulières de la preuve en matière civile, sauf dans la mesure indiquée par la présente partie.

1989, c. 51, art. 16.

124. [Enregistrement des dépositions]. Les dépositions sont enregistrées, à moins que les parties n'y renoncent expressément.

1989, c. 51, art. 16.

CHAPITRE IV DÉCISION ET EXÉCUTION

125. [Décision écrite]. Une décision du Tribunal doit être rendue par écrit et déposée au greffe de la Cour du Québec où la demande a été produite. Elle doit contenir, outre le dispositif, toute interdiction ou restriction de divulguer, publier ou diffuser un renseignement ou un document qu'elle indique et les motifs à l'appui.

[Copie ou extrait]. Toute personne peut, à ses frais mais sous réserve de l'interdiction ou de la restriction, obtenir copie ou extrait de cette décision.

1989, c. 51, art. 16.

126. [Frais et déboursés]. Le Tribunal peut, dans une décision finale, condamner l'une ou l'autre des parties qui ont comparu à l'instance, aux frais et déboursés ou les répartir entre elles dans la proportion qu'il détermine.

1989, c. 51, art. 16.

127. [Correction d'une erreur]. Le Tribunal peut, sans formalité, rectifier sa décision qui est entachée d'une erreur d'écriture, de calcul ou de quelque autre erreur matérielle, tant qu'elle n'a pas été exécutée ni portée en appel.

1989, c. 51, art. 16.

128. [Révision ou rétractation]. Le Tribunal peut, d'office ou sur demande d'un intéressé, réviser ou rétracter toute décision qu'il a rendue tant qu'elle n'a pas été exécutée ni portée en appel :

1^o lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente ;

2^o lorsqu'un intéressé n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, se faire entendre ;

3^o lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

[Restriction]. Toutefois, dans le cas du paragraphe 3^o, un juge du Tribunal ne peut réviser ni rétracter une décision rendue sur une demande qu'il a entendue.

1989, c. 51, art. 16.

129. [Signification aux parties]. Le greffier de la Cour du Québec du district où la demande a été produite fait signifier toute décision finale aux parties qui ont comparu à l'instance et à celles que vise le premier alinéa de l'article 116, dès son dépôt au greffe.

[Signification présumée]. Une décision rendue en présence d'une partie, ou de son procureur, est réputée leur avoir été signifiée dès ce moment.

1989, c. 51, art. 16.

130. [Décision exécutoire]. Une décision du Tribunal condamnant au paiement d'une somme d'argent devient exécutoire comme un jugement de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure, selon la compétence respective de l'une et l'autre cour, et en a tous les effets à la date de son dépôt au greffe de la Cour du Québec ou de celle de son homologation en Cour supérieure.

[Homologation]. L'homologation résulte du dépôt, par le greffier de la Cour du Québec du district où la décision du Tribunal a été déposée, d'une copie conforme de cette décision au bureau du greffier de la Cour supérieure du district où se trouve le domicile ou, à défaut, la résidence ou le principal établissement d'entreprise de la personne condamnée.

[Décision finale]. Une décision finale qui n'est pas visée au premier alinéa est exécutoire à l'expiration des délais d'appel, suivant les conditions et modalités qui y sont indiquées, à moins que le Tribunal n'en ordonne l'exécution provisoire dès sa signification ou à une autre époque postérieure qu'il fixe.

[Décision exécutoire]. Toute autre décision du Tribunal est exécutoire dès sa signification et nonobstant appel, à moins que le tribunal d'appel n'en ordonne autrement.

1989, c. 51, art. 16 ; 1999, c. 40, art. 46.

131. [Outrage au tribunal]. Quiconque contrevient à une décision du Tribunal qui lui a été dûment signifiée, et qui n'a pas à être homologuée en Cour supérieure, se rend coupable d'outrage au Tribunal et peut être condamné, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice de tous recours en dommages-intérêts, à une amende n'excédant pas 50 000 \$.

[Amende]. Quiconque contrevient à une interdiction ou à une restriction de divulgation, de publication ou de diffusion imposée par une décision du Tribunal rendue en vertu de l'article 121, est passible de la même sanction sauf quant au montant de l'amende qui ne peut excéder 5 000 \$.

1989, c. 51, art. 16.

CHAPITRE V APPEL

132. [Permission d'appeler]. Il y a appel à la Cour d'appel, sur permission de l'un de ses juges, d'une décision finale du Tribunal.

1989, c. 51, art. 16.

133. [C.p.c., applicable]. Sous réserve de l'article 85, les règles du *Code de procédure civile* (chapitre C-25) relatives à l'appel s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à un appel prévu par le présent chapitre.

1989, c. 51, art. 16.

PARTIE VII LES DISPOSITIONS FINALES

134. [Infractions]. Commet une infraction :

1^o quiconque contrevient à l'un des articles 10 à 19 ou au premier alinéa de l'article 48 ;

2^o un membre ou un mandataire de la Commission ou un membre de son personnel qui révèle, sans y être dûment autorisé, toute matière dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;

3^o quiconque tente d'entraver ou entrave la Commission, un comité des plaintes, un membre ou un mandataire de la Commis-

sion ou un membre de son personnel, dans l'exercice de ses fonctions ;

4^o quiconque enfreint une interdiction ou une restriction de divulgation, de publication ou de diffusion d'un renseignement ou d'un document visé à la partie IV ou à un règlement pris en vertu de l'article 99 ;

5^o quiconque tente d'exercer ou exerce des représailles visées à l'article 82.

1975, c. 6, art. 87 ; 1982, c. 61, art. 23 ; 1989, c. 51, art. 18.

135. [Dirigeant de personne morale, réputé partie à l'infraction]. Si une personne morale commet une infraction prévue par l'article 134, tout dirigeant, administrateur, employé ou agent de cette personne morale qui a prescrit ou autorisé l'accomplissement de l'infraction ou qui y a consenti, acquiescé ou participé, est réputé être partie à l'infraction, que la personne morale ait ou non été poursuivie ou déclarée coupable.

1975, c. 6, art. 88 ; 1989, c. 51, art. 19, art. 21 ; 1999, c. 40, art. 46.

136. [Poursuite pénale]. Une poursuite pénale pour une infraction à une disposition de la présente loi peut être intentée par la Commission.

[Propriété des frais]. Les frais qui sont transmis à la Commission par le défendeur avec le plaidoyer appartiennent à cette dernière, lorsqu'elle intente la poursuite pénale.

1975, c. 6, art. 89 ; 1982, c. 61, art. 24 ; 1989, c. 51, art. 20, art. 21 ; 1992, c. 61, art. 101.

137. (*Abrogé*).

1975, c. 6, art. 97 ; 1976, c. 5, art. 1 ; 1989, c. 51, art. 21 ; 1996, c. 10, art. 4.

138. [Application de la Charte]. Le ministre de la Justice est chargé de l'application de la présente Charte.

1975, c. 6, art. 99 ; 1989, c. 51, art. 21 ; 1996, c. 21, art. 34 ; 2005, c. 24, art. 24.

139. (Cet article a cessé d'avoir effet le 17 avril 1987).

1982, c. 21, art. 1 ; R.-U., 1982, c. 11, ann. B, ptie I, art. 33.

ANNEXE I

SERMENTS D'OFFICE ET DE DISCRÉTION

(Article 64)

Je, (désignation de la personne), déclare sous serment que je remplirai mes fonctions avec honnêteté, impartialité et justice et que je n'accepterai aucune autre somme d'argent ou considération quelconque, pour ce que j'aurai accompli ou accomplirai dans l'exercice de mes fonctions, que ce qui me sera alloué conformément à la loi.

De plus, je déclare sous serment que je ne révélerai et ne laisserai connaître, sans y être dûment autorisé, aucun renseignement ni document dont j'aurai eu connaissance, dans l'exercice de mes fonctions.

1975, c. 6, annexe A ; 1989, c. 51, art. 22 ; 1999, c. 40, art. 46.

ANNEXE II

SERMENTS D'OFFICE ET DE DISCRÉTION

(Article 102)

« Je, (désignation de la personne), déclare sous serment de remplir fidèlement, impartialement, honnêtement et en toute indépendance, au meilleur de ma capacité et de mes connaissances, tous les devoirs de ma fonction, d'en exercer de même tous les pouvoirs.

De plus, je déclare sous serment que je ne révélerai et ne laisserai connaître, sans y être dûment autorisé, aucun renseignement ni document dont j'aurai eu connaissance, dans l'exercice de ma fonction.

1975, c. 6, annexe B ; 1989, c. 51, art. 22 ; 1999, c. 40, art. 46.

ANNEXE ABROGATIVE

Conformément à l'article 17 de la *Loi sur la refonte des lois* (chapitre R-3), le chapitre 6 des lois de 1975, tel qu'en vigueur au 31 décembre 1977, à l'exception des articles 90, 95, 98 et 100, est abrogé à compter de l'entrée en vigueur du chapitre C-12 des Lois refondues.

ANNEXE II

Charte des droits et libertés de la personne

RAPPORT SUR UN PROJET DE LOI CONCERNANT LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971)*

PREMIÈRE PARTIE CHARTES DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Préambule

Considérant que tout être humain, du seul fait de son existence, possède des droits et libertés destinés à assurer la protection et l'épanouissement de sa personnalité ;

* Compilation originale effectuée par M^e Alain-Robert Nadeau, avocat et docteur en droit constitutionnel. Cette compilation est tirée du *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*, réalisé par les P^{rs} Paul-André Crépeau et Frank Scott. Ce rapport a été remis au ministre de la Justice du Québec d'alors, Jérôme Choquette, le 25 juillet 1971. La copie à partir de laquelle cette compilation a été faite nous a été fournie par le P^r Crépeau. Circulant habituellement sous le manteau, il s'agit, à notre connaissance, de la première publication à grand tirage de ce document exceptionnel qui engendra l'actuelle *Charte des droits et libertés de la personne*. Les sources auxquelles se sont référées les P^{rs} Crépeau et Scott sont les suivantes : CONVENTIONS INTERNATIONALES. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217A (III), Doc. N.U. A/810 (1948) ; *Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies*, 10 décembre 1948 ; *Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5 ; *Déclaration européenne – Protocole de 1952* ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171, [1976] R.T. Can. n° 47 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, [1976] R.T. Can. n° 46 ; *Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*, (1969) R.T.N.U. 195, [1976] R.T. Can. n° 47. TEXTES CONSTITUTIONNELS ÉTRANGERS. *Bill of Rights*, 1689 ; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789 ; *Déclaration américaine* (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791. TEXTES CONSTITUTIONNELS CANADIENS. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 1867 (depuis lors renommée *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 41 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), App. II,

Considérant que ces droits et libertés découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ;

Considérant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits de la personne et des libertés fondamentales constituent, dans une société démocratique, le fondement de la liberté, de la justice et de la paix ;

Considérant que toutes personnes sont libres et égales en dignité et en droits et peuvent ainsi prétendre à une égale protection de la loi contre toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, la langue et l'origine nationale ou sociale ;

Considérant qu'il est souhaitable de réaffirmer et de proclamer ces principes, déjà reconnus dans diverses lois du Québec, sous la forme d'une Charte, afin qu'ils puissent être mieux soutenus par la force d'une opinion publique éclairée, et protégés contre leur violation par des sanctions plus accessibles ;

L'Assemblée nationale du Québec, consciente de son devoir de prendre toutes les mesures appropriées, dans les limites de sa compétence législative, en vue de protéger les droits de la personne et les libertés fondamentales, adopte la présente Charte.

n° 5. LOIS FÉDÉRALES. *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), App. III ; *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 ; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1970, c. L-1. LOIS CANADIENNES. [Colombie-Britannique]. *Fair Employment Practices Act*, R.S.B.C. 1960, c. 137. [Alberta]. *Déclaration de l'Alberta*, S.A. 1966, c. 39. [Saskatchewan]. *Déclaration de la Saskatchewan*, R.S.S. 1965, c. 378 ; *Fair Employment Practices Act*, R.S.S. 1965, c. 293. [Manitoba]. *Fair Employment Practices Act*, S.M. 1971, c. F-30. [Ontario]. *Déclaration ontarienne*, S.O. 1961-1961, c. 93, mod. Par S.O. 1965, c. 85 ; *Age Discrimination Act*, S.O. 1966, c. 3. [Nouveau-Brunswick]. *Fair Employment Practices Act*, S.N.B. 1956, c. 9 ; *Fair Accommodation Practices Act*, S.N.B. 1959, c. 6. [Nouvelle-Écosse]. *Déclaration de la Nouvelle-Écosse*, S.N.É 1963, c. 5. [Î-P-É]. *Equal Pay Act*, S.P.E.I. 1959, c. 11. LOIS QUÉBÉCOISES. *Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1906, c. 38 ; *Loi des Commissions d'enquête*, L.R.Q. 1964, c. 11 ; *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, L.R.Q. 1964, c. 142 ; *Loi de l'hôtellerie*, L.R.Q. 1964, c. 205 ; *Loi du ministère de l'Éducation*, L.R.Q. 1964, c. 233 ; *Loi du Conseil supérieur de l'éducation*, L.R.Q. 1964, c. 234 ; *Loi de la fonction publique*, L.Q. 1965, c. 14 ; *Acte concernant l'interprétation des Statuts dans cette Province*, L.Q. 1968, c. 7 ; *Loi sur le Protecteur du Citoyen*, L.Q. 1968, c. 11 ; *Loi pour promouvoir la langue française*, L.Q. 1969, c. 9 ; *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*, L.Q. 1969, c. 51. AUTRES DOCUMENTS. *Déclaration des droits civils – Rapport de l'Office de révision du Code civil*, 1968 ; *Projet du ministère de la Justice*, 1971.

Section 1¹ Droit civils et libertés fondamentales

§1. *Dispositions générales*

1. Tout être humain a droit à la vie, à la sûreté et à la liberté de sa personne.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 2 ; Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 14 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 3 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 2-5 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 6-9 ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 1, par. a) ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 2, al. 1 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 2.

2. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ainsi qu'à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, par l'enseignement et la pratique.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 10 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 18 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 9 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 19, par. (1) ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 1, par. c) ; Déclaration de la Saskatchewan, 1965, art. 3 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 2, al. 2 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 2, al. 2.

3. Toute personne a droit à la liberté d'opinion et d'expression.¶ Cette liberté comprend le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par la parole, l'écrit, la presse, l'œuvre d'art ou autre moyen d'expression.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 10, 11 ; Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 1 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 19 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 10 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 19 ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 1, par. f) ; Déclaration de la Saskat-

chewan, 1965, arts. 3, 4 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 2, al. 2 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 2, al. 2.

4. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 1 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 20 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 11 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 21 ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 1, par. e) ; Déclaration de la Saskatchewan, 1965, art. 5 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 2, al. 2.

5. Toute personne a droit à la liberté d'association pour une fin commune et licite², y compris le droit de constituer un parti politique et un syndicat et d'y adhérer.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 20 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 11 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 22 ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 1, par. e) ; Déclaration de la Saskatchewan, 1965, art. 5 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 2, al. 2.

6. Toutes personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection des organes législatifs, judiciaire et administratif de l'État.³

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 6 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, Préambule, art. 1 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 26 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 1965, art. 5, par. a).

7. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 12 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 4 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 4.

8. Toute personne en péril a le droit au secours. ¶ Nul ne peut, sans excuse raisonnable, refuser ou négliger de prêter secours à

une personne en péril ou de lui prêter l'assistance immédiate requise pour lui sauver la vie.

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 3 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 3.

9. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 12 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 8 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 5 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 4.

10. Toute personne, seule ou avec d'autres, a droit à la propriété, y compris le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens.⁴

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 2-17 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 17 ; Déclaration européenne – Protocole de 1952, art. 1 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 6 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 6.

11. La demeure est inviolable. ¶ Nul ne peut pénétrer chez autrui, n'y prendre quoi que ce soit, sans son consentement, exprès ou tacite, ou sans y être autorisé par la loi.⁵

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 7 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 7.

§2. *Dispositions particulières concernant la discrimination*⁶

12. Toute personne a droit à la reconnaissance ou à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, la langue, l'origine nationale ou sociale. ¶ Toute telle distinction qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance ou l'exercice de ce droit, constitue une discrimination visée par la présente section. ¶ Toutefois, les distinctions fondées sur les aptitudes exigées pour un emploi, ou justifiées par leur caractère charitable ou philanthropique, ne sont pas considérées comme des discriminations.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, Préambule ; Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142, art. 1 ; Loi

de l'hôtellerie, L.R.Q. 1964, c. 205, art. 8 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 1965, art. 1, par. (1) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 24, 27.

13. Toute personne a droit d'accès, sans discrimination, aux lieux destinés au public, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs et moyens de transport, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.⁷

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 3 ; Fair Accommodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 2 ; Fair Accommodation Practices Act, S.M. 1960, c. 14, art. 3, par. 1 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 2 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 3, 4 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 11 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 1965, art. 5, par. f) ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 8 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 25.

14. Nul ne peut, par discrimination, refuser la location d'un logement ou d'un local à destination commerciale ou professionnelle. ¶ Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux immeubles comprenant moins de quatre logements.⁸

SOURCES : Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 2 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 5 ; Loi de l'hôtellerie, L.R.Q. 1964, c. 205, art. 8 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 10 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 1965, art. 5, par. f) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 26.

15. Toute condition d'un contrat, testament ou autre acte juridique relatif à la jouissance ou à l'aliénation d'un bien, qui comporte discrimination, est contraire à l'ordre public et réputée non écrite.

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 8 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 27.

16. Nul ne peut exercer de discrimination en matière d'apprentissage, de formation professionnelle ou d'octroi de certificat de qualification.⁹

SOURCES : Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 13 ; Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre, L.Q. 1969, c. 51, art. 46 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 28.

17. Nul ne peut faire l'objet de discrimination dans l'embauchage, la promotion, la mise à pied, le renvoi ou les conditions de travail d'un employé. ¶ Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas à celui qui emploie moins de cinq (5) employés, ou à une association ou corporation sans but lucratif consacrées exclusivement à des fins religieuses, philanthropiques, éducatives, charitables ou sociales, ou vouée essentiellement au bien-être d'un groupe religieux ou ethnique ; elles ne s'appliquent pas non plus aux domestiques de maison, ni à tout autre emploi comportant une relation personnelle.¹⁰

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 4, 6 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 2, par. (2), 3 ; Equal Pay Act, S.P.E.I. 1959, c. 11, art. 2, par. (1) ; Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 3, remplacé par S.B.C. 1964, c. 19, art. 2 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 4, par. (1), (4), 5 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 6, par. (1), (2), (5), 7 ; Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142, art. 1, par. b), 2 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 8, par. (1), (2) ; 13 ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 3 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 3, 4, par. (1) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 24, par. b) et c), 29.

18. Nul ne peut, au sujet de l'embauchage d'un employé, requérir des renseignements sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, sauf dans les cas visés au deuxième alinéa de l'article précédent.

SOURCE : Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142, art. 4 *in fine* (en partie).

19. Nul ne peut faire de discrimination dans l'admission, la jouissance des avantages, la suspension ou l'expulsion d'un membre d'une association groupant les membres d'une profession ou autre occupation.¹¹

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 7 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 3, par. (3) ; Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 3, remplacé par S.B.C. 1964, c. 19, art. 3 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 4, par. (2) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 6, par. (3) ; Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142, art. 3 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 10 ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 5 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 4, par. (4) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 30.

20. Nul ne peut publier ou exposer en public, ou permettre de publier ou d'exposer en public, un avis, un symbole ou un signe tendant à priver, par discrimination, une personne ou une catégorie de personnes d'un droit reconnu par la loi ou à limiter l'exercice d'un tel droit.¹²

SOURCES : Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 3, par. (5) ; Fair Accommodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 3 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 1, par. (1) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 8 ; Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142, art. 4 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 12 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 4, par. (6) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 31.

Section 2¹³ Droits politiques

21. Tout citoyen majeur a droit de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 3-6 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 21 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 25, par. a).

22. Tout citoyen majeur a le droit de voter et d'être élu au cours d'élections périodiques au scrutin secret et fondées sur le suffrage égal et universel.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 3 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 21, par. (3) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 25, par. b) ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 7.

23. Le mandat de l'Assemblée nationale ne peut excéder cinq ans.
¶ L'Assemblée nationale se réunit au moins une fois l'an.

SOURCES : Acte de l'Amérique du nord britannique (depuis lors renommée Loi constitutionnelle de 1867), 1867, art. 85, 86.

24. Toute personne a droit, seule ou avec d'autres, d'adresser des pétitions aux autorités gouvernementales pour le redressement de griefs.

SOURCES : Bill of Rights, 1689, art. 5 ; Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 1 ; Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies (10 décembre 1948).

25. Tout citoyen a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques.

SOURCES : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, art. 6 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 21, par. (2) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 25, par. c).

Section 3¹⁴ Droits judiciaires

26. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 6 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 10 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14 ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. f).

27. Toute personne a droit à l'aide juridique lorsque, à raison de l'insuffisance de ses ressources, elle est dans l'impossibilité d'obtenir un conseil juridique ou d'exercer un droit devant les instances judiciaires ou administratives.

SOURCE : Projet de loi de l'aide juridique proposé par le Barreau du Québec, art. 32.

28. Toute personne accusée d'une contravention est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 9 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 11 ; Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 2, par. (2), 6 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (2) ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. f) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 24, par. b) et c), 29.

29. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 7 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 6 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 9, par. (1) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 24, par. b) et c), 11.

30. Toute personne privée de sa liberté a droit d'être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

SOURCES : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, art. 9 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 10, par. (1).

31. Toute personne arrêtée ou détenue a droit :

1^o De s'entretenir immédiatement avec sa famille ;

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 19.

2^o De retenir et constituer immédiatement un avocat ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, par. (3), al. c) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. b) ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. c), al. ii) ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 6 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 12.

3^o À être informée, immédiatement et dans une langue qu'elle comprend, des motifs de l'arrestation ou de la détention ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 5, par. (2) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. a) ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. c), al. i) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 19.

4^o À être mise en liberté, sauf pour juste cause, si elle peut, à la satisfaction du tribunal, donner des garanties assurant sa comparution à l'audience ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 5, par. (3) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 9, par. (3) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 16.

5^o À introduire un recours en *habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la légalité de sa détention et que soit ordonnée sa libération, si la détention est illégale ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 5, par. (4) ; Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. c), al. iii) ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 6 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 15.

- 6° À être traduite, dans le plus court délai, devant le tribunal compétent ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, par. (3) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 9, par. (3) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 14.

- 7° À être séparée, jusqu’au jugement final, des prisonniers qui purgent une peine, et soumise à un régime distinct approprié à son âge et à sa condition de personne non condamnée.

SOURCES : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 10, par. (2), al. a) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 22.

32. Toute personne accusée d’une infraction pénale a droit :

- 1° À disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, par. (3), al. b) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. b).

- 2° À être jugée, en sa présence, sans retard excessif ;

SOURCE : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. c).

- 3° À se faire assister gratuitement d’un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l’audience ;

SOURCE : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. f).

- 4° À se défendre elle-même ou à avoir l’assistance d’un défenseur de son choix et, si elle n’a pas de défenseur, à s’en voir attribuer un, chaque fois que l’intérêt de la justice l’exige, et sans frais si elle n’a pas les moyens de le rémunérer ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, par. (3), al. c) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. d) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 20.

- 5^o À interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

SOURCES : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, par. (3), al. d) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. e) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 20.

- 6^o À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

SOURCES : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14, par. (3), al. g) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 19.

- 33.** Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une violation de la loi.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 11, par. 2 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 26 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 1965, art. 5, par. a).

- 34.** Nul ne peut être contraint à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat ou, en matière pénale, la protection contre son propre témoignage.

SOURCE : Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2, par. d).

- 35.** Une preuve obtenue illégalement est irrecevable.

SOURCE : Nouveau.

Section 4¹⁵

Droits culturels et sociaux

- 36.** Toute personne a droit à l'éducation, en vue de favoriser le plein épanouissement de sa personnalité.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 26 ; Loi du ministère de l'Éducation, L.R.Q. 1964, c. 233, préambule ; Loi du Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q. 1964, c. 234 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 13. Voir aussi : Rapport de la Commission Parent, v. I, n^o 115 et s. ; v. IV, n^o 5 et s., 12 et s., 55.

37. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

SOURCES : Loi du Ministère de l'éducation, L.R.Q. 1964, c. 233, préambule ; Loi du Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q. 1964, c. 234, préambule ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 13, par. (3). Voir aussi : Rapport de la Commission Parent, v. I, rec. n° 20 et s. ; v. IV, n° 1 et s. et n° 48 et s.

38. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants la langue française ou la langue anglaise, ou les deux, comme langue d'enseignement dans les écoles publiques. ¶ Toutefois, l'État doit prendre les mesures appropriées afin de favoriser l'acquisition pour les enfants d'une connaissance d'usage de la langue officielle autre que celle choisie comme langue d'enseignement.

SOURCES : Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, c. 9. Voir aussi : Rapport de la Commission Parent, v. I, n° 45 et s., n° 196 et s. ; v. III, rec. n° 215 ; v. III, rec. n° 648, 679 ; vol. IV, n° 25 ; v. V, n° 717 et s. ; Rapport de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, L. I, 1967, par. 389 ; L. II, 1968, par. 142, 405.

39. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements scolaires autres que ceux de l'État, pourvu que ces établissements se conforment aux normes minimales prescrites ou approuvées par l'État. ¶ Tels établissements ont droit à leur juste part des fonds publics versés à l'éducation,

SOURCES : Loi du Ministère de l'éducation, L.R.Q. 1964, c. 233, préambule ; Loi du Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q. 1964, c. 234, préambule ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 13, par. (3).

40. Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont, en commun avec les autres membres de leur groupe, le droit d'avoir, de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle.

SOURCE : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 27.

41. Toute personne a droit au travail ou à des mesures de sécurité sociale.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 23, par. (1) ; Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimi-

nation raciale, 1965, art. 5, par. e), al. i) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 6, par. (1).

42. Quiconque travaille a droit :

- 1^o À une rémunération juste et raisonnable lui assurant, ainsi qu'à sa famille, un niveau de vie conforme à la dignité humaine ;
- 2^o À des conditions de travail justes et raisonnables en ce qui concerne notamment la sécurité et la santé, le repos, la limitation de la durée du travail et les congés payés périodiques.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 23 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 7.

43. Tous ont droit à un salaire égal pour un travail égal.

SOURCES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 23, par. (2) ; ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 5 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 7, par. (1), (2) ; Code canadien du travail, L.R.C. 1970, c. L-1 ; Equal Pay Act, S.P.E.I, 1959, s. 2.

Section 5¹⁶

Dispositions finales

44. La jouissance et l'exercice des droits et libertés de la personne implique l'obligation de respecter les droits et libertés d'autrui.

SOURCE : Nouveau.

45. Nul ne peut renoncer à la jouissance de ses droits et libertés.

SOURCE : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 9.

46. La jouissance et l'exercice des droits et libertés de la personne ne sont soumis qu'aux conditions et restrictions établies par la loi et nécessaires, dans une société libre et démocratique, afin de satisfaire aux exigences de la sûreté de l'État, de l'ordre public, des bonnes mœurs et de la santé publique, de promouvoir le bien-être général et d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui.

SOURCES : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, art. 4, 10 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 29 ; Pacte interna-

tional relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 12, par. (3) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 4.

47. La présente Charte doit s'interpréter comme ne visant que les matières qui sont de la compétence législative du Québec.

SOURCES : Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 3 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 64.

48. La présente Charte doit s'interpréter de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté qui n'y est pas inscrite et qui existait au Québec lors de la mise en vigueur de cette loi. ¶ Elle ne doit pas, non plus, s'interpréter de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée de toute autre disposition de la loi ; toutefois, si une difficulté survient ou si un doute surgit dans l'interprétation de telle disposition, ils sont tranchés dans le sens indiqué par la présente Charte.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 65.

49. La présente Charte lie l'État, ses organismes ou préposés.

SOURCE : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 9 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 2, par. (1) ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 3 ; Déclaration de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 378, art. 15 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 13 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 62.

DEUXIÈME PARTIE¹⁷

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE

Section 1

Constitution

50. Un organisme, ci-après appelé « la Commission », est, par les présentes, institué sous le nom, en français, de « Commission des droits de la personne » et, en anglais, de « Human Rights Commission ».

SOURCES : Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 6 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 32.

51. La Commission est composée de trois membres, dont le président, nommé par le Lieutenant-gouverneur en Conseil, pour un

mandat n'excédant pas dix ans. ¶ Le lieutenant-gouverneur en Conseil fixe le traitement ou, s'il y a lieu, le traitement additionnel, les honoraires ou les allocation de chacun des membres. ¶ Le traitement et la durée du mandat, une fois fixés, ne peuvent être réduits.

SOURCES : Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 6 ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 4 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 33.

52. Les membres de la Commission restent en fonctions jusqu'à leur remplacement. ¶ Après ce remplacement, ils continuent de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis.

SOURCE : Déclaration européenne – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 22.

53. Le secrétaire, ainsi que les autres fonctionnaires et employés de la Commission, sont nommés et rémunérés suivant la *Loi de la fonction publique*. ¶ Cependant, le président de la Commission exerce, à ce sujet, les pouvoirs que cette loi attribue au sous-chef d'un ministère.

SOURCES : Loi de la fonction publique, L.Q. 1965, c. 14 ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 4 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 35.

54. La Commission a son siège social dans la ville de Montréal. ¶ Elle peut tenir séance à tout endroit au Québec.¹⁸

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 36 (en partie).

55. La Commission peut faire des règlements pour sa régie interne. ¶ Ces règlements n'entrent en vigueur qu'après avoir été approuvés par le Lieutenant-gouverneur en Conseil.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 34.

Section 2 Fonctions

56. Les fonctions de la Commission sont de promouvoir, par toutes mesures appropriées, les principes énoncés dans le préambule de la présente Charte, d'exercer les pouvoirs et d'exécuter les devoirs prescrits par la présente loi. ¶ La Commission doit notamment :

- a) faire enquête dans tous les cas de discrimination qui tombent sous sa juridiction ;
- b) faire au ministre de la Justice tous les rapports de ses activités, requis par la présente loi ;
- c) établir un programme d'information et d'éducation, destiné à faire comprendre et accepter l'objet et les dispositions de la présente loi ;
- d) diriger et encourager recherches et publications sur les droits de la personne et les libertés fondamentales ;
- e) recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et les libertés de la personne, les étudier et faire au gouvernement les recommandations qu'elle juge appropriées ;
- f) coopérer avec tout organisme du Québec ou de l'extérieur, voué à la promotion des droits et des libertés de la personne.

SOURCE : Aucune mention n'apparaît.

57. La Commission doit, au plus tard le 31 mars de chaque année, remettre au Ministre de la Justice un rapport de ses activités pour l'année civile précédente et de ses recommandations. ¶ Ce rapport est déposé devant l'Assemblée nationale si elle est en session ou, si elle ne l'est pas, dans les trente jours de l'ouverture de la session suivante. ¶ Ce rapport est publié et distribué par l'éditeur officiel du Québec de la façon indiquée par arrêté du Lieutenant-gouverneur en Conseil.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 28, al. 1 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 41.

Section 3 Enquêtes

58. Toute personne qui a raison de croire qu'elle a été lésée par une violation des dispositions des articles 12 à 20 de la présente Charte, peut adresser, par écrit, une demande d'enquête à la Commission. ¶ Tout groupe de personnes peut, de la même manière et aux mêmes conditions, faire une demande d'enquête.

SOURCES : Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 12, par. (1), (2) ; Déclaration de l'Alberta, S.A. 1966, c. 39, art. 10 ;

Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 6, par. (1), (2) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 44.

59. Tout groupe de personnes voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupe de personnes, qui a raison de croire que s'est commise une violation des dispositions visées à l'article précédent, peut également, par écrit, faire une demande d'enquête au nom d'autrui, pourvu que la personne au nom de qui elle est faite y ait consenti par écrit.

SOURCE : Nouveau.

60. La Commission, ses fonctionnaires et employés, doivent prêter leur assistance pour la rédaction d'une demande d'enquête à toute personne ou tout groupe de personnes qui le requiert.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 22 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 50.

61. La Commission peut également faire enquête de sa propre initiative.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 13, al. 3 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 43, par. (2).

62. Tout titulaire d'une fonction, d'un office ou d'un emploi dans une institution pour malades mentaux ou un endroit où des personnes sont détenues à la suite d'une dénonciation, d'une accusation ou d'une condamnation doit, lorsqu'un écrit adressé à la Commission lui est remis, le transmettre immédiatement à la Commission, sans prendre connaissance de son contenu.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 21 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 49.

63. La Commission fait enquête sur les faits allégués dans la demande.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 11, 12 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 5, par. (1), (2) ; Fair Accomodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 4, par. (2) ; Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 6, 7 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 12, 13 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 10 ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 9, 10 ; Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 6 ; Loi sur le Protecteur du

Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 13, al. 2 ; Code canadien du travail, L.R.C. 1970, c. L-1, art. 6 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 5, par. (2) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 43.

64. La Commission peut, par écrit, autoriser une ou plusieurs personnes, autre que ses fonctionnaires ou employés, à faire une enquête en vertu de la présente loi et à lui faire rapport.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 52 (en partie).

65. La Commission doit toutefois refuser de faire ou de poursuivre une enquête lorsqu'elle constate qu'elle n'a pas compétence en vertu de la présente loi, ou que la personne ou le groupe de personnes qui fait la demande ou qui s'estime lésé dispose d'un recours également adéquat, en vertu de la *Loi sur le Protecteur du Citoyen*.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 17 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 45.

66. La Commission peut refuser de faire ou de poursuivre une enquête lorsqu'elle estime que la personne qui lui demande de la faire n'a pas un intérêt suffisant, que la demande est frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi, ou qu'une enquête n'est pas nécessaire eu égard aux circonstances.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 18 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 46.

67. La Commission, lorsqu'elle refuse de faire une enquête doit avertir la ou les personnes en cause de son refus et en donner les motifs ; elle peut aussi indiquer les recours qui pourraient être exercés, s'il en est.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 19 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 47.

68. La Commission, de même que la ou les personnes désignées conformément à l'article 64, sont investies, aux fins des enquêtes autorisées par la présente loi, des pouvoirs et immunités de Commissaires nommés en vertu de la *Loi des commissions d'enquête*.

SOURCES : Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 7, par. (2) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 13, par. (5) ; Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q. 1964, c. 11 ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 23 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 52.

69. L'enquête est conduite privément. ¶ Les dispositions des articles 307, 308 et 309 du *Code de procédure civile* s'applique *mutatis mutandis* aux témoins entendus au cours d'une enquête. ¶ La Commission doit inviter la ou les personnes en cause à se faire entendre personnellement ou par le ministère d'avocat.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 14 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 7, par. (1), al. c) ; Fair Accomodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 5, par. (3) ; Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 7, par. (4) ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 13, par. (3) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 14, par. (1) ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 10, par. (3) ; Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 6, par. (5) ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 23, al. 2 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 5, par. (4) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 52.

70. La Commission doit tenter d'emmener les parties à régler leur différend. ¶ À défaut de règlement amiable, la Commission soumet son rapport et ses recommandations au Ministre de la Justice. ¶ Elle peut, notamment, aux conditions qu'elle estime raisonnables, recommander la cessation d'un acte de discrimination ou le paiement d'une indemnité, ou les deux.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 11, 15 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 6, par. (7) ; Fair Accomodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 5, par. (5) ; Fair Employment Practices Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 6, par. (1), 7, par. (6) ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 12, par. 1, 13, par. (3) à (6) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 12, par. (1), 14, par. (1) ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 10, par. (3) ; Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 6, par. (3) ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 26, 27 ; Code canadien du travail, L.R.C. 1970, c. L-1, art. 8 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 5, par. (4), 7 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 53.

71. Le Ministre de la Justice peut alors donner tout ordre afin d'assurer la mise en application des recommandations de la Commission. ¶ Le Ministre peut aussi requérir d'être informé des mesures envisagées pour y donner effet et de celles qui ont ou qui auront été prises.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 16, par (2) ; Fair Accomodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 5, par. (6) ; Fair Employment Practices

Act, R.S.B.C. 1960, c. 137, art. 7, par. (6) ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 13, par. (6) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 15, par. (3) ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 11 ; Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 6, par. (8) ; Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 26, par. (3) ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 5, par. (8), 7 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 53, al. (2).

72. La Commission doit, lorsqu'elle a tenu une enquête, informer les personnes en cause du résultat de son enquête dans un délai raisonnable.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 29 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 55.

73. Si, au terme d'une enquête, la Commission est d'avis qu'une loi ou un règlement contient des dérogations à la présente Charte, elle peut suggérer des modifications au Ministre de la Justice et, exposer la situation dans son rapport annuel.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 27 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 54 (en partie).

74. Aucune demande d'enquête ne peut être adressée à la Commission s'il s'est écoulé plus de six mois à compter de la connaissance du fait qui en fait l'objet, à moins que l'on ait été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 17 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 45.

75. La Commission ne peut faire enquête sur un fait antérieur au

_____ .

SOURCE : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 41.

TROISIÈME PARTIE¹⁹ SANCTIONS ET IMMUNITÉS

76. Toute atteinte illicite aux droits et libertés de la personne donne à celui qui la subit le droit d'obtenir des tribunaux une injonction et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

SOURCES : Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 12, par. (2) ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, art. 10 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 9.

77. Le procureur général, lorsqu'une personne refuse ou néglige d'obéir à un ordre du Ministre de la Justice, donné en vertu de l'article 71, peut, par requête, s'adresser à la Cour supérieure du domicile de la personne en défaut aux fins d'obtenir une injonction.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 17 ; Fair Accommodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 8 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 17, par. (1) ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 19 ; Age Discrimination Act, S.O. 1966, c. 3, art. 10, par. (1) ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 5, par. (8) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 56 (en partie).

78. Quiconque, sciemment, entrave, tente d'entraver ou gêne de quelque façon la Commission, ses fonctionnaires ou employés ou toute autre personne désignée conformément à l'article 64, dans l'exercice de leurs fonctions, et, en particulier, dans la conduite d'une enquête prévue par la présente loi, commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais, s'il s'agit d'un particulier, et d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais dans les autres cas. ¶ Au cas de récidive dans les douze mois, l'amende est de ___ \$ à ___ \$ et des frais, s'il s'agit d'un particulier, et d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais dans les autres cas.

SOURCE : Nouveau.

79. Quiconque, sciemment, exerce ou tente d'exercer des représailles contre une personne ou un groupe de personnes qui a, de bonne foi, fait une demande d'enquête en vertu de la présente loi, ou qui a rendu témoignage ou autrement pris part à une enquête entreprise par ou pour la Commission, commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais, s'il s'agit d'un particulier, et d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais dans les autres cas. ¶ Au cas de récidive dans les douze mois, l'amende est de ___ \$ à ___ \$ et des frais, s'il s'agit d'un particulier, et d'une amende de ___ \$ à ___ \$ et des frais dans les autres cas.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 8 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 3, par. (4) ; Equal Pay Act, S.P.E.I. 1959, c. 11, art. 5 ; Déclaration de la Nouvelle-Écosse, 1963, art. 9 ; Fair Employment Practices Act, R.S.S. 1965, c. 293, art. 6 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 4, par. (5) ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 51.

80. Tout fonctionnaire ou employé de la Commission qui révèle, sans y être dûment autorisé, quoi que ce soit dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, en outre des autres peines qui peuvent lui être imposées, d'une amende de 100 \$ à 1 000 \$ et du paiement des frais.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 33 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 57.

81. Les membres de la Commission, de même que la ou les personnes désignées en vertu de l'article 64, ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'actes officiels accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 30 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 37.

82. Aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 859 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre la Commission, ses membres ou la ou les personnes désignées en vertu de l'article 64, agissant en leur qualité officielle.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 31 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 38.

83. Aucune action civile ne peut être intentée en raison ou en conséquence de la publication d'un rapport de la Commission en vertu de la présente loi, ou de la publication, faite de bonne foi, d'un extrait ou d'un résumé d'un tel rapport.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 35 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 42.

84. Deux juges de la Cour d'appel peuvent, sur requête, annuler sommairement tout bref et toute ordonnance ou injonction délivrés ou accordés à l'encontre des articles 81, 82 et 83.

SOURCES : Loi sur le Protecteur du Citoyen, L.Q. 1968, c. 11, art. 32 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 39.

QUATRIÈME PARTIE²⁰

DISPOSITIONS FINALES

85. Le Lieutenant-gouverneur en Conseil peut, après consultation avec la Commission, adopter tous règlements requis pour l'application de la présente loi. ¶ Ces règlements entrent en vigueur à la date y prévue, après publication dans la *Gazette officielle du Québec*.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 25 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 11 ; Fair Employment Practices Act, S.M. 1971, c. F-30, art. 12 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 61.

86. Les deniers requis pour la mise en application de la présente loi sont pris, pour l'exercice financier 1971-72, à même le fonds consolidé du revenu et, par la suite, à même les deniers accordés annuellement à cette fin par l'Assemblée nationale.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 63.

87. La Commission est responsable envers le Ministre de la Justice de l'exécution de ses fonctions et devoirs prescrits par la présente loi.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 40, al. (1).

88. Toute disposition d'une loi future qui a pour effet de modifier ou d'abroger une disposition de la présente loi est inopérante, à moins que l'intention d'effectuer un tel changement n'y soit expressément énoncée.

SOURCES : Déclaration canadienne des droits, 1960, art. 2 ; Acte concernant l'interprétation des statuts dans cette province, L.Q. 1968, c. 7, art. 10.

89. Les articles 3 à 8 de la *Loi abolissant la mort civile* sont abrogés.

SOURCES : Loi abolissant la mort civile, L.Q. 1906, c. 38 ; Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 66.

90. Les articles 18 à 26 et l'article 30 du *Code civil* sont abrogés.

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 67.

91. L'article 835 dudit Code, modifié par l'article 2 du chapitre 38 des lois de 1906, est de nouveau modifié en retranchant, dans les deuxième, troisième et quatrième lignes, les mots « néanmoins le testament fait antérieurement à la sentence de condamnation emportant dégradation civique est sans effet si le testateur décède sous l'effet de cette sentence ».

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 68.

92. L'article 844 dudit Code, remplacé par l'article 14 du chapitre 101 des lois de 1930-1931, est modifié en retranchant, dans les deuxième et troisième lignes du deuxième alinéa, les mots « à la dégradation civique, ou ».

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 69.

93. L'article 986 dudit Code, remplacé par l'article 2 du chapitre 48 des lois de 1954-1955, est modifié en retranchant le dernier alinéa.

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 70.

94. L'article 1298 dudit Code, remplacé par l'article 1 du chapitre 70 des lois de 1923-1924, est de nouveau modifié en retranchant, dans le troisième alinéa, les mots « ni être morts civilement, ni réputés infâmes en loi ».

SOURCES : Déclaration des droits civils – Rapport de l'office de révision du Code civil, 1968, Deuxième partie ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 71.

95. La *Loi sur la discrimination dans l'emploi* est abrogée.

SOURCES : Loi sur la discrimination dans l'emploi, L.R.Q. 1964, c. 142 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 68.

96. L'article 8 de la *Loi de l'hôtellerie*, modifié par l'article 5 du chapitre 59 des lois de 1969, est abrogé.

SOURCES : Loi de l'hôtellerie, L.R.Q. 1964, c. 205 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 68.

97. L'article 46 de la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre* est abrogé.

SOURCES : Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre, L.R.Q. 1964, c. 142 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 75.

98. L'article 27 et l'article 31, paragraphe 7, entreront en vigueur à la date qui sera fixée par proclamation du Lieutenant-gouverneur en Conseil.

SOURCE : Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 76.

99. La présente loi entre en vigueur par Proclamation du Lieutenant-gouverneur en Conseil et à la date y prévue.

SOURCES : Déclaration américaine (dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique), 1791, art. 27 ; Fair Employment Practices Act, S.N.B. 1956, c. 9, art. 13 ; Fair Accomodation Practices Act, S.N.B. 1959, c. 6, art. 9 ; Déclaration ontarienne, S.O. 1961-62, c. 93, mod. par S.O. 1965, c. 85, art. 20 ; Projet du ministère de la Justice, 1971, art. 77.

NOTES

Commentaires des P^{rs} Crépeau et Scott

1. « Cette section comporte deux sous-sections : la première consacre, par des dispositions générales, les droits de la personne et les libertés fondamentales ; la seconde vise plus précisément les discriminations qui violent le droit à l'égalité devant la loi. L'Office de révision du Code civil avait proposé de placer au début du nouveau *Code civil du Québec*, une Déclaration des droits civils de la personne. Mais, comme le reconnaissait expressément son Comité des droits civils, chargé [note omise] de la rédaction de la Déclaration : « Il ne s'agissait là que d'un aspect des droits de l'homme » et « que son projet ne saurait tenir lieu d'une charte complète des droits de l'homme, notamment à l'égard des droits d'ordre politique, social et économique ». Il convenait donc, dans un projet de *Charte des droits et libertés de la personne*, d'incorporer les principales dispositions du rapport sur les droits civils et les libertés fondamentales (art. 2 à 7). Il a toutefois paru utile de préciser davantage le contenu des libertés fondamentales en y consacrant quatre dispositions. »
2. Une note manuscrite apparaît dans la copie du rapport que nous a transmis le Pr Paul-André Crépeau au sujet des termes « commune et licite » ; celle-ci mentionne qu'il y a accord afin de retirer les mots « commune et ».
3. « Le projet réaffirme ici l'un des principes énoncés dans le préambule en insistant sur le droit à une égale protection des organes de l'État. »
4. « Voir les observations dans le D.D.C. [Déclaration des droits civils – Rapport de l'Office de révision du Code civil, 1968], sous l'article 6. On a estimé préférable, en s'inspirant des documents internationaux, d'énoncer expressément le droit à la propriété.
5. « La disposition paraît suffisamment large pour comprendre une perquisition. Il a cependant paru souhaitable d'ajouter au texte proposé dans le *Rapport sur les droits civils* les mots : « ni y prendre quoi que ce soit » afin de prohiber l'enlèvement de tout objet qui s'y trouvait. »
6. « Cette sous-section comporte des dispositions relatives à la discrimination. On a d'abord voulu affirmer le droit à la reconnaissance ou à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Et c'est précisément la méconnaissance de ce droit qui constitue, sauf dans certains cas expressément mentionnés, une discrimination susceptible de donner ouverture aux remèdes prévus par la loi. Puis sont regroupés ici les dispositions visant des cas particuliers de discrimination qui sont déjà inscrits dans les lois provinciales ou qui ont été suggérés par l'office de révision du Code civil. »

7. « Voir les observations dans D.D.C. [Déclaration des droits civils – Rapport de l'Office de révision du Code civil, 1968], sous l'article 8. Il a paru souhaitable d'ajouter au texte proposé par l'Office de révision du Code civil, suivant en cela les textes internationaux, certains « lieux destinés au public ». »
8. « Cette disposition vise le refus de passer un contrat de location immobilière pour raison de discrimination. Il a paru justifiable de faire, en ce domaine, une distinction entre un établissement commercial et un logement. Dans le premier cas, aucune discrimination ne paraît justifiable ; dans le second cas, la prohibition ne jouerait pas si l'immeuble comprend moins de quatre logements. On a voulu ici établir un certain équilibre entre, d'une part, le respect de l'égalité entre les personnes et, d'autre part, la reconnaissance d'une certaine liberté pour chacun de choisir son entourage immédiat qui constitue un aspect du droit au respect de la vie privée [note omise]. On pourrait se demander : pourquoi quatre logements et non pas 6 ou 22 ? Toute fixation d'un nombre est, certes, dans une certaine mesure, arbitraire. En Ontario, on avait d'abord prohibé la discrimination lorsque l'immeuble comportait « more than six self-contained dwellings units » [note omise] ; puis, en 1965 [note omise], l'on a porté le chiffre à trois comme la règle proposée ici [note omise]. »
9. « On reprend ici une disposition de la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*. »
10. « Cette disposition vise à éliminer la discrimination dans l'emploi. On notera également que les réserves, mentionnées à l'alinéa 2, sont déjà admises en droit positif [note omise] et qu'on les retrouve également dans d'autres provinces. On a cru pouvoir, d'une part, éliminer certains cas visés dans la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* et, d'autre part, en suivant l'exemple de la Saskatchewan, en ajouter un qui ne s'y trouve pas : « l'emploi comportant une relation personnelle ». Ici, encore, il s'agit d'établir un équilibre entre l'égalité des personnes et une certaine mesure de liberté de choix pour l'employeur. »
11. « Cette disposition reprend, en la précisant, le droit actuel. On a toutefois cru devoir étendre la prohibition « à toute association groupant les membres d'une profession ou autre occupation ». »
12. « On a voulu ici généraliser l'application d'une règle que l'on retrouve, en matière d'emploi, dans la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*. »
13. « Cette section comporte quelques dispositions concernant certains droits politiques fondamentaux. Elles consacrent le caractère démocratique de l'autorité politique et veulent assurer l'effectivité du principe que l'autorité des pouvoirs publics réside dans la volonté du peuple [note omise]. C'est pourquoi il a paru nécessaire de préciser que le mandat de l'Assemblée nationale soit limité à une période maximum de cinq ans et

que l'Assemblée nationale doive se réunir au moins une fois l'an afin que le gouvernement rende compte de sa gestion. »

14. « Cette section traite des droits judiciaires de la personne. Il a d'abord paru nécessaire d'affirmer le droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et impartial, qu'il s'agisse d'une matière civile ou pénale (art. 25). Mais, afin d'assurer un exercice effectif de ce droit, la reconnaissance du droit à l'aide juridique, proposée par le barreau du Québec, s'impose (art. 27). L'article 28 consacre la règle fondamentale de la présomption d'innocence. Insistant sur le droit à la liberté (art. 1), l'article 29 précise que l'arrestation ou la détention d'une personne ne peut être faite que conformément à la loi. L'article 30 reconnaît à une personne arrêtée ou détenue le droit d'être traitée avec le respect dû à la dignité de la personne. L'article 31 prévoit les droits d'une personne arrêtée ou détenue et l'article 32 énonce les droits résultant d'une accusation. Il convenait, à l'instar des documents internationaux, de suivre le déroulement chronologique des événements depuis l'arrestation jusqu'au jugement afin d'assurer le respect effectif des droits de la défense. L'article 33 consacre la règle fondamentale de la non-rétroactivité des lois pénales. L'article 34 vise la protection des témoins et l'article 35 veut assurer la légalité des preuves. »
15. « Cette section contient des droits dont la reconnaissance est de plus en plus assurée dans les constitutions modernes. Ils imposent aux gouvernements des devoirs à l'égard des particuliers ou des groupes de personnes. On aurait pu, dans une telle section, ajouter d'autres droits analogues, mais il a paru nécessaire, vu leur caractère particulier, d'en limiter le nombre et de n'y inclure que ceux qui sont dans l'ensemble reconnus et adaptés au milieu québécois. Les dispositions de cette section relatives à l'éducation s'inspirent non seulement des textes internationaux, mais également des lois du Québec touchant l'éducation. Les droits, prévus aux articles 36, 37 et 38 ont, depuis longtemps, pris place dans la législation du Québec et la jurisprudence du Québec en matière d'éducation. L'article 37 est d'ailleurs conforme au principe de liberté de conscience énoncé à l'article 2 [note omise]. Et l'article 38 a été tiré du préambule de la *Loi du Ministère de l'éducation* [note omise] et de la *Loi du Conseil supérieur de l'Éducation* [note omise]. Le principe du choix des parents en ce qui concerne la langue d'enseignement est reconnu dans la *Loi pour promouvoir la langue française* (Bill 63) [note omise]. Il consacre une pratique admise depuis deux cents ans au Québec et il est maintenant reconnu dans les lois relatives à l'éducation du Nouveau-Brunswick [note omise], de l'Ontario [note omise] et du Manitoba [note omise]. Ce principe a également reçu l'appui de la Commission Parent [note omise] et de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme [note omise]. Mais le respect du choix des parents ne devrait pas priver les enfants du droit à une connaissance d'usage de l'autre langue officielle du Québec. La possibilité d'acquérir une connaissance du fran-

çais et de l'anglais et partant, d'avoir accès à ces deux grandes cultures à vocation universelle, crée pour la personne une situation privilégiée dans le monde moderne. La reconnaissance du principe énoncé dans cette disposition leur assurerait une occasion unique d'épanouissement sur les plans culturel, intellectuel et matériel. Le droit des minorités ethnique à leur propre culture dans le cadre des lois et des institutions établies par la majorité (art. 40) consacre une politique reconnue au Québec, au Canada et dans tous les pays démocratique. Il a sa place dans une charte des droits de la personne. Il n'est pas nécessaire de faire mention ici des minorités religieuses, puisque leurs droits sont reconnus à l'article 2. Il a paru nécessaire d'indiquer clairement que même si le droit au travail ne peut, en principe, être reconnu par les tribunaux, toute personne qui ne peut travailler a droit à des mesures de sécurité sociale (art. 41). À quiconque travaille est reconnu le droit à une rémunération et à des conditions de travail justes et raisonnables (art. 42). Il a paru enfin utile d'énoncer expressément le droit à un salaire égal pour un même travail. La Commission pourra, aux termes de l'article 17, assurer, dans une large mesure, l'effectivité de cette règle. »

16. « Cette section comprend diverses dispositions concernant l'interprétation et le champ d'application de la Charte. Il a d'abord paru nécessaire de rappeler (article 44) que si chacun est titulaire de droits et libertés, il est en même temps débiteur de l'obligation de respecter les droits et libertés d'autrui. Ce principe trouve sa principale expression dans l'article 1053 du Code civil [« Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son propre fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. » Voir notamment, *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.]. Le droit de l'un est inséparable du devoir de l'autre ; et si tous ont des droits, tous ont des devoirs corrélatifs. L'article 45 montre l'un des intérêts pratiques de la distinction, fondamentale en droit civil, entre la jouissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté, la jouissance ou possession des droits et libertés est, elle, indéniable. L'article 46, ainsi qu'on l'a expliqué plus haut, précise que la jouissance ou l'exercice des droits et libertés de la personne reconnus dans cette Charte peuvent être assujettis à des conditions et restrictions établies par la loi dans l'intérêt public ou pour assurer le respect des droits d'autrui. Les article 47 et 48 visent l'interprétation de la Charte. Il paraissait utile, comme on l'a fait dans la *Déclaration canadienne des droits*, de rappeler que cette Charte ne peut s'appliquer que dans les matières qui relèvent de l'autorité législative du Québec (art. 47). De plus, on comprend qu'une telle Charte, déclarative des droits et libertés de la personne, n'ait pas pour effet de supprimer ou de restreindre des droits existants au moment de son entrée en vigueur, mais qui n'y seraient pas inscrits (article 48, al. 1). Également, l'on n'a pas cru devoir donner à la Charte l'effet de modifier automatiquement le droit existant qui serait contraire aux dispositions de la Charte (art. 49, al. 2). Enfin, il fallait une disposition précise pour soumettre l'état à l'empire de la Charte. »

17. « Cette deuxième partie crée une Commission des droits de la personne (art. 50 à 55), détermine ses fonctions (art. 56 et 57), notamment en ce qui concerne les enquêtes qu'elle sera appelée à faire en matière de discrimination (art. 58 à 75). Il convient de signaler que le droit de faire une demande d'enquête est accordé non seulement à celui qui, personne ou groupe de personnes, s'estime lésé par une violation des dispositions de la Charte, relatives à la discrimination, mais encore (art. 59) – ce que l'on ne trouve pas ailleurs – à tout groupe de personnes voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupe de personnes. Il paraissait raisonnable d'accorder à ces organismes le pouvoir de prendre le fait et cause d'un particulier ou d'un membre qui, pour divers motifs, d'ordre personnel ou professionnel, ne pourrait, ne voudrait ou n'oserait pas s'adresser à la Commission. Telle demande, faite au nom d'autrui, ne pourrait toutefois être faite qu'avec l'autorisation de la personne concernée ; elle est également, comme toute autre demande, soumise au contrôle préliminaire de la Commission (art. 59 et 66). On notera également que la Commission pourrait (art. 64) charger de faire enquête une ou plusieurs personnes qui ne feraient pas partie de la Commission. Une telle disposition ne pourrait s'avérer utile lorsque, notamment, la Commission aurait décidé de faire enquête de sa propre initiative (art. 61) : en confiant l'enquête à des tiers, elle éviterait de se placer dans la position de juge et partie. L'article 69, tout en permettant que l'enquête soit conduite privément, veut assurer le respect des droits de la défense. »
18. « Il a paru opportun de proposer ici que le siège social de la Commission soit fixé à Montréal, essentiellement pour des raisons d'accessibilité. Il paraît, en effet, raisonnable de croire que c'est dans la région de la communauté urbaine de Montréal, en raison de la concentration et du caractère cosmopolite de la population, que la Commission sera surtout appelée à exercer ses fonctions d'enquête, à mettre en œuvre son programme d'éducation. »
19. « Cette partie concerne d'abord les sanctions qui pourraient être décrétées en cas de violation des dispositions de la Charte et, en particulier, de celles relatives à la discrimination. Puis, il a paru utile de reconnaître certaines immunités afin de faciliter les travaux de la Commission et d'assurer, sans inquiétude, la publication de ses rapports ou de certains extraits de ses rapports. »
20. « Cette dernière partie comporte certaines dispositions ayant pour objet d'assurer la mise en application de la loi, de proposer les modifications législatives qui s'imposent par suite de l'adoption de la Charte. Il a paru enfin raisonnable, afin de souligner le caractère et l'importance de cette Charte, de proposer que sa mise en vigueur soit assurée par proclamation. »

ANNEXE III

La Cour suprême du Canada et la *Charte des droits et libertés de la personne*

Décisions de la Cour suprême du Canada dans
lesquelles la *Charte des droits et libertés de la
personne* a été considérée (O) ou appliquée (θ)

[1976-2006]

[1985]

- *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (19 décembre 1985) (O).

[1987]

- *C. (G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244 (17 septembre 1987) (O).

[1988]

- *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494 (24 mars 1988) (O).
- *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (26 mai 1988) (θ).
- *Corporation professionnelle des médecins c. Thibeault*, [1988] 1 R.C.S. 1033 (26 mai 1988) (O).
- *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90 (1^{er} septembre 1988) (θ).
- *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279 (10 novembre 1988) (θ).

- *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 (15 décembre 1988) (Ø).
- *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 (15 décembre 1988) (Ø).

[1989]

- *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839 (20 avril 1989) (Ø).
- *Gauthier c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 859 (20 avril 1989) (Ø).
- *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (27 avril 1989) (Ø).
- *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 (8 août 1989) (Ø).
- *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (21 décembre 1989) (O).

[1990]

- *Rocois construction inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440 (16 août 1990) (O).
- *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (13 septembre 1990) (O).
- *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (6 décembre 1990) (O).

[1991]

- *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (5 décembre 1990) (Ø).
- *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 134 (9 octobre 1991) (O).
- *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 (24 octobre 1991) (O).
- *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349 (7 novembre 1991) (Ø).

[1992]

- *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579 (27 février 1992) (O).

- *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 (12 mars 1992) (Ø).
- *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 (16 avril 1992) (Ø).
- *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 (24 septembre 1992) (Ø).
- *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103 (24 septembre 1992) (O).
- *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235 (29 octobre 1992) (O).

[1993]

- *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 (19 mai 1993) (O).
- *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 (21 octobre 1993) (O).

[1994]

- *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général); Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339 (26 mai 1994) (Ø).
- *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406 (23 juin 1994) (Ø).
- *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 (23 juin 1994) (O).
- *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951 (1^{er} septembre 1994) (O).

[1995]

- *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 (14 décembre 1995) (O).
- *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (14 décembre 1995) (O).
- *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536 (14 décembre 1995) (O).

[1996]

- *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 (21 mars 1996) (O).
- *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345 (20 juin 1996) (θ).
- *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (3 octobre 1996) (θ).
- *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 (3 octobre 1996) (θ).
- *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347 (3 octobre 1996) (O).
- *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 (21 novembre 1996) (θ).

[1997]

- *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (27 mars 1997) (O).
- *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015 (24 avril 1997) (O).
- *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299 (29 mai 1997) (O).
- *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862 (10 juillet 1997) (O).
- *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569 (9 octobre 1997) (θ).
- *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (31 octobre 1997) (θ).
- *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 (31 octobre 1997) (O).

[1998]

- *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591 (9 avril 1998) (θ).

- *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 (29 mai 1998) (O).
- *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3 (9 juillet 1998) (O).

[1999]

- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 381 (24 février 1999) (O).

[2000]

- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (3 mai 2000) (O).
- *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703 (18 mai 2000) (O).

[2001]

- *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3 (7 juin 2001) (O).
- *Miller c. Canada*, 2001 CSC 12, [2001] 1 R.C.S. 407 (1^{er} mars 2001) (O).
- *Marcoux c. Bouchard*, 2001 CSC 50, [2001] 2 R.C.S. 726 (13 septembre 2001) (O).
- *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743 (13 septembre 2001) (O).
- *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781 (14 septembre 2001) (O).

[2002]

- *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472 (21 février 2002) (O).

- *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, 2002 CSC 44, [2002] 2 R.C.S. 627 (26 avril 2002) (Ø).
- *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269 (12 septembre 2002) (O).
- *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403 (31 octobre 2002) (O).
- *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 (19 décembre 2002) (Ø).
- *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663 (20 décembre 2002) (O).

[2003]

- *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624 (30 octobre 2003) (O).
- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228 (14 novembre 2003) (Ø).

[2004]

- *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456 (25 mars 2004) (O).
- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (14 mai 2004) (Ø).
- *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17 (10 juin 2004) (O).
- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185 (11 juin 2004) (Ø).
- *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223 (11 juin 2004) (Ø).

- *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 (30 juin 2004) (Ø).
- *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650 (30 juin 2004) (O).
- *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95 (29 juillet 2004) (Ø).

[2005]

- *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238 (31 mars 2005) (O).
- *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724 (20 mai 2005) (O).
- *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 (9 juin 2005) (Ø).
- *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (3 novembre 2005) (O).

[2006]

- *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27 (27 janvier 2006) (O).
- *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256 (2 mars 2006) (Ø).

