

**LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE
DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL QUÉBÉCOIS :
ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES**

M^e Pierre Bosset, directeur
Direction de la recherche et de la planification

Conférence de lancement de l'Association québécoise de droit constitutionnel,
Québec (Hôtel du Parlement), le 27 juin 2005

L'auteur s'exprime à titre personnel.

INTRODUCTION

LA CHARTE QUÉBÉCOISE : « ACTE FONDATEUR » OU « LOI ORDINAIRE »?¹

Dans une étude retraçant la genèse de la *Charte des droits et libertés de la personne*², le regretté professeur André Morel rappelait à quel point le contexte dans lequel cette charte fut adoptée diffère de celui qui entoura l'adoption de textes semblables ailleurs. Dans le « climat politique paisible » du Québec de 1975, écrivait-il, « on chercherait en vain les signes d'une volonté sociale collective d'affirmation des libertés publiques contre les abus du Pouvoir »³. Il est vrai que nul cataclysme politique, nulle révolte contre la tyrannie n'explique l'adoption de la Charte québécoise. Il n'est pas moins vrai que l'élaboration de la Charte fut avant tout l'affaire d'un cercle relativement restreint – du moins, à l'origine – de militants et d'intellectuels engagés. Pourtant, des signes laissent voir que les acteurs de l'époque étaient tout à fait conscients de la dimension historique du geste que le Québec s'appropriait en adoptant la Charte. Selon le texte d'un communiqué officiel émis pour souligner le dépôt du projet de loi, à l'automne 1974, la Charte devait représenter « le symbole des valeurs de la société québécoise »⁴. Comme si, graduellement, on prenait conscience de la charge symbolique dont le texte était porteur, le mot « charte » fut ensuite retenu pour désigner un texte qui, au départ, n'était destiné à être qu'une modeste « loi sur les droits de la personne »⁵. Dans sa solennité, il n'est pas jusqu'au préambule de la Charte qui ne s'apparente aujourd'hui au texte d'un acte fondateur, avec ses références, par exemple, aux droits et libertés comme « fondement de la justice et de la paix » ou encore, à la nécessité de garantir ceux-ci « par la volonté collective ».

Si l'esprit a soufflé sur l'élaboration des dispositions matérielles de la Charte, il inspira de façon moins manifeste la détermination de sa place dans l'ordre constitutionnel du Québec. Car en dépit de la primauté dont plusieurs de ses dispositions jouissent par rapport aux autres lois, la Charte reste en principe une « loi ordinaire ». Elle peut être modifiée selon la règle de la majorité simple. Elle pourrait être abrogée de la même manière. Depuis 1982, elle est assujettie aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui lui sont hiérarchiquement supérieures. La Charte québécoise est certes bien davantage qu'une « loi ordinaire ». Au fil du temps, les tribunaux lui ont reconnu un caractère « quasi constitutionnel » dont son interprétation a largement profité. Mais cette caractérisation, qui s'applique également à des textes moins ambitieux, rend-elle bien justice à la Charte québécoise ? Tient-elle compte de l'originalité profonde de ce texte, dont Morel disait, à juste titre, qu'il était unique dans l'histoire législative canadienne ? Le concept de « quasi-constitutionnalité » offre-t-il encore, trente ans après l'adoption de la Charte québécoise, de réelles perspectives de développement pour les droits et libertés ?

Selon nous, la question de la place de la Charte dans l'ordre constitutionnel québécois doit être abordée en tenant compte, certes, de la dimension formelle du fait constitutionnel, mais aussi de sa dimension *matérielle*. Envisagée ainsi, la question exclut toute réponse exclusivement fondée sur le déficit de forme constitutionnelle de la Charte québécoise. En dernière analyse, nous sommes ici conviés à une réflexion

¹ Les grandes lignes de cette conférence sont le fruit des travaux qui, sous ma direction, ont conduit au bilan des vingt-cinq premières années de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, La Commission, 2003, Vol. 1 (Bilan et Recommandations) et Vol. 2 (Études). Mes remerciements à Michel Coutu, Muriel Garon et François Fournier pour leur contribution à ce qui fut, à la fois, une œuvre collective et une aventure mémorable. Les opinions exprimées ici n'engagent que moi.

² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Ci-après, selon le contexte, « la Charte » ou « la Charte québécoise ».

³ André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1-23, à la p. 3.

⁴ Gouvernement du Québec, communiqué émis le 29 octobre 1974.

⁵ Tel était bien le titre initial du projet de loi déposé à l'automne 1974 : Assemblée nationale (Québec), Projet de loi n° 50, *Loi sur les droits et libertés de la personne* (1^{re} lecture), 2^e sess., 30^e lég.

sur la notion même de « constitution », et cette réflexion mène, à son tour, à nous interroger sur la place qui doit être celle de la Charte québécoise à l'intérieur de l'ordre constitutionnel ainsi défini.

Dans un premier temps, nous prendrons acte de l'évolution de la dynamique juridique de la Charte québécoise, qui est devenue l'un des fondements principaux de l'ordre juridique québécois (I). Ensuite, nous verrons que l'évolution de la dynamique juridique de la Charte comporte sa part d'ombre, liée à l'ambiguïté même de la notion de « quasi-constitutionnalité » (II). Nous pourrions alors réfléchir à la nature proprement *constitutionnelle* de la Charte québécoise et même, entrevoir certaines modalités concrètes de cette constitutionnalisation (III).

I UNE « CONSTITUTIONNALISATION PROGRESSIVE »

Jacques-Yvan Morin a parlé d'une « constitutionnalisation progressive » pour désigner le processus par lequel la Charte québécoise a graduellement acquis la place qui est la sienne dans la hiérarchie des normes juridiques⁶. Est-il besoin de rappeler que le projet initial, tel que déposé à l'Assemblée nationale en octobre 1974, ne comportait aucune disposition prévoyant la supériorité de la Charte par rapport au reste de la législation⁷. La supériorité sur la législation reste l'un des éléments caractéristiques d'un texte constitutionnel. En commission parlementaire, plusieurs intervenants eurent tôt fait de déplorer cette lacune peu compatible, selon eux, avec l'idée d'une véritable loi « fondamentale ».

Une solution de compromis permit de dénouer temporairement l'impasse. Adoptée le 27 juin 1975, la Charte prévoyait en effet la primauté de certaines de ses dispositions, celles des articles 9 à 38, sur les lois postérieures⁸. À l'égard des lois antérieures, on confia à la Commission des droits de la personne la responsabilité d'analyser celles qui seraient contraires à la Charte pour recommander au gouvernement de les modifier⁹. Ce compromis se révéla provisoire. En 1982, en effet, la primauté de la Charte fut étendue à l'ensemble des articles 1 à 38, ce qui permit aux dispositions formant les « Libertés et droits fondamentaux » (articles 1 à 9) de profiter de la primauté, sous réserve d'une disposition limitative (l'article 9.1) qu'on inséra dans la Charte au même moment¹⁰. La primauté s'étendit également aux lois antérieures à la Charte. Dans ce cas, elle fut assortie d'un délai destiné à permettre au gouvernement de revoir la législation existante et de proposer les modifications requises, le cas échéant¹¹. Quant aux responsabilités de la Commission à l'égard de l'examen des lois, elles furent non seulement maintenues mais étendues à l'ensemble de la législation, antérieure comme postérieure à la Charte¹².

⁶ Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 25-69.

⁷ A. MOREL, *op. cit.*, note 3, p. 9.

⁸ L.Q. 1975, c. 6 (art. 52).

⁹ *Id.* (art. 67(d)). La Commission s'acquitta diligemment de cette responsabilité. Voir par exemple : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les lois administrées par le ministère des Affaires sociales et leur conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne* (1978) ou encore, *Les antécédents judiciaires dans les lois administrées par le ministère de la Justice* (1981).

¹⁰ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61 (art. 2, ajoutant l'article 9.1, et art. 16, remplaçant l'art. 52).

¹¹ V. la *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1986, c. 95. La primauté des articles 1 à 38 sur les lois antérieures était en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1986.

¹² *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, précitée (art. 17). V. aujourd'hui l'art. 71 (2^e al., 6^o) de la Charte.

Du point de vue de sa supériorité par rapport au reste de la législation, la Charte est un texte sans pareil dans l'ordre juridique du Québec. D'autres textes législatifs québécois prévoient certes leur propre primauté par rapport à la législation, mais cette primauté ne s'étend qu'à la législation postérieure¹³. Il est juste de dire qu'à cet égard la Charte québécoise possède « une supériorité de principe, semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »¹⁴. Toutefois, bien que ce soit là l'angle sous lequel on est généralement tenté d'explorer la question, la « supériorité de principe » de la Charte n'est pas le seul facteur qui autorise à parler d'une constitutionnalisation progressive de la Charte. Pour prendre toute la mesure du phénomène, il faut faire état d'un deuxième facteur, qui tient aux *valeurs* qui s'incarnent dans la Charte et dans d'autres textes similaires. C'est en effet en se référant aux valeurs d'égalité et de dignité qui sous-tendent les lois antidiscrimination¹⁵ que les tribunaux ont été amenés à reconnaître la « nature spéciale » et même le caractère « quasi constitutionnel » de ces textes¹⁶. De cette « quasi-constitutionnalité », l'interprétation de la Charte québécoise a su grandement profiter. Le besoin d'interpréter libéralement les lois antidiscrimination, qu'induit nécessairement la notion de quasi-constitutionnalité, a en effet permis l'émergence de notions qui se sont avérées extrêmement porteuses pour le développement du droit à l'égalité, comme celle de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable¹⁷ (ou indirecte) ou celle de la discrimination systémique¹⁸. La quasi-constitutionnalité enrichira également l'interprétation donnée aux motifs de discrimination, lesquels, après une période initiale assez peu encourageante, recevront une interprétation large et libérale, enfin adaptée à la nature « quasi constitutionnelle » des lois anti-discrimination¹⁹.

La Charte québécoise est donc clairement plus qu'une « loi ordinaire ». Si elle ne possède pas tous les attributs d'un texte formellement constitutionnel, notamment une procédure de révision particulière, elle en possède à tout le moins certains, à commencer par la « supériorité de principe » dont il a été fait état. Par ailleurs, sur le plan matériel, la Charte québécoise partage avec des textes analogues – mais bien moins ambitieux qu'elle, nous le verrons plus tard – une nature dite spéciale. Cependant, bien que cette « nature spéciale » ait contribué positivement à la dynamique d'ensemble des droits et libertés, elle ne laisse pas d'être insatisfaisante. En effet, une ambiguïté inhérente à la notion même de quasi-constitutionnalité continue de planer sur la nature profonde de la Charte québécoise.

¹³ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 (art. 168); *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1 (art. 94).

¹⁴ Jean-Maurice BRISSON, *Introduction au Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, Commission des droits de la personne et Soquij (1986), p. iv.

¹⁵ Par « lois antidiscrimination », nous désignons les textes législatifs qu'on retrouve dans l'ensemble des juridictions canadiennes et qui interdisent certaines pratiques discriminatoires. Les appellations « Human Rights Code », « Human Rights Act », « Code des droits de la personne », « Loi sur les droits de la personne » sont trompeuses dans la mesure où, contrairement à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, la plupart de ces textes législatifs ne couvrent pas le domaine des droits et libertés de la personne dans son entier.

¹⁶ Par exemple, voir : *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 1 R.C.S. 150; *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employées de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345.

¹⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 531.

¹⁸ *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, précitée, note 16.

¹⁹ Par exemple, voir : *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 219 (le motif sexe inclut l'état de grossesse).

II UNE AMBIGUÏTÉ PERSISTANTE²⁰

C'est d'abord en examinant les rapports de la Charte québécoise avec d'autres ordres normatifs que l'on prend conscience de l'ambiguïté persistante du statut de la Charte dans la structure de notre droit. Cette ambiguïté est loin d'être dissipée par l'approche uniformisante retenue jusqu'à maintenant par la Cour suprême du Canada pour l'interprétation des lois anti-discrimination, approche qui met sur le même pied la Charte québécoise et des textes certes importants, mais moins ambitieux. Au fond, n'est-ce pas ici la notion même de « quasi-constitutionnalité » qui mérite un examen critique ?

Les rapports entre la Charte et d'autres ordres normatifs

En dépit de la primauté de principe dont jouissent la plupart de ses dispositions sur l'ensemble de la législation et ce, en vertu de l'article 52, il arrive que les rapports entre la Charte québécoise et d'autres ordres normatifs soient envisagés en termes de complémentarité davantage qu'en termes de subordination. Tant du point de vue de la cohérence interne du droit que sous l'angle du respect effectif des droits et libertés, cela n'est pas sans poser problème. Ainsi, la sphère des rapports collectifs de travail et celle des droits et libertés ont-elles parfois été présentées comme complémentaires, les dispositions de la Charte étant appelées, par exemple, à préciser certaines règles (l'absence de discrimination, notamment) applicables aux rapports salariés en vertu du *Code du travail*²¹. Cette façon de présenter les rapports entre les deux ordres normatifs méconnaît évidemment la primauté explicite de la Charte, en plus de faire écran à la pénétration du champ du droit du travail par les normes censément « quasi » constitutionnelles de la Charte²².

C'est toutefois dans son rapport au *Code civil du Québec* que se pose de la façon la plus aiguë la question des rapports entre la Charte et d'autres ordres normatifs. La question peut paraître superflue, étant donné que la Charte prévoit elle-même sa prépondérance sur la législation, suivant l'article 52. Le *Code civil* ne bénéficiant pas d'une telle primauté explicite, sa position subordonnée par rapport à la Charte, au regard de la hiérarchie des normes, devrait être évidente. Or les choses ne sont pas aussi limpides. D'une part, les dispositions d'ordre public du *Code civil* bénéficient d'une certaine prépondérance sur la législation, du moment que sont en cause des notions de droit privé²³. D'autre part, la Disposition préliminaire du *Code civil*, en précisant que celui-ci « 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 », pose d'une manière pour le moins ambiguë le problème des rapports entre les deux ensembles normatifs²⁴.

²⁰ Cette section est entièrement tirée, avec quelques aménagements et ajouts, de : Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, op. cit., note 1, vol. 2, p. 246 (aux pp. 267 à 284).

²¹ *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27. V. par exemple : QUÉBEC (MINISTÈRE DU TRAVAIL), *Pour un Code du travail renouvelé (Orientations ministérielles)*, Québec, 2000, pp. 11-12.

²² Pour une discussion plus fouillée de cet aspect, voir : M. COUTU et P. BOSSET, op. cit., note 20, aux pp. 281 à 284. Et pour les thèses, parfois très contrastées, des protagonistes du débat : Guylaine VALLÉE et al. (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, aux pp. 149 à 260.

²³ *Doré c. Ville de Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862.

²⁴ La complexité du problème est relevée par A. Popovici : « Cette "harmonie", qui peut paraître évidente au premier abord, est, elle aussi, colorée par le principe de cohérence [du droit civil] et devient plus évanescence suite à une seconde lecture ». Adrian POPOVICI, « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine », (1995) 29 *Revue juridique Thémis*. V. aussi Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans *Pertinence renouvelée du droit des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 51 : « Qu'en est-il de cette harmonie suggérée ? constatée ? ordonnée ? Quels sont les rapports entre le Code et la Charte ? Depuis huit ans je suis à la recherche de cette harmonie [...] et je ne l'ai pas encore trouvée ».

Comment penser en termes de subordination les relations entre deux ensembles normatifs présentés comme devant « s'harmoniser » ? Les *Commentaires du ministre de la Justice*, lesquels bénéficient d'une certaine autorité juridique, ne sont pas des plus explicites. On se contente d'y souligner que le *Code civil* régit le droit privé, mais qu'il le fait « en harmonie avec les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne*, loi de caractère fondamental qui inspire aussi le *Code civil* et qui exprime maints droits dont la portée et l'exercice sont prévus au *Code civil* »²⁵. Quelques lignes plus loin, le commentaire se fait plus précis quant à la position du *Code civil* au sein de l'ordre juridique québécois : « Le second alinéa établit la portée du *Code civil* comme fondement du droit privé et sa position privilégiée dans l'ensemble de notre système législatif »²⁶.

La jurisprudence des tribunaux de droit commun s'est orientée dans la direction d'une simple « harmonisation » des principes du Code et de la Charte, en laissant généralement dans le vague la question des rapports entre les deux documents au regard de la hiérarchie des normes²⁷. Le *Code civil* se voit parfois considéré, tout simplement, comme « loi fondamentale du Québec »²⁸, ou, plus fréquemment (*de facto* semble-t-il sur un pied d'égalité avec la Charte) comme un ensemble législatif d'une nature fondamentale. On soulignera ainsi que le droit civil est « régi par le *Code civil du Québec* et par la Charte québécoise qui, dans les domaines de la compétence de la législature du Québec, constituent le fond du droit²⁹ » ou encore, que « le *Code civil du Québec* est, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, une loi fondamentale; il constitue le droit commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public »³⁰. Dans cette perspective, la Charte québécoise apparaît comme une source (parmi d'autres) *d'inspiration* du droit civil³¹. Quant à la doctrine, elle voit fréquemment entre la Charte et le Code un rapport de réciprocité interprétative; parfois même, elle voit « dans la disposition préliminaire la volonté du législateur de rattacher les deux textes dans un rapport égalitaire et de placer le *Code civil* en haut de la hiérarchie des normes législatives »³².

Même si, dans bon nombre de cas, la problématique de l'harmonisation a conduit à des décisions jurisprudentielles conformes aux normes et principes de la Charte, il n'en reste pas moins que l'ambiguïté de la Disposition préliminaire ou, du moins, de sa réception par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, a aussi eu certains effets ne reflétant pas adéquatement la primauté de la Charte sur le droit civil. Parmi ces situations, citons : la subordination des règles de preuve en matière de discrimination au sens de la Charte, au régime civiliste de la preuve, sans adaptation de celui-ci à la nature spécifique et à l'objet de la Charte³³; l'inféodation des mesures de redressement prévues en cas d'atteinte aux droits et libertés de la personne (article 49 de la Charte) au régime général civiliste de la responsabilité, encore une fois sans

²⁵ *Commentaires du Ministre de la Justice*, Publications du Québec, 1993, t. 1, p. 1.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sous l'angle du rapport de la Charte avec le droit civil, A. Popovici s'exprime ainsi : « je crois que les tribunaux ont plutôt interprété la *Charte* comme un "statute" [...] visant à préciser certains aspects du droit de la responsabilité civile, à la remorque duquel elle a été reléguée. Elle n'a eu qu'un effet édulcoré. Si on lui reconnaît un caractère *normatif* et *non déclaratoire*, c'est un effet beaucoup plus marquant qu'elle aurait dû et devrait avoir comme moteur et pilier d'une nouvelle approche de la responsabilité civile » (« De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », *loc. cit.*, p. 53).

²⁸ *Québec (Procureur général) c. Tribunal d'arbitrage de la fonction publique*, [1998] R.J.Q. 2771 (C.S.).

²⁹ *St-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf*, [1999] R.J.Q. 2268 (C.A.).

³⁰ *Doré c. Verdun*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par la Cour suprême (voir note 23).

³¹ *Drouin c. La Presse Ltée*, 19 novembre 1999 (C.S.), REJB 1999-15772.

³² Doctrine citée par Alain-François Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », 44 *R.D. McGill* 539-565, à la p. 556n.

³³ *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, REJB-98-09715 (C.A.).

tenir compte de la nature spécifique et de l'objet de la Charte³⁴, l'interprétation parfois restrictive de droits ou de libertés garantis par la Charte, au bénéfice d'une interprétation, fort souple en comparaison, de notions civilistes floues ou indéterminées (telles la notion « d'ordre public »³⁵), etc.

En 1991, dans ses *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)*³⁶, la Commission des droits de la personne avait insisté sur l'importance de ne pas confondre la position respective de la Charte et du *Code civil* du point de vue de la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique québécois. Rappelant que du fait de l'article 52, la Charte québécoise jouit d'une supériorité de principe sur la législation, la Commission expliquait ainsi sa compréhension de « l'harmonie » entre les deux ensembles normatifs (Charte et *Code civil*). Les deux textes, observait-elle, ont une valeur fondamentale, mais cette notion ne revêt pas la même signification dans les deux cas. Dans le cas du *Code civil*, le caractère fondamental tient avant tout au rôle qu'assume ce texte dans l'organisation du droit commun. Dans le cas de la Charte, le caractère fondamental découle plutôt de la « place unique qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes juridiques »³⁷. En conséquence, ajoutait la Commission, la Disposition préliminaire du *Code civil* « ne saurait être vue comme une banale invitation à concilier les deux textes en interprétant le Code, lorsque possible, d'une manière compatible avec la Charte »³⁸, une position irréconciliable avec la primauté conférée à la Charte. Il en va de même d'une autre lecture des textes, suivant laquelle la disposition préliminaire représenterait une déclaration interprétative signifiant que l'ensemble du Code serait réputé conforme à la Charte. En fait, pour la Commission, la Disposition préliminaire devait plutôt être lue comme la « confirmation solennelle de la primauté de la Charte ».

Près de quinze ans après ces commentaires, force est de constater qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine demeure bien loin de décrire, en des termes aussi nets que le voulait la Commission, les rapports entre Code et Charte. En fait, l'ambiguïté persiste quant à la position exacte qu'occupent respectivement la Charte et le *Code civil* dans l'ordre juridique québécois. Cette situation ne saurait perdurer. Un texte ne peut vraiment être qualifié de fondamental s'il ne prévaut pas, d'une manière incontestable, sur la législation, même codifiée.

L'ambiguïté de la « quasi-constitutionnalité »

La négation du statut privilégié qui est celui de la Charte dans l'ordre juridique du Québec s'explique – du moins en partie – par un facteur méconnu, peu souvent étudié : l'ambiguïté du statut « quasi constitutionnel » qui lui est réservé. C'est cet aspect que nous désirons commenter maintenant.

La Cour suprême du Canada a paru hésiter avant d'adopter une terminologie précise. L'arrêt *Heerspink* qualifia les lois anti-discrimination de « lois fondamentales », et la Cour eut successivement recours aux notions de « lois de nature spéciale, pas vraiment de nature constitutionnelle », de lois « d'une nature qui sort de l'ordinaire », de loi possédant « une nature exceptionnelle ». En 1985, dans l'arrêt *Singh*, le juge Beetz écrivait même à propos de la *Déclaration canadienne des droits* et des « chartes des droits provinciales » que « comme ces instruments *constitutionnels* ou *quasi constitutionnels* ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés ». Par la suite, la Cour a opté définitivement pour l'expression lois à « caractère fondamental et quasi constitutionnel ». Cette expression est celle utilisée de manière systématique depuis 1991 par le Tribunal des droits de la personne du Québec et reprise dans des arrêts de la Cour d'appel du Québec.

³⁴ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, précitée, note 16.

³⁵ *Godbout c. Ville de Longueuil*, J.E. 95-1848, D.T.E. 95T-1163 (C.A., j. Baudouin).

³⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)* (1991).

³⁷ *Id.*, p. 5.

³⁸ *Ibid.*

La notion de quasi-constitution n'est pas totalement inusitée hors du contexte canadien³⁹. Mais dans l'absolu, elle relève indiscutablement de l'hybride, de la notion floue. Dans le contexte spécifique du droit canadien, elle situe la Charte québécoise au-dessus de la loi ordinaire (mais où précisément ?) sans pour autant lui attribuer valeur de norme constitutionnelle.

Pour tenter de saisir de manière davantage adéquate le statut de la Charte québécoise⁴⁰, il faut s'arrêter brièvement au concept de « constitution ». Nous prenons pour point de départ la distinction entre constitution *formelle* et *matérielle*, distinction classique en théorie du droit constitutionnel. La caractéristique essentielle de la constitution formelle réside dans le fait qu'un ensemble de normes écrites se voient explicitement désignées par le constituant comme ayant valeur de constitution (par exemple, au Canada, la *Charte canadienne des droits et libertés*). En règle générale, la supériorité formelle des normes constitutionnelles repose sur la rigidité plus ou moins grande de la procédure de modification et d'abrogation, ainsi que sur la primauté de la norme constitutionnelle sur la loi ordinaire. Par opposition, la constitution matérielle réunit un ensemble de normes, revêtues ou non de la forme constitutionnelle, qui ont pour objet de régir les organes supérieurs de l'État et de déterminer leur mode de fonctionnement, leurs sphères de compétence et leur relation réciproque et, en outre, de délimiter la position de l'individu par rapport à l'État.

On s'en doute, les deux définitions, formelle et matérielle, de la constitution ne coïncident pas⁴¹. Une norme matériellement constitutionnelle (par exemple, relative au droit électoral ou parlementaire⁴²) peut fort bien ne pas revêtir la forme constitutionnelle, alors qu'à l'inverse une règle formellement constitutionnelle peut ne concerner en rien la création de normes juridiques générales et donc échapper au domaine d'application de la constitution entendue au sens matériel. La constitution matérielle assume un rôle important du point de vue de l'organisation de la puissance étatique, même dans les États possédant une constitution écrite. À plus forte raison, le concept de constitution matérielle demeure-t-il fondamental pour l'étude du fait constitutionnel dans les États de tradition britannique, où la constitution se compose d'un ensemble de règles, écrites ou coutumières, dépourvues de toute forme constitutionnelle : tel est bien entendu le cas du Québec, si l'on excepte, précisément (car elle bénéficie de la primauté sur la loi ordinaire), la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴³.

³⁹ V. en droit américain : William N. ESKRIDGE et John FEREJOHN, « Super-Statutes », (2001) 50 *Duke L.J.* 1215-1265, pp. 1264 et s. Et, à propos du projet de Constitution européenne : Giovanni GREVI, *Light and Shade of a quasi-Constitution : An Assessment*, European Policy Centre, Issue Paper No. 14, 2004.

⁴⁰ Voir : Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », *op. cit.*, note 6; André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans *Développements récents en droit administratif* (1993), Formation permanente du Barreau, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65-89; Daniel TURP, « La suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés » dans *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 45-57; Michèle RIVET, Sylvie GAGNON, « Quelques considérations sur la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et le droit carcéral », dans *Droits de la personne : L'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 113-142; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 807 et s.

⁴¹ Michel TROPER, article « Constitution », dans André-Jean ARNAUD, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, p. 69 et s.

⁴² Par exemple, au Québec, la *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3.

⁴³ Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », dans Jacques-Yvan MORIN, José WOEHLING, *Demain le Québec. Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Québec, Éditions du Septentrion, 1994, 145-214, pp. 148 et s.

De fait, comme on l'a vu, ce ne sont pas des caractéristiques formelles qui ont amené la Cour suprême à attribuer, indistinctement et au risque de nier la spécificité de la Charte québécoise⁴⁴, un rang quasi constitutionnel et « fondamental » aux divers *Human Rights Acts* et autres lois antidiscrimination canadiennes, à la *Déclaration canadienne des droits*, et, en dernière analyse, à la Charte québécoise. À l'évidence, la présence ou l'absence d'une clause de prépondérance ne joue ici aucun rôle, puisque dans les arrêts *Winnipeg School Division c. Craton*⁴⁵ et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*⁴⁶, la Cour suprême est d'avis que les lois antidiscrimination, même en l'absence de toute disposition à cet effet, doivent prévaloir sur toute autre loi en cas de conflit, à moins d'une mention expresse au contraire de la part du législateur.

Si l'ensemble des lois touchant au domaine des droits et libertés de la personne se voient reconnaître un statut fondamental ou quasi constitutionnel, c'est sur la base de critères *autres* que formels : la nature et l'objet spécifique de ces lois, le fait qu'elles protègent des valeurs fondamentales tels le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination, voilà qui dicte, dans la perspective de la Cour suprême, la reconnaissance d'un tel statut. Dans le « quasi constitutionnel », c'est donc foncièrement la notion de *constitution comme valeur* qui est présumée, et non un quelconque critère formel.

Or, les valeurs consacrées par les deux Chartes (québécoise et canadienne) ne sont pas tout à fait identiques. Comme l'a relevé Guy Rocher⁴⁷, la Charte canadienne est un document qui s'inscrit dans le cadre du libéralisme classique, consacrant un certain nombre de libertés traditionnelles propres aux démocraties libérales (libertés de conscience, de pensée, de religion, de réunion pacifique, etc.; garanties judiciaires; liberté d'établissement). Elle fait silence sur l'existence de droits économiques et sociaux, ce qui méconnaît l'une des caractéristiques essentielles des démocraties occidentales depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, soit le rattachement de ces démocraties à « l'État Providence », au *Welfare State*. La proclamation des droits économiques et sociaux, même relativement timide lorsque comparée aux textes internationaux pertinents ou aux normes constitutionnelles de nombreux pays européens⁴⁸, a pour conséquence que la Charte québécoise porte une dynamique fort différente – plus ambitieuse, pourrait-on dire – de celle de la Charte canadienne.

Du point de vue formel, un seul texte relatif aux libertés et droits fondamentaux occupe le sommet de la pyramide des normes au regard de l'ordre juridique canadien, soit la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les lois anti-discrimination, la *Déclaration canadienne* et même la Charte québécoise, toutes susceptibles d'être modifiées, voire abrogées, par une simple loi ordinaire, occupent de ce point de vue une position subordonnée. C'est bien cette perspective qui conduisait un auteur à remarquer que « ces chartes viennent toutes, à leur façon, compléter la Charte constitutionnelle, occupant des champs laissés vacants, comme par exemple, certains droits collectifs, certains droits économiques et sociaux, le droit de propriété, et les relations privées entre les individus »⁴⁹. La Charte québécoise ne posséderait donc qu'une vocation

⁴⁴ Voir sur ce point: Daniel PROULX, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême », (1990) 24 *R.J.T.* 375-395, et : André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans *Développements récents en droit administratif* (1993), *op. cit.*, note 40.

⁴⁵ *Winnipeg School Division c. Craton*, précitée, note 16 (C.S.C.).

⁴⁶ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

⁴⁷ Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al., (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1-18.

⁴⁸ Nous reviendrons sur cette question plus loin. Voir généralement : Pierre BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte? », (1996) 75 *R. du B. can.* 583-603.

⁴⁹ Gérald-A. BEAUDOIN, « De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial », dans *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 38.

complémentaire par rapport à la Charte canadienne, ce qui la ramène au domaine conceptuellement vague de la *quasi-constitutionnalité*. Qui plus est, elle ne serait en rien foncièrement différente des lois anti-discrimination du reste du Canada. La Cour suprême n'affirme-t-elle pas, dans une décision récente, que « la Charte [québécoise], *au même titre* que les lois des autres provinces *qui lui font pendant*, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle » ?⁵⁰

Or, cette problématique de la complémentarité et de l'identité ne rend pas compte de la spécificité de la Charte québécoise, du moins si l'on envisage la place unique qu'occupe celle-ci au regard de l'ordre juridique québécois. L'assimilation de la Charte québécoise aux lois anti-discrimination du reste du Canada ne peut être que la résultante d'une lecture superficielle. Même si elle remplit également cette fonction, la Charte québécoise a pour objet bien davantage que la seule lutte contre la discrimination dans certains domaines spécifiques. Comme l'indique son préambule, elle vise à « affirmer solennellement les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation ». L'ampleur même de la Charte québécoise suffit à écarter toute comparaison avec les lois anti-discrimination. Les caractéristiques formelles dont elle bénéficie – c'est-à-dire la *primauté* des articles 1 à 38 sur la législation ordinaire (article 52 de la Charte québécoise) – indique bien la place prépondérante qu'elle occupe au sein de l'ordre juridique québécois, place qui est sans commune mesure, par exemple, avec celle que tient en droit fédéral la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵¹ ou en droit ontarien le *Code des droits de la personne*⁵² – et ce, sans nier l'importance et la signification propres de ces deux derniers instruments.

Ajoutons toujours sur le plan formel que, s'il est aisé de relever le défaut de forme constitutionnelle de la Charte québécoise (absence de rigidité, prépondérance limitée et sujette à une dérogation expresse), il reste que la Charte canadienne souffre aussi d'un déficit évident à ce niveau. Certes, elle connaît un degré très élevé de rigidité, mais sa prépondérance peut néanmoins, pour l'essentiel, être contournée – à certaines conditions – par une simple loi votée à la majorité. Au regard de la théorie constitutionnelle classique, la Charte canadienne revêt aussi, sous cet aspect du moins, le caractère d'une « quasi-constitution ». Une telle possibilité de dérogation serait en effet inconcevable dans les pays (comme les États-Unis ou l'Allemagne) où la constitution bénéficie d'une prééminence incontournable. De ce point de vue également, il semble de moins en moins défendable de nier à la Charte québécoise, au prix d'une occultation de son caractère spécifique, le statut d'une véritable loi fondamentale, de caractère constitutionnel.

III LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE

Invités à exprimer leurs commentaires à propos de la façon dont la *Charte des droits et libertés de la personne* est perçue socialement, les participants à une consultation tenue par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans le cadre du 25^e anniversaire de la Charte⁵³ ont fait ressortir une dimension importante, trop souvent ignorée. Plusieurs ont déploré, en effet, la confusion créée chez les citoyens entre la Charte québécoise et la *Charte canadienne des droits et libertés*, trop souvent assimilées l'une à l'autre malgré les caractéristiques qui les distinguent⁵⁴. La Charte québécoise n'aurait pas la même valeur de symbole que la Charte canadienne, ni la même importance politique et

⁵⁰ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, précitée, note 16 (C.S.C.).

⁵¹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R. 1985 (Canada), c. H-6.

⁵² *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19.

⁵³ Voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, op. cit. (note 1), Vol. 2 (annexe).

⁵⁴ Sur ce point, voir également: André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49.

judiciaire; elle ne jouerait pas un rôle de référent de l'identité québécoise. Par ailleurs, en tendant à uniformiser l'interprétation des diverses lois sur les droits de la personne, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada aurait pour effet de diluer la spécificité du texte québécois⁵⁵. Afin d'éviter cette banalisation et les conséquences négatives qu'elle entraîne pour l'interprétation de la Charte, les participants suggéraient de mettre davantage en valeur ce qui distingue la Charte québécoise.

Sans nous prononcer sur les dimensions sociopolitiques de ce qui précède, il reste que la Charte québécoise revêt pour l'ordre juridique québécois le caractère d'un acte fondateur, d'une norme fondamentale au sens plein du terme : en attestent l'ampleur des droits garantis par la Charte et sa prépondérance sur la législation ordinaire. Norme fondamentale de l'ordre juridique québécois, il est évident que la Charte non seulement fait partie, mais occupe une position prééminente dans la constitution matérielle du Québec. Il s'impose selon nous de reconnaître la Charte québécoise pour ce qu'elle représente pour la société québécoise : une loi fondamentale possédant un caractère constitutionnel.

Est-il besoin de préciser que le Québec, s'il n'a pas regroupé l'ensemble des règles constitutionnelles qui le régissent dans un seul et même texte, n'en a pas moins – comme toutes les provinces canadiennes – sa propre constitution⁵⁶, formée de règles diverses et éparées : lois, constitutionnelles ou ordinaires, conventions, coutumes parlementaires, arrêts des tribunaux⁵⁷. Du fait de la primauté de la plupart de ses dispositions sur le reste de la législation, la Charte québécoise participe sans nul doute de cet ensemble constitutionnel. Est-il besoin de rappeler également que la constitutionnalisation de la Charte québécoise pourrait se faire sans que cela emporte ou implique quelque choix quant au statut politique du Québec à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada⁵⁸. Enfin, la reconnaissance explicite du caractère constitutionnel de la Charte québécoise – préférablement, dans une Disposition préliminaire qui en marquerait toute l'importance – serait pleinement concordante avec le fait que le Québec est « fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres⁵⁹ ».

⁵⁵ V. ainsi : Daniel PROULX, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême », *op. cit.*, note 44.

⁵⁶ À preuve, v. l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit qu'à l'exception de certains éléments, comme la charge de lieutenant-gouverneur, « une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province ». L'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, prédécesseur de l'art. 45, était déjà au même effet. L'origine des constitutions provinciales est bien antérieure à la Confédération; voir J.E. READ, « The Early Provincial Constitutions », (1948) 26 *Can. Bar Rev.* 621, aux pp. 630-632.

⁵⁷ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel* (2^e éd.); Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 11-25.

⁵⁸ Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *R.D. McGill* 171.

⁵⁹ *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 (préambule, 2^e alinéa). Il faut lire cet alinéa en concordance avec le quatrième, qui se réfère à « l'engagement résolu du Québec à respecter les droits et libertés de la personne ». Il faut en déduire que l'Assemblée nationale confère une portée constitutionnelle à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Les propos du ministre responsable, lors de l'étude détaillée du Projet de loi n° 99 en Commission des institutions, vont d'ailleurs dans ce sens :

« On fait indirectement référence à la Charte des droits et libertés dans le deuxième considérant. Vous remarquerez que dans le considérant n° 2 on dit que le "Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales". C'est cette référence à des lois fondamentales qui, dans l'esprit du législateur, englobe notamment la Charte des droits et libertés, mais aussi la Charte de la langue française et, par exemple, la Loi sur l'Assemblée nationale. » *Journal des débats*, 36^e Législature, 1^{re} session, Commission permanente des institutions, Cahier n° 80, 30 mai 2000, pp. I-36.

Le contenu constitutionnalisable

Il n'est pas déplacé de commencer à s'interroger sur le contenu de la Charte susceptible de faire l'objet d'une constitutionnalisation. À tout le moins, les droits et libertés qui jouissent déjà de la primauté sur le reste de la législation, selon les termes actuels de la Charte, devraient bénéficier de cette protection constitutionnelle. Il s'agit, rappelons-le, des libertés et droits fondamentaux, du droit à l'égalité, des droits politiques et des droits judiciaires. Il conviendrait d'y ajouter les droits des peuples autochtones, droits qui font déjà l'objet d'une consécration explicite dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans ce cas, il ne s'agirait pas tant d'émuler le constituant canadien que de prendre acte du fait que l'Assemblée nationale, dans une motion solennelle⁶⁰, a déjà reconnu l'existence des nations autochtones ainsi que leurs droits, puis a consacré ces mêmes principes dans une loi qui se veut marquée elle aussi par la solennité⁶¹.

L'occasion serait par ailleurs tout indiquée pour envisager la constitutionnalisation d'une catégorie de droits qu'on a décrits comme étant les « parents pauvres de la Charte »⁶². Aux articles 39 à 48, la Charte consacre actuellement un certain nombre de droits économiques et sociaux. L'inclusion de ces droits inscrit la Charte dans la foulée des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne⁶³. L'inclusion des droits économiques et sociaux donne aussi à la Charte québécoise une place unique dans notre univers juridique. En effet, la Charte est le seul texte législatif nord-américain à consacrer les droits économiques et sociaux comme des droits de la personne à part entière. Lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la Charte, en 1975, le ministre de la Justice fit remarquer que les droits économiques et sociaux expriment « des principes, des valeurs auxquelles nous sommes attachés au Québec »⁶⁴.

À l'heure actuelle et en dépit du caractère « quasi constitutionnel » de la Charte, les droits économiques et sociaux ne possèdent aucune primauté par rapport aux lois⁶⁵. En fait, ce sont ces dernières qui définissent leur portée. Par exemple, le droit à l'instruction publique gratuite est reconnu « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi » (article 40); le droit à un niveau de vie décent passe par des mesures « prévues par la loi » (article 45); le droit à des conditions de travail justes et raisonnables existe « conformément à la loi » (article 46), etc. Il n'existe actuellement aucune garantie suivant laquelle les lois doivent respecter des standards minimaux en cette matière⁶⁶.

Les droits économiques et sociaux sont reconnus dans la constitution de nombreux États démocratiques. La « justiciabilité » de ces droits reste variable. Si parfois l'énoncé de ces droits s'apparente à une simple déclaration d'intention sans conséquences juridiques, un nombre croissant de systèmes juridiques reconnaissent aux droits économiques et sociaux une juridicité réelle. En Afrique du Sud, par exemple, la Cour constitutionnelle a consacré la justiciabilité du « droit d'accès à un logement adéquat ». Cette conclusion s'est fondée sur le fait que les autorités sud-africaines, confrontées à une situation d'éviction massive de personnes défavorisées, n'avaient pas pris les mesures « raisonnables » que requiert la

⁶⁰ Motion du 20 mars 1985, *Procès-verbal de l'Assemblée nationale* (n° 39), pp. 286-288.

⁶¹ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, précitée, note 59 (art. 11).

⁶² P. BOSSET, *op. cit.*, note 48.

⁶³ Selon ces textes internationaux, les droits économiques et sociaux sont des éléments essentiels et indissociables du corpus des droits de la personne. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U., A/810, p. 71 (1948); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [1976] R.T. Can., n° 46. Sur l'indissociabilité des droits de la personne : NATIONS UNIES (CONFÉRENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME), *Déclaration finale et Programme d'action*, Doc. N.U., A/CONF.157/323 (1993), § 5.

⁶⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 12 novembre 1974, p. 2744 (M. Jérôme Choquette).

⁶⁵ Rappelons que, selon l'article 52, cette primauté est réservée aux articles 1 à 38.

⁶⁶ Cette interprétation a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Gosselin c. Procureur général du Québec* (2002 CSC 84).

Constitution en vue d'assurer la « réalisation progressive » de ce droit⁶⁷. Les autorités furent condamnées à prendre les mesures nécessaires pour satisfaire à leurs obligations constitutionnelles. Une juridicité semblable fut également reconnue par la Cour constitutionnelle sud-africaine au « droit d'accès à des services de santé »⁶⁸. De même, en Italie, la Constitution ne fait pas de distinction *de principe* entre les droits sociaux et les autres droits pour ce qui est de la juridiction de la Cour constitutionnelle, laquelle peut se prononcer sur la validité des lois par rapport à ces droits. Le droit à la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit au logement ont ainsi été qualifiés de « droits inviolables » par la Cour constitutionnelle italienne⁶⁹.

Une autre approche, celle du « noyau dur », permettrait elle aussi de consacrer la juridicité des droits économiques et sociaux. Au Japon, par exemple, la Constitution garantit le droit à un « niveau de vie minimum ». En principe, les choix du pouvoir politique en cette matière sont discrétionnaires. Toutefois, la Cour suprême du Japon a précisé que ces choix ne pouvaient faire abstraction des conditions d'existence de la population en fixant des standards si bas qu'ils contrediraient le principe même du droit à un niveau de vie minimum. Dans ce cas, l'intervention du pouvoir judiciaire serait justifiée⁷⁰. En Europe, des formulations consacrant explicitement l'idée d'un contenu essentiel ou « noyau dur » de droits figurent aujourd'hui dans certains textes constitutionnels, notamment celui du Portugal⁷¹ et celui des constitutions (post-communistes) de la Hongrie⁷² et de la République tchèque⁷³.

Quelle que soit la formule retenue, l'octroi de la primauté constitutionnelle aux droits économiques et sociaux créerait un équilibre plus satisfaisant entre la marge de manœuvre du législateur en cette matière et le besoin, pour ces droits, d'être davantage que des énoncés d'intention.

Pour garantir la stabilité de l'ordre juridique et notamment éviter une remise en question brutale de l'édifice du droit social québécois, une entrée en vigueur progressive de la primauté des droits

⁶⁷ Le droit d'accès à un logement adéquat est garanti par l'art. 26 de la Constitution sud-africaine. Voir : *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (C.C.), <http://www.concourt.gov.za/cases/2000/grootboom1sum.html>.

⁶⁸ Art. 27 de la Constitution sud-africaine. Voir : *Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2)*, 2002 (5) SALR 721 (C.C.).

⁶⁹ Marie-Claire PONTHEAUX, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, coll. « Droit public positif », pp. 96 et s.

⁷⁰ Art. 25 de la Constitution japonaise. Voir : Cour suprême du Japon, 24 mai 1967 (*Asahi c. Ministre de la Santé et du Bien-être*), 21 *Minshu* 1043 : « [I]n cases where such a decision is made in excess of or by abuse of the discretionary power conferred by law, so as to neglect [totally] the policy and objectives of the Constitution and the Livelihood Protection Act by ignoring the actual conditions of life and establishing extremely low standards, [...] such a decision [would] be subject to judicial review of its legality » (*obiter*). Traduction : Hideo TANAKA, *The Japanese Legal System. Introductory Cases and Materials*, University of Tokyo Press, 1976, pp. 793-804.

⁷¹ Constitution portugaise, article 18 : « Les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait. Elles ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels. » [Traduction non officielle, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/port1976.htm>]

⁷² Constitution hongroise, article 8(2) : « In the Republic of Hungary the law contains rules on fundamental rights and obligations, but must not impose any limitations on the essential contents and meaning of fundamental rights. » [Traduction non officielle, <http://www.constitution.org/cons/hungary.txt>]

⁷³ Constitution de la République tchèque, article 4 (4) de la *Charte des droits fondamentaux* : « When the provisions on the limits of fundamental rights and freedoms are employed, the essence and significance of these rights and freedoms must be preserved. » (Traduction non officielle, <http://www.psp.cz/cgi-bin/fre/docs/laws/charter.html>)

économiques et sociaux serait vraisemblablement nécessaire. Comme nous l'avons vu, le législateur québécois a eu recours à cette formule dans le passé, lorsqu'il s'est agi d'étendre la primauté de la Charte à la législation antérieure.

La stabilité du contenu de la Charte

Un texte de nature constitutionnelle comme la Charte québécoise, visant à affirmer et à garantir les libertés et droits fondamentaux de la personne « afin que ceux-ci soient [...] protégés contre toute violation⁷⁴ », ne doit pas pouvoir être changé aussi facilement qu'une loi ordinaire. « Il faut une procédure particulière, plus solennelle, plus exigeante, qui corresponde à la qualité de l'acte à modifier⁷⁵ ».

En droit constitutionnel, diverses techniques sont utilisées pour arriver à ce résultat. Des exigences particulières peuvent régir, notamment, l'initiative de la révision, l'adoption de la norme révisée par le Parlement, ou la ratification (par exemple, par voie de référendum) de cette nouvelle norme.

En contexte constitutionnel canadien, la *Charte canadienne des droits et libertés*, faisant partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est protégée par des règles procédurales très strictes en matière de révision : selon l'article 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la procédure « normale » de révision exige l'autorisation de la modification, à la fois par des résolutions du Sénat et de la Chambre des Communes et par « des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente [...] au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces ».

En contexte québécois, un tel niveau de rigidité de la procédure de modification n'apparaît ni nécessaire, ni souhaitable. À plusieurs reprises, la Charte québécoise a fait l'objet de modifications qui se sont traduites par un élargissement des droits et libertés protégés et ce, au bénéfice général de la collectivité. Ces modifications ont été réalisées du consentement unanime de l'Assemblée nationale. Tenant compte de ce dernier fait, l'exigence d'une majorité qualifiée (les deux tiers de la députation) ne constituerait pas un obstacle majeur à des modifications éventuelles de la Charte allant dans le sens d'une meilleure garantie de certains droits ou de certaines libertés. Comme le démontre l'expérience passée en ce domaine, les consensus réalisés en matière de droits et libertés au sein de la société civile devraient se traduire, le cas échéant, par un assentiment largement majoritaire de l'Assemblée nationale à une modification du texte de la Charte.

Par contre, cette exigence représenterait un élément dissuasif suffisant pour empêcher la présentation de projets trop hâtivement rédigés, ou marquant de nets reculs en matière de droits et libertés. Comme on le sait, la Charte elle-même prévoit déjà que la nomination des membres de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse doit être approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale⁷⁶. Le choix des membres conditionne la représentativité et le mode de fonctionnement de la Commission. Mais tout aussi importants, sinon davantage, demeurent le texte même de la Charte et les principes qu'elle énonce, principes dont les membres de la Commission doivent assurer la promotion et le respect. Il apparaît donc logique que la modification de la Charte elle-même (du moins quant à la Partie I, portant sur les droits et libertés de la personne), et non la seule désignation des membres de la Commission, fasse appel à une majorité qualifiée des membres de l'Assemblée nationale.

La faculté de déroger à la Charte

La faculté de déroger aux dispositions de la Charte s'inscrit dans la tradition constitutionnelle britannique, qui se fonde sur le principe de la suprématie du Parlement⁷⁷. Dans la Charte, cette faculté est encadrée

⁷⁴ Préambule de la Charte (5^e considérant).

⁷⁵ Dominique ROUSSEAU, « La révision de la Constitution sous la V^e République », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/q20.htm>, p. 1.

⁷⁶ Charte, art. 58.

⁷⁷ J.-Y. MORIN, *op. cit.*, note 6.

par une exigence d'ordre avant tout procédural. En effet, le législateur s'est réservé le droit, comme le prévoit l'article 52, de déroger, sans aucunement se soumettre à une quelconque obligation juridique de justification⁷⁸, à l'ensemble des articles 1 à 38 de la Charte. Pour cela, il lui suffit d'énoncer expressément dans une loi que celle-ci s'applique malgré la Charte.

La *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit elle aussi à son article 33 que le Parlement fédéral ou une législature provinciale peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de ladite Charte. Une telle dérogation, qui vaut pour un maximum de cinq ans, peut être renouvelée. Toutefois, la Charte canadienne prévoit une liste (plutôt idiosyncrasique) de droits auxquels il ne peut être dérogé, et qui aux yeux du constituant canadien sont en quelque sorte « intangibles ». Ce sont les droits démocratiques (art. 3 à 5), les libertés de circulation et d'établissement (art. 6), les dispositions relatives aux langues officielles du Canada (art. 16 à 22) ainsi que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23).

L'absence de droits intangibles dans la Charte québécoise est une anomalie qui, non seulement paraît trancher avec les dispositions de la Charte canadienne, mais entre en contradiction avec les engagements internationaux du Québec.

En effet, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit qu'en cas de « danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation », les États parties au Pacte « peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la religion ou l'origine sociale »⁷⁹. Certains droits demeurent en tout temps intangibles : ainsi, aucune dérogation n'est autorisée à l'article 6 du Pacte (droit à la vie), à l'article 7 (torture, peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), à l'article 8, paragr. §1 et §2 (esclavage et servitude), à l'article 11 (emprisonnement pour non-respect d'une obligation contractuelle), à l'article 15 (peine rétroactive), à l'article 16 (reconnaissance de la personnalité juridique) ou encore à l'article 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion).

Dans la perspective d'une véritable constitutionnalisation des dispositions de la Charte québécoise, il y aurait lieu de prévoir que certains droits intangibles doivent en tout temps rester à l'abri d'une dérogation. Selon nous, l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne fournit pas un modèle approprié pour ce faire et ce, pour deux raisons. D'une part, à l'exception du droit de voter et du droit d'être candidat aux élections, les droits considérés comme intangibles par la Charte canadienne ne figurent pas nécessairement dans la Charte québécoise. D'autre part et surtout, comme on l'a fait remarquer à fort juste titre, l'absence dans la Charte canadienne de droits intangibles correspondant à ceux du Pacte est elle-même en contradiction avec le droit international⁸⁰.

Le Pacte, qui fut ratifié avec l'accord du Québec, fournit un modèle bien plus approprié que la Charte canadienne pour encadrer l'exercice de la faculté de déroger aux dispositions de la Charte. Une Charte québécoise constitutionnalisée devrait, conformément aux engagements internationaux du Québec,

⁷⁸ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 (concernant une dérogation faite en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

⁷⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1976) 999 R.T.N.U. 187, art. 4, § 1. (Voir : NATIONS UNIES (COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME), *Observation générale (n° 5) relative à l'article 4 du Pacte* (1981), Doc. N.U., HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).)

⁸⁰ André BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », numéro spécial de la *Revue du Barreau* (2003), pp. 109-149 (pp. 148 et 149).

prévoir l'interdiction de recourir d'une manière discriminatoire à la faculté de dérogation, de même que le caractère intangible de certains droits et libertés, dont la liste pourrait alors s'inspirer de celle que propose le Pacte.

CONCLUSION

Dans le Québec de 2005, la constitutionnalisation explicite des droits et libertés apparaît comme un moyen juridique privilégié de protéger ceux-ci.

D'une part, seule la constitutionnalisation des droits et des libertés est en mesure d'assurer la plus haute et la plus complète garantie contre toute atteinte. Comme un texte constitutionnel se situe au sommet de la hiérarchie juridique et n'est modifiable que suivant une procédure d'amendement particulièrement exigeante, en y énonçant solennellement les droits de la personne, on en assurerait incontestablement la protection contre les actes du Parlement et de l'Exécutif, plus vulnérables aux fluctuations politiques. Un avantage supplémentaire de la constitutionnalisation est amplement démontré par l'expérience à certains égards uniformisante mais globalement positive de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de l'impact positif d'une constitutionnalisation explicite sur l'interprétation des dispositions de la Charte. En effet, l'attitude d'ouverture manifestée lors de l'interprétation de la portée des droits et libertés par les tribunaux, depuis l'insertion de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution, est une raison supplémentaire venant à l'appui de l'idée de conférer un statut constitutionnel aux droits et libertés de la personne que le Québec entend respecter et protéger.

Dans un texte important paru en 1963, Jacques-Yvan Morin démontrait que le Québec disposait de toute la latitude requise, sur le plan constitutionnel, pour se doter de sa propre charte des droits et libertés⁸¹. Avec l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, texte qui témoigne de l'attachement du Québec à la primauté du droit, aux valeurs démocratiques, aux droits des minorités mais aussi aux valeurs sociales, les années 1970 ont vu cette idée prendre forme. Dans les deux décennies suivantes, l'extension de la primauté de la Charte sur l'ensemble de la législation, ainsi que la reconnaissance de sa nature « quasi constitutionnelle », ont poussé plus avant le processus de constitutionnalisation de la Charte québécoise. Aujourd'hui, ce processus, encore inachevé, trouverait un aboutissement logique dans la constitutionnalisation explicite des dispositions de la Charte.

PB/cl

⁸¹ Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273-316.