

ACTE FONDATEUR OU LOI ORDINAIRE ? LE STATUT DE LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE DANS L'ORDRE JURIDIQUE QUÉBÉCOIS

Pierre Bosset et Michel Coutu

Numéro hors-série, juin 2015

Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1067975ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1067975ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bosset, P. & Coutu, M. (2015). ACTE FONDATEUR OU LOI ORDINAIRE ? LE STATUT DE LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE DANS L'ORDRE JURIDIQUE QUÉBÉCOIS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 37–60. <https://doi.org/10.7202/1067975ar>

Résumé de l'article

À propos de la place de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec dans la structure de l'ordre juridique québécois, Jacques-Yvan Morin a parlé d'une constitutionnalisation progressive. Pourtant, son caractère « quasi constitutionnel » ne rend pas véritablement justice à la *Charte*, qui reste un texte unique dans l'histoire législative du Québec. Cet article s'inspire de Morin, qui n'a cessé de soutenir qu'il fallait réserver à la *Charte* une place se situant au sommet de la hiérarchie des normes. Il discute de la *primauté* de la *Charte* sur les lois ordinaires, ainsi que de l'*intégrité* du contenu de ce texte, qui depuis 1975 se veut le symbole des valeurs de la société québécoise. Dans un premier temps, les auteurs mettent en lumière l'ambiguïté inhérente à la notion même de quasi-constitutionnalité. Il est de moins en moins défendable de nier au texte québécois, au prix d'une occultation de son caractère spécifique, le statut d'une véritable loi fondamentale, de caractère constitutionnel. Dans un deuxième temps, les auteurs soulignent que la *Charte* est loin d'être à l'abri de régressions dues aux vicissitudes du jeu politique, bien qu'elle ait fréquemment été bonifiée au fil du temps et ce, de manière largement consensuelle. Il serait aujourd'hui dans l'ordre des choses que le processus de « constitutionnalisation progressive » que Jacques-Yvan Morin a promu, accompagné politiquement et admirablement décrit dans ses travaux finisse par trouver son aboutissement historique dans une constitutionnalisation explicite des dispositions de la *Charte*. Il s'impose en effet de reconnaître aujourd'hui, de façon explicite, la *Charte québécoise* pour ce qu'elle représente pour la société québécoise : une loi fondamentale possédant un caractère constitutionnel.

ACTE FONDATEUR OU LOI ORDINAIRE? LE STATUT DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE DANS L'ORDRE JURIDIQUE QUÉBÉCOIS

*Pierre Bosset et Michel Coutu**

À propos de la place de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec dans la structure de l'ordre juridique québécois, Jacques-Yvan Morin a parlé d'une constitutionnalisation progressive. Pourtant, son caractère « quasi constitutionnel » ne rend pas véritablement justice à la *Charte*, qui reste un texte unique dans l'histoire législative du Québec. Cet article s'inspire de Morin, qui n'a cessé de soutenir qu'il fallait réserver à la *Charte* une place se situant au sommet de la hiérarchie des normes. Il discute de la *primauté* de la *Charte* sur les lois ordinaires, ainsi que de l'*intégrité* du contenu de ce texte, qui depuis 1975 se veut le symbole des valeurs de la société québécoise. Dans un premier temps, les auteurs mettent en lumière l'ambiguïté inhérente à la notion même de quasi-constitutionnalité. Il est de moins en moins défendable de nier au texte québécois, au prix d'une occultation de son caractère spécifique, le statut d'une véritable loi fondamentale, de caractère constitutionnel. Dans un deuxième temps, les auteurs soulignent que la *Charte* est loin d'être à l'abri de régressions dues aux vicissitudes du jeu politique, bien qu'elle ait fréquemment été bonifiée au fil du temps et ce, de manière largement consensuelle. Il serait aujourd'hui dans l'ordre des choses que le processus de « constitutionnalisation progressive » que Jacques-Yvan Morin a promu, accompagné politiquement et admirablement décrit dans ses travaux finisse par trouver son aboutissement historique dans une constitutionnalisation explicite des dispositions de la *Charte*. Il s'impose en effet de reconnaître aujourd'hui, de façon explicite, la *Charte québécoise* pour ce qu'elle représente pour la société québécoise : une loi fondamentale possédant un caractère constitutionnel.

“A gradual constitutionalization” is the phrase used by Jacques-Yvan Morin to describe the process through which the Québec *Charter of Human Rights and Freedoms* is gradually finding its place in the structure of the Québec legal order. However, its so-called “quasi constitutional status” does not really do justice to the *Charter*, which remains unique in our legislative history. Inspired by Morin, who consistently argued that the *Charter* should stand at the top of the hierarchy of legal norms, this paper discusses the *supremacy* of the *Charter* over ordinary laws, as well as the *integrity* of its substantive content, keeping in mind that, since 1975, the *Charter* has embodied the values of Québec society. Part I stresses the inherent ambiguity in the very notion of a quasi-constitution. It argues that, short of denying the *Charter* its specific status it is becoming increasingly difficult to ignore its nature as a fundamental constitutional law. Part II stresses the fact that, although it has frequently been improved, largely on the basis of broad consensus, the *Charter* remains highly vulnerable to the vagaries of politics and potential regressions. A logical step forward into the above-mentioned process of “gradual constitutionalization” would be an explicit recognition of the *Charter's* constitutional status, a fitting outcome to a process that Jacques-Yvan Morin has so aptly promoted and analyzed in both his academic and political life. Nothing should now stand in the way of explicitly recognizing the *Charter* for what it means for Québec society: a fundamental law of a constitutional status.

* Pierre Bosset est professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Michel Coutu est professeur à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal.

Au sein de la communauté des juristes qui se sont intéressés à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ du Québec, Jacques-Yvan Morin occupe une place unique : il fut en effet, à la fois, le principal inspirateur intellectuel de ce texte majeur et, un acteur politique important lors des débats parlementaires qui entourèrent son adoption.

En 1963, dans l'article magistral qu'il publiait dans la *Revue de droit de McGill*², l'universitaire Morin posait de manière convaincante les bases juridiques sur lesquelles s'édifierait la *Charte québécoise* une décennie plus tard. Il montrait dans ce texte, avec autant d'érudition que d'élégance, que le Québec possédait toutes les compétences constitutionnelles nécessaires, par exemple sur le plan de la propriété et des droits civils, pour adopter (en utilisant la terminologie de l'époque) sa propre charte des « droits de l'homme ». Soucieux par ailleurs, moins de vingt ans après la révélation des horreurs de la Seconde Guerre mondiale, de voir cette charte se situer dans un vaste mouvement international pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Morin proposait, en annexe, un projet de charte dont l'inspiration primordiale se trouvait dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³ ainsi que dans les traités internationaux qui étaient alors en élaboration à l'ONU⁴. En effet, internationaliste dans l'âme, Morin ne pouvait concevoir que la future *Charte québécoise* fit abstraction des normes juridiques internationales relatives aux droits de la personne : l'approche holistique du droit international, qui reconnaît non seulement les « droits-libertés » de l'être humain mais également ses « droits-créances » vis-à-vis de l'État, via les droits économiques et sociaux, sera ultimement celle que le législateur québécois retiendra aussi, encore que de manière lacunaire. Dans l'intervalle, Morin sera également le rapporteur du Comité des droits civils de l'Office de révision du Code civil. Formulées de façon préliminaire en 1966 puis définitive en 1968, les propositions du comité⁵ ont inspiré certaines dispositions de la *Charte*, en particulier les droits rattachés à la personne humaine, le droit au respect de la vie privée ainsi que le droit de l'enfant à la sécurité et à l'attention de ses parents ou des personnes qui en tiennent lieu⁶. Riche sur le plan du contenu mais également multiforme dans l'action, l'imposante contribution intellectuelle de Morin à l'élaboration de la *Charte québécoise* suffirait à elle seule à faire de lui l'une des figures les plus marquantes de l'histoire de la *Charte*. Cependant, il serait injuste de réduire l'influence de Jacques-Yvan Morin sur la *Charte* à sa seule contribution doctrinale.

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte* ou *Charte québécoise*].

² Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273 [Morin « Charte »].

³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A(III), Doc off AG NU 3^e sess, supp n^o 13, Doc NU A/810 (1948).

⁴ Morin, « Charte », *supra* note 2.

⁵ Voir Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport du comité des droits civils* (1966); et Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur les droits civils* (1968).

⁶ Voir aujourd'hui les articles 1, 5 et 39 de la *Charte*, *supra* note 1. Sur le rôle de l'Office de révision du Code civil dans la genèse de la *Charte*, voir : André Morel, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1 aux pp 4-7 [Morel « Charte »].

En effet, au milieu des années soixante-dix, le député Morin, chef de l'opposition officielle, mènera avec beaucoup d'opiniâtreté un combat parlementaire pour que le contenu matériel de la *Charte québécoise* fût à la hauteur des aspirations que doit traduire un texte de cette nature. Aujourd'hui encore, ses interventions à l'Assemblée nationale sur ce sujet impressionnent par leur hauteur d'esprit, leur limpidité et leur raffinement intellectuel⁷. Entre autres, Jacques-Yvan Morin prônera une plus large consécration des droits économiques et sociaux, déplorant que ces droits fussent énoncés dans les dispositions « les plus faibles, les plus aléatoires » du projet de charte déposé par le gouvernement⁸. Morin préconisera également le rehaussement du statut de la *Charte* au sein de l'ordre juridique du Québec. Son érudition de constitutionnaliste lui permettra de mettre en lumière les lacunes d'un projet de charte beaucoup trop timide en ce qui a trait à la supériorité de principe dont un tel texte devrait normalement profiter sur le reste de la législation et de mettre de l'avant, comme nous le verrons plus loin, des propositions destinées à remédier à cette lacune⁹.

La *Charte* n'en demeure pas moins, en principe, une « loi ordinaire ». Elle peut être modifiée selon la règle de la majorité simple. Elle pourrait être abrogée de la même manière. Sur le plan formel, on a ainsi peine à voir dans la *Charte* un acte véritablement « fondateur » de l'ordre juridique, du moins au sens où l'on s'attendrait qu'un tel texte ne puisse être modifié qu'en suivant une procédure plus exigeante que pour les lois ordinaires. Au surplus, depuis la réforme constitutionnelle de 1982, la *Charte québécoise* est assujettie aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰, dispositions qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Certes, au fil du temps, les tribunaux ont reconnu à la *Charte* un caractère « quasi constitutionnel » qui s'est traduit par une interprétation téléologique et dynamique de la plupart de ses dispositions. Mais cette caractérisation, qui s'applique également à des textes moins ambitieux, et notamment aux simples codes antidiscrimination en vigueur dans le reste du Canada, rend-elle justice à la *Charte québécoise*, qui, par sa volonté de couvrir, « dans un exposé systématique, tout le champ des libertés publiques », reste

⁷ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e lég, 2^e sess, vol 15, n^o 79 (12 novembre 1974) aux pp 2750-57 [Assemblée nationale 12 novembre 1974]; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e sess, vol 16, n^o 52 (27 juin 1975) aux pp 1619-1620 [Assemblée nationale 27 juin 1975]. À quelques reprises durant les débats, le ministre de la Justice reprochera à Morin d'adopter l'attitude de l'universitaire désincarné aimant « ergoter sur des projets de lois » (Assemblée nationale 12 novembre 1974 à la p 2749). Morin répliquera en déplorant « l'anti-intellectualisme » du ministre. Il lui rappellera que le projet de loi était, en grande partie, le fruit des travaux d'universitaires (Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e sess (26 juin 1975) à la p B-5132).

⁸ Assemblée nationale 12 novembre 1974, *supra* note 7 à la p 2753. La suite des choses a malheureusement donné raison à Morin. Dans *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429, la Cour suprême a refusé, en effet, de considérer que les droits économiques et sociaux énoncés dans la *Charte* puissent posséder une quelconque primauté sur d'autres dispositions législatives.

⁹ Assemblée nationale 12 novembre 1974, *supra* note 7 à la p 2757.

¹⁰ *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 [*Charte canadienne*].

un texte unique dans l'histoire législative canadienne¹¹?

Acte fondateur ou loi ordinaire, la question demeure posée. Pour Morin, il était clair, et ce dès le début des années soixante, que la *Charte québécoise* devrait se situer au sommet de la pyramide des normes juridiques. Dans son texte de 1963, il plaidait déjà pour une charte dont les dispositions « prévaudraient [en cas d'incompatibilité] sur toutes les lois votées par la Législature avant ou après l'entrée en vigueur de [la charte] »¹². Plus tard, Morin déplorera devant l'Assemblée nationale que la *Charte* ne possédât, dans sa version initiale, qu'une primauté toute relative, limitée aux lois adoptées ultérieurement¹³. Et lorsqu'il reprendra ses travaux d'universitaire, la question de la primauté de la *Charte* dans l'ordre juridique québécois restera une préoccupation centrale pour Morin : elle fera alors partie d'une réflexion ambitieuse, portant sur une éventuelle constitution québécoise écrite dans laquelle la *Charte* occuperait, comme il se doit, une place privilégiée¹⁴.

Un demi-siècle après la contribution initiale de Jacques-Yvan Morin et quarante ans après ses interventions à l'Assemblée nationale, il est courant de voir la *Charte* être invoquée dans les débats publics où l'on conteste une loi ou un programme gouvernemental, ces litiges étant même parfois portés devant les tribunaux. À l'invocation de cette primauté de la *Charte* il est possible d'ajouter un second phénomène : au fil des ans, en effet, la *Charte* a fréquemment été modifiée par le législateur lui-même, ce qui pose alors la question de la stabilité du contenu d'un texte qui depuis 1975 se veut le symbole des valeurs de la société québécoise. C'est pourquoi il n'est pas superflu de revenir aujourd'hui sur la nature juridique de la *Charte québécoise* ainsi que sur son statut dans la hiérarchie des normes. Pour ce faire, nous proposons une lecture critique de la place qui a été réservée à la *Charte* dans l'ordre juridique du Québec. Faisant nôtre la vision de Morin, suivant laquelle il convient de réserver à ce texte une place se situant au sommet de la hiérarchie des normes, nous aborderons successivement les deux aspects sous lesquels on peut envisager cette question : d'abord, la *primauté* de la *Charte* sur les lois ordinaires (I); ensuite, l'*intégrité* de la *Charte*, expression d'une dimension tout aussi cruciale du fait constitutionnel (II).

¹¹ Morel « Charte », *supra* note 6 à la p 17.

¹² Morin « Charte », *supra* note 2 à la p 315 (art 29, al 2 de son projet de charte).

¹³ Voir plus loin les développements en I (A).

¹⁴ Jacques-Yvan Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987) 21 RJT 25 [Morin « Constitutionnalisation »]; Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, dir, *Demain le Québec... Choix politique et constitutionnel d'un pays en devenir*, Québec, Septentrion, 1994, 145 [Morin « Nouvelle »]; Jacques-Yvan Morin, « Propos liminaires » dans Alain-Robert Nadeau, dir, « La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives », (2006) numéro thématique hors-série R du B XIX à la p XXI [Nadeau]; Jacques-Yvan Morin, « Une constitution nouvelle pour le Québec : le pourquoi, le contenu et le comment » (2008) 2 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 5.

I. La primauté de la *Charte québécoise*

Pour aborder la primauté de la *Charte québécoise* sur le reste de la législation, il faut distinguer la proclamation explicite de cette primauté dans le texte de la *Charte* (A) de la portée qui a été donnée à cette primauté devant les tribunaux ainsi que dans la doctrine; en effet, on trouve là une illustration éclatante de l'ambiguïté du concept sur lequel repose jusqu'à maintenant la qualification de la nature juridique de la *Charte*, celui de la « quasi-constitutionnalité » (B).

A. Une constitutionnalisation progressive

Jacques-Yvan Morin a évoqué une constitutionnalisation progressive pour désigner le processus par lequel la *Charte québécoise* acquerrait graduellement la place qui est la sienne dans la structure des normes juridiques québécoises¹⁵.

Cependant, il faut se souvenir que le projet initial, déposé à l'Assemblée nationale en octobre 1974, ne comportait aucune disposition prévoyant la supériorité de la *Charte québécoise* par rapport au reste de la législation¹⁶. Tout au plus le premier alinéa de l'article 45 du projet de loi prévoyait qu'en cas de doute sur l'interprétation à donner à une disposition législative, celle-ci devrait s'interpréter conformément à la *Charte*. La *Déclaration canadienne des droits* énonce une règle similaire, selon laquelle une loi fédérale, à moins qu'elle ne déclare qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration*, doit s'interpréter et s'appliquer conformément à celle-ci¹⁷. Au milieu des années soixante-dix, la jurisprudence canadienne – en dépit du fait que ladite formulation énonce implicitement la primauté de la *Déclaration* – s'était déjà orientée vers une réaffirmation du respect de la souveraineté du Parlement, cela dût-il signifier la validité d'une loi manifestement contraire à la *Déclaration*, ainsi ravalée au rang de loi interprétative¹⁸. Le projet québécois ne s'éloignait pas de ce paradigme du respect de la souveraineté parlementaire, comme le confirmait d'ailleurs le deuxième alinéa de l'article 45 du projet de loi, selon lequel la *Charte* ne devait pas être interprétée de manière à modifier ou restreindre la portée de toute autre loi.

Le ministre de la Justice, monsieur Jérôme Choquette, expliqua pourquoi il ne convenait pas, selon lui, de consacrer la supériorité de la *Charte* sur le reste de la législation. Reconnaître à chacun des droits garantis par la *Charte* un caractère transcendant lui paraissait impossible, à moins de prévoir un si grand nombre d'exceptions qu'on eût alors sacrifié le niveau de généralité qui sied à une charte des droits. Choquette préférerait voir dans la *Charte* un texte inspirateur venant « soutenir

¹⁵ Morin « Constitutionnalisation », *supra* note 14 à la p 25.

¹⁶ Morel « Charte », *supra* note 6 à la p 10.

¹⁷ *Déclaration canadienne des droits*, LC 1960, c 44, reproduite dans LRC 1985, ann III, art 2 [*Déclaration*].

¹⁸ Voir par exemple *Curr c La Reine*, [1972] RCS 889, 26 DLR (3^e) 603; Bernard Grenier, *La Déclaration canadienne des droits : Une loi bien ordinaire?*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1979.

les autres lois [...] par une philosophie »¹⁹. Mais c'était surtout l'incertitude juridique qui eût découlé d'une supériorité de principe de la *Charte* que semblait redouter le ministre. Dans la plus pure tradition diceyenne, celui-ci se réclama de la souveraineté parlementaire pour rejeter une supériorité de principe; il valait mieux « continuer dans la tradition parlementaire et faire comme en Angleterre, où les lois viennent peu à peu consacrer les droits et les affirmer »²⁰. En dernière analyse, pour protéger les droits et libertés dans un pareil contexte, il était préférable de « mettre sa confiance dans les élus du peuple plutôt que dans un texte constitutionnel »²¹.

Prenant fermement ses distances par rapport à la pensée « quelque peu vieillotte » de Dicey, Jacques-Yvan Morin fit plutôt appel à Jennings et aux développements de la jurisprudence constitutionnelle du Commonwealth pour mettre en évidence le caractère « désuet et, disons-le, sclérosé » du raisonnement ministériel²². Morin se réclama à ce propos d'un arrêt de la Cour suprême de l'Union sud-africaine, un État de tradition parlementaire britannique, où la Cour avait annulé une loi destinée à mettre en œuvre un élément de la politique d'apartheid. Le législateur sud-africain prétendait pouvoir abroger une loi antérieure suivant laquelle toute modification au principe d'une représentation égale des citoyens exigeait un vote des deux tiers des membres des deux Chambres siégeant en séance commune. Selon la Cour, le Parlement, bien que toujours libre de légiférer sur le fond, était lié par cette règle de procédure établie par un parlement antérieur²³. Pour Morin, cela démontrait qu'il était possible, dans un système fondé sur la souveraineté parlementaire, d'assurer *à la fois* la « prépondérance » d'une charte des droits et son « caractère permanent »²⁴.

Lors de sa comparution en commission parlementaire, en janvier 1975, la Ligue des droits de l'homme proposa une solution de compromis qui permit de dénouer l'impasse. Elle consistait à établir une distinction entre les lois existantes et les lois futures, qui seules seraient assujetties à la primauté de la *Charte*²⁵. Jacques-Yvan Morin aurait préféré énoncer la primauté de la *Charte* même sur les lois existantes, avec un délai de grâce de quelques années qui eût laissé au législateur le temps de modifier la législation en conséquence. Toutefois, soucieux de ne pas bloquer l'adoption de la *Charte*, Morin finira par se ranger au compromis proposé par la Ligue²⁶. Telle qu'adoptée le 27 juin 1975, la *Charte* prévoyait donc la primauté de

¹⁹ Assemblée nationale 12 novembre 1974, *supra* note 7 à la p 2746.

²⁰ *Ibid* à la p 2748. Voir Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd, Londres (R-U), Macmillan, 1915.

²¹ Assemblée nationale 12 novembre 1974, *supra* note 7 à la p 2748.

²² *Ibid* à la p 2756. Voir William Ivor Jennings, *The Law of the Constitution*, 5^e éd, Londres (R-U), University of London Press, 1959.

²³ *Harris v Minister of the Interior*, [1952] 2 SA 428.

²⁴ Assemblée nationale 12 novembre 1974, *supra* note 7 à la p 2756. Morin avait défendu la même thèse dans Morin « Charte », *supra* note 2 à la p 304.

²⁵ Présentation du mémoire de la Ligue des droits de l'homme dans Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e sess, n^o 4 (21 janvier 1975) aux pp B-175 et B-178 [Commission permanente de la justice 21 janvier 1975].

²⁶ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e sess, n^o 153 (25 juin 1975) à la p B-4999 (Jacques-Yvan Morin).

certaines de ses dispositions, celles des articles 9 à 38, sur les lois *postérieures*²⁷. La primauté ainsi établie profitait au droit à l'égalité, aux droits politiques et aux droits judiciaires. Les lois antérieures continueraient d'y échapper, cependant que les libertés fondamentales et les droits économiques et sociaux, eux, n'en bénéficieraient pas. À l'égard des lois préexistantes, le législateur de 1975 suivit cependant la suggestion du Barreau de confier 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 modifier²⁸.

En 1981, dans le cadre d'un *aggiornamento* de la *Charte*, cinquante-deux mémoires furent présentés devant la Commission permanente de la justice de l'Assemblée nationale. La question de la primauté de la *Charte* revint sur le tapis, portée à nouveau par la Ligue. Morin, qui depuis 1976 exerçait des fonctions ministérielles, ne participa pas aux travaux de cette commission parlementaire mais ses propositions de 1975 finirent par trouver écho auprès des parlementaires. À l'issue des travaux, la primauté de la *Charte* fut en effet étendue, tout d'abord, 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 elles aussi de la primauté, sous réserve d'une disposition limitative qui fut alors insérée (le nouvel article 9.1)²⁹. La primauté de la *Charte* s'étendit par ailleurs aux lois antérieures à la *Charte*. À l'égard de ces dernières lois, elle fut assortie d'un délai de trois ans, destiné à permettre au gouvernement de revoir la législation existante et de proposer les modifications requises³⁰. Il s'agissait, en somme, de la formule de rattrapage mise de l'avant par Morin en 1975. Quant aux responsabilités de la Commission à l'égard de l'examen des lois, non seulement furent-elles maintenues mais elles furent étendues à l'ensemble de la législation, antérieure comme postérieure à la *Charte*³¹.

Du point de vue de sa supériorité par rapport au reste de la législation, la *Charte* s'avère aujourd'hui un texte sans pareil dans l'ordre juridique du Québec. Un nombre très limité d'autres textes législatifs québécois prévoient également leur propre primauté par rapport à la législation, mais leur primauté ne s'étend qu'à la législation postérieure³². Il est juste de dire que, comparativement, la *Charte*

²⁷ LQ 1975 c 6, art 52.

²⁸ *Ibid*, art 67(d).

²⁹ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1982 c 61, art 2, ajoutant l'article 9.1, et article 16, remplaçant l'article 52 par un nouveau texte énonçant implicitement la primauté de la *Charte* [*Loi modifiant la Charte*].

³⁰ Pour ces modifications, voir *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1986 c 95.

³¹ *Loi modifiant la Charte*, *supra* note 29, art 17. Voir aujourd'hui l'art 71, al 2, para 6 de la *Charte*, *supra* note 1. L'examen des lois et des projets de loi ainsi que de la réglementation représente toujours une part importante de l'activité de la Commission. En 2013-2014, la Commission a ainsi passé en revue pas moins de soixante et un projets de loi ou avant-projets de loi. Québec, Commission des droits et libertés de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2013-2014*, 2014, à la p 81, en ligne : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) <http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/RA_2013_2014.pdf>.

³² *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, LRQ c A-2.1, art 168; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, LRQ c P-39.1, art 94.

québécoise possède « une supériorité de principe, semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »³³.

Cela dit, et 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*. C'est en effet en se référant aux valeurs d'égalité et de dignité que les tribunaux ont été amenés à reconnaître le caractère « quasi constitutionnel » des lois antidiscrimination³⁴. À ce jour, l'interprétation de la *Charte québécoise* a grandement profité de cette « quasi-constitutionnalité ». Le besoin d'interpréter libéralement les lois antidiscrimination qu'induit nécessairement une telle notion a en effet permis l'émergence de notions jurisprudentielles qui furent porteuses pour le développement du droit à l'égalité : c'est le cas notamment de la discrimination par suite d'un effet

³³ Jean-Maurice Brisson, *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, Commission des droits de la personne et Soquij, 1986 à la p iv. Il s'agit bien là d'une supériorité de principe seulement, car ce même article 52 de la *Charte* ménage par ailleurs au législateur la faculté de déroger à l'ensemble des articles 1 à 38 de la *Charte* sans avoir à se justifier autrement que sur le plan politique : il lui suffira d'énoncer expressément dans une disposition législative que celle-ci s'applique malgré la *Charte*. La faculté de déroger aux dispositions de la *Charte* s'inscrit dans la tradition constitutionnelle britannique (Morin « Constitutionnalisation », *supra* note 14 à la p 56; *Charte*, *supra* note 1). La *Charte canadienne*, *supra* note 10, prévoit elle aussi 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 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 (arts 3 à 5), les libertés de circulation et d'établissement (art 6), les dispositions relatives aux langues officielles du Canada (arts 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* reste une anomalie qui, non seulement paraît trancher avec les dispositions de la *Charte canadienne* mais surtout entrer en contradiction avec les engagements internationaux du Québec. En effet, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 n° 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*, *Pacte*], qui fut ratifié avec l'accord du Québec en 1976, 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 » (art 4(1)). 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, para 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 (personnalité juridique) ou encore à l'article 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). Comme on l'a fait remarquer, l'absence dans la *Charte canadienne* de droits intangibles correspondant à ceux du *Pacte* est en contradiction avec le droit international (voir 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 » (2003) R du B (numéro spécial) 107 aux pp 148 et 149).

³⁴ Par « lois antidiscrimination », nous désignons ici les textes législatifs qu'on trouve 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 cependant trompeuses dans la mesure où, contrairement à la *Charte québécoise*, *supra* note 1, la plupart de ces textes législatifs ne couvrent pas le domaine des droits et libertés de la personne dans son entier, se limitant plutôt à interdire certaines pratiques discriminatoires.

préjudiciable³⁵ ou de la discrimination systémique³⁶, une notion qui constitue le fondement des programmes d'accès à l'égalité prévus par la *Charte* au bénéfice des personnes appartenant à des groupes victimes de discrimination³⁷. L'idée de quasi-constitutionnalité a également permis d'enrichir l'interprétation donnée aux motifs de discrimination, lesquels ont fini par recevoir une interprétation large et libérale, adaptée à la nature « quasi constitutionnelle » des lois antidiscrimination³⁸.

Sur le plan matériel, 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 (aspect sur lequel nous reviendrons plus loin), elle en possède à tout le moins certains, à commencer par la supériorité de principe dont il a été fait état. Par ailleurs, toujours sur le plan matériel, la *Charte québécoise* partage avec des textes analogues – mais moins ambitieux – 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*.

B. Une quasi-constitutionnalité ambiguë³⁹

La notion de « quasi-constitution » n'est pas totalement inusitée hors du contexte canadien⁴⁰. Mais 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. C'est en examinant les rapports de la *Charte québécoise* avec d'autres ordres normatifs que l'on prend très concrètement conscience de l'ambiguïté persistante du statut de la *Charte* dans la structure du droit québécois. Malheureusement, cette ambiguïté est loin d'être dissipée par l'approche uniformisante qui a été retenue jusqu'à maintenant par la Cour suprême du Canada pour l'interprétation des lois antidiscrimination, approche qui met sur le même pied la

³⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, 23 DLR (4^e) 321 [O'Malley].

³⁶ *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114, 27 Admin LR 172.

³⁷ *Charte québécoise*, supra note 1, arts 86-92.

³⁸ Par exemple, voir : *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219, 59 DLR (4^e) 321 (le motif sexe inclut l'état de grossesse) ou *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665 (le handicap peut être réel, perçu ou même virtuel).

³⁹ Cette section reproduit, avec de nombreux réaménagements et ajouts, des extraits de : Michel Coutu et Pierre Bosset, « Étude n° 6: La dynamique juridique de la Charte », dans Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans : La Charte québécoise des droits et libertés : Études*, vol 2, 2003, aux pp 264 à 284, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/bilan_charte_etude_6.pdf>.

⁴⁰ Voir en droit américain : William N Eskridge et John Ferejohn, « Super-Statutes » (2001) 50 Duke LJ 1215 aux pp 1264 et s.

Charte québécoise et des textes moins ambitieux qu'elle. En dépit de la primauté de principe dont jouissent la plupart de ses dispositions sur l'ensemble de la législation, il arrive en effet que les rapports entre la *Charte québécoise* et d'autres ordres normatifs soient envisagés en termes de complémentarité davantage qu'en termes de subordination.

C'est probablement dans son rapport au *Code civil du Québec* que semble se poser de la façon la plus aiguë la question des rapports entre la *Charte* et d'autres ordres normatifs. Rappelons que la *Charte* prévoit elle-même, depuis 1982, sa prépondérance sur la législation aussi bien antérieure que postérieure, cela suivant l'article 52, sauf dans la mesure où une disposition législative prévoit qu'elle s'applique malgré la *Charte*. 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 il semble que les choses ne soient pas aussi limpides. En effet, 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 ces deux ensembles normatifs⁴¹.

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 lorsqu'il s'agit de l'interprétation du *Code civil*, ne sont pas des plus explicites. On se contente d'y souligner, de façon assez sibylline sinon circulaire, 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* »⁴². Quelques lignes plus loin, le commentaire tente avec plus ou moins de succès de se faire plus précis: « 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 »⁴³.

En 1991, dans ses *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)*, la Commission des droits de la personne, pressentant les problèmes d'interprétation auxquels la disposition préliminaire risquait de donner lieu, avait

⁴¹ La complexité du problème fut d'abord relevée par Adrian 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 québécoise » (1995) 29 RJT 547 à la p 554, n23. Voir 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 (Qc), Yvon Blais, 2000 à la 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 ».

⁴² Ministère de la Justice, *Commentaires du Ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 1.

⁴³ *Ibid.*

longuement 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. Rappelant que la *Charte québécoise* jouit d'une supériorité de principe sur la législation, la Commission expliquait ainsi sa compréhension de « l'harmonie » entre la *Charte* et le *Code civil* :

Si le Code et la Charte sont tous deux des textes fondamentaux, ils le sont cependant à des titres différents. Le caractère fondamental du Code civil découle de ce qu'il établit le droit commun, c'est-à-dire le droit applicable à une situation donnée en l'absence de disposition législative particulière. Celui de la Charte tient plutôt à la place unique qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes juridiques. Sous ce rapport, les deux textes ont donc des vocations différentes, et c'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la notion d'« harmonie » à laquelle il est fait allusion dans la disposition préliminaire⁴⁴.

Près d'un quart de siècle après ces commentaires interprétatifs, force est de constater qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine demeure loin de décrire, en des termes aussi nets que le voulait la Commission, les rapports entre le *Code* et la *Charte*. Certes, en 2010 une Cour suprême unanime a fini par reconnaître que, vu son caractère quasi constitutionnel, la *Charte* avait « préséance, dans l'ordre normatif, sur les règles de droit commun »⁴⁵. N'empêche, faire un bilan de la jurisprudence sur les rapports entre la *Charte* et le *Code civil*, dans l'ensemble des domaines régis par ce dernier, n'est pas chose aisée⁴⁶. À côté d'un domaine régi en détails par le *Code civil* comme celui des droits de la personnalité, où « le caractère complémentaire de la *Charte québécoise* et du *Code civil* s'articule assez bien »⁴⁷, on note d'autres domaines, tel celui de la renonciation aux droits, où ce rapport reste marqué par l'incohérence sinon par la contradiction⁴⁸. Parfois, la jurisprudence semble plutôt rechercher une simple « harmonisation » des principes du *Code* et de la *Charte*, ce qui occulte alors la question des rapports entre les deux documents au regard de la hiérarchie des normes. Sans aller jusqu'à inverser les choses au point d'affirmer, par exemple, que « la *Charte québécoise* s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec* »,⁴⁹ on a ainsi écrit que le droit civil était « 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 droit »⁵⁰ ou encore, que « le *Code civil du Québec* est donc, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, une loi fondamentale. Il

⁴⁴ Québec, Commission des droits de la personne, *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)* (1991) à la p 5 [rédaction : Pierre Bosset].

⁴⁵ *De Montigny c Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 RCS 64 à la p 87 [*De Montigny*].

⁴⁶ France Allard, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux dans une relation d'"harmonie ambiguë" », dans Nadeau, *supra* note 14 à la p 73.

⁴⁷ *Ibid* à la p 76, citant les arrêts *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, 138 DLR (4^e) 577; *Aubry c Editions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 RCS 591, 157 DLR (4^e) 577.

⁴⁸ On comparera par exemple les arrêts *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 RCS 551 [*Northcrest*] et *Frenette c Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 RCS 647, 89 DLR (4^e) 653.

⁴⁹ *Northcrest*, *supra* note 48 à la p 619, juge Bastarache, dissident.

⁵⁰ *St-Alban (Municipalité) c Récupération Portneuf*, [1999] RJQ 2268 (CA) à la p 2270.

constitue le droit commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public »⁵¹. La doctrine elle-même a vu fréquemment entre la *Charte* et le *Code* un rapport de réciprocité interprétative; parfois même, il lui est arrivé de voir « 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 »⁵².

Il importe de souligner que l'ambiguïté des rapports entre les deux ensembles normatifs qui semble découler de la disposition préliminaire du *Code civil*, ou du moins de sa réception par une partie de la jurisprudence et de la doctrine, a pu avoir des effets ne reflétant pas toujours adéquatement la primauté de la *Charte* sur le droit civil. On évoquera ici l'assujettissement des mesures de redressement prévues en cas d'atteinte aux droits et libertés de la personne au régime général civiliste de la responsabilité. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, la Cour suprême du Canada a jugé à ce propos que « la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile », ce qui l'a conduite à nier à une victime de harcèlement sexuel la possibilité de demander, en sus de l'indemnisation prévue par le régime public d'indemnisation (sans égard à la faute) des accidents du travail, une indemnisation fondée spécifiquement sur la *Charte*⁵³. Quelques années plus tard, la Cour a restreint la portée de sa décision, en précisant qu'elle n'avait pas voulu nier la spécificité du recours en dommages *punitifs* prévus par le deuxième alinéa de l'article 49 lorsqu'aucun régime public d'indemnisation n'est disponible⁵⁴: précision qui était certes la bienvenue, mais qui confirmait la marginalisation des voies de recours prévues par la *Charte* en présence d'un régime public d'indemnisation⁵⁵.

L'« harmonisation » des rapports entre la *Charte* et le *Code civil* requiert sans contredit un effort de reconceptualisation du travail d'interprétation des lois. En effet, l'établissement de rapports plus synergiques entre la *Charte* et le *Code* ne pourrait qu'aller dans le sens d'une protection optimale des droits de la personne⁵⁶. Cependant, pour comprendre la négation du statut privilégié qui est celui de la *Charte*

⁵¹ *Verdun (Municipalité de) c Doré*, [1995] RJQ 1321 (CA) à la p 1328, confirmé par la Cour suprême : [1997] 2 RCS 862, 150 DLR (4th) 385.

⁵² Alain-François Bisson, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44 RD McGill 539 à la p 556, n 70. À cet effet, Bisson se réfère à Jean-Louis Baudoin, « Conférence de clôture » dans *Le nouveau Code civil du Québec, Interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993 à la p 323 et Denis Lemieux, « L'impact du Code civil en droit administratif » (1994) 15 Admin LR (2^e) 275 à la p 296.

⁵³ *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics*, [1996] 2 RCS 345 à la p 405, 136 DLR (4^e) 129 [*Béliveau St-Jacques*]. Dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 RCS 789 [*Montréal*], la Cour ajoute qu'une faute est requise lorsque l'atteinte illicite semble être le fait du législateur.

⁵⁴ *De Montigny*, *supra* note 45 aux pp 86-87.

⁵⁵ Ghislain Otis, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la *Charte québécoise* » (1991) 51 R du B 561; Maurice Drapeau, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne » (1994) 28 RJT 35.

⁵⁶ Pour une réflexion très constructive en ce sens : Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll Minerve, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 [Samson].

dans l'ordre juridique du Québec, il est difficile de ne pas évoquer l'ambiguïté du statut « quasi constitutionnel » qui lui est réservé.

L'arrêt *Heerspink* qualifia d'abord les lois antidiscrimination de « lois fondamentales »⁵⁷. La Cour suprême parla ensuite de lois « de nature spéciale »⁵⁸, de lois « d'une nature qui sort de l'ordinaire »⁵⁹, de lois de « nature exceptionnelle »⁶⁰. En 1985, le juge Beetz écrivit 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 libertés⁶¹ » [nos italiques]. Par la suite, la Cour a opté définitivement pour l'expression « quasi constitutionnelle »⁶², une expression qu'elle n'hésite plus à appliquer aujourd'hui à d'autres types de lois⁶³.

Pour mieux saisir le statut de la *Charte québécoise*, il peut être utile de prendre pour point de départ la distinction classique entre la constitution *formelle* et la constitution *matérielle*. Une norme matériellement constitutionnelle, par exemple, relative au droit électoral ou parlementaire, 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 fondamentales et donc échapper au domaine d'application de la constitution entendue au sens matériel. Le concept de constitution matérielle demeure 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, la *Charte des droits et libertés de la personne*, comme le fit remarquer Morin (car elle bénéficie de la primauté sur la loi ordinaire)⁶⁴.

Si l'ensemble des lois touchant au domaine des droits et libertés de la personne se voient reconnaître un statut 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 comme 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. De fait, comme nous l'avons vu, ce ne sont pas des caractéristiques formelles qui ont amené la Cour à attribuer, indistinctement et au

⁵⁷ *Insurance Corporation of British Columbia c Heerspink*, [1982] 2 RCS 145 à la p 158, 137 DLR (3^e) 219, juge Lamer, dissident [*Heerspink*].

⁵⁸ *Winnipeg School Division No 1 c Craton*, [1985] 2 RCS 150 à la p 156, 21 DLR (4^e) 1 [*Winnipeg*].

⁵⁹ *O'Malley*, *supra* note 35 à la p 547.

⁶⁰ *Law Society of Upper Canada c Skapinker*, [1984] 1 RCS 357 à la p 365, 9 DLR (4^e) 161.

⁶¹ *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177 à la p 224, 17 DLR (4^e) 422.

⁶² Par exemple, dans *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 53 à la p 371 ou dans *Montréal*, *supra* note 53 à la p 799.

⁶³ Pour un exemple récent : *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67. [2014] 3 RCS 340 à propos de la *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e supp).

⁶⁴ Morin « Nouvelle », *supra* note 14 aux pp 148 et s.

risque de nier la spécificité de la *Charte québécoise*⁶⁵, 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 la Cour 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 législateur⁶⁶. Dans le « quasi constitutionnel », c'est donc foncièrement la notion de constitution comme valeur qui est présupposée⁶⁷.

Si l'on accepte cette prémisse, il faut bien constater que les valeurs consacrées par les deux chartes (québécoise et canadienne) ne sont pas tout à fait identiques. En consacrant un certain nombre de libertés traditionnelles propres aux démocraties libérales (libertés de conscience, de pensée, de religion, de réunion pacifique, etc.; garanties judiciaires; libertés d'établissement), la *Charte canadienne* s'inscrit dans le cadre du libéralisme classique⁶⁸. En revanche, elle ignore complètement les droits économiques et sociaux, méconnaissant ainsi l'une des caractéristiques essentielles des démocraties occidentales depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, soit le rattachement à « l'État-Providence ». La proclamation de ces droits dans la *Charte québécoise*, même relativement timide lorsque comparée aux textes juridiques internationaux ou aux normes constitutionnelles de pays se rattachant à des traditions juridiques fort diverses⁶⁹, montre que la *Charte québécoise* porte une dynamique fort différente – plus ambitieuse, car axée également sur la valeur de *solidarité* – de celle de la *Charte canadienne*.

Il paraît donc réducteur d'assimiler la *Charte québécoise* aux lois antidiscrimination du Canada anglais, comme l'a fait la Cour suprême jusqu'à maintenant. L'ampleur même de la *Charte québécoise* suffit à écarter toute comparaison avec les lois antidiscrimination. Quant aux caractéristiques formelles dont elle bénéficie – c'est-à-dire la primauté explicite des articles 1 à 38 sur la législation ordinaire – elles indiquent bien la place prépondérante que la *Charte* 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*⁷⁰ ou en droit ontarien le *Code des droits de la personne*⁷¹ – et ce, sans nier

⁶⁵ Voir sur ce point : Daniel Proulx, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford », (1990) 24 RJT 375 et André Morel, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans *Développements récents en droit administratif* (1993), Formation permanente du Barreau, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 à la p 65.

⁶⁶ *Winnipeg*, *supra* note 58; *Heerspink*, *supra* note 57.

⁶⁷ Samson, *supra* note 56 aux pp 64-65.

⁶⁸ 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*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988 aux pp 1-18.

⁶⁹ Malcolm Langford, dir, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁷⁰ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6.

⁷¹ *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H-19.

l'importance et la signification propres de ces deux derniers instruments. En tenant compte de la place privilégiée que la *Charte québécoise* occupe dans l'ordre juridique, il semble de moins en moins défendable de nier à celle-ci, au prix d'une occultation de son caractère spécifique, le statut d'une véritable loi fondamentale, de caractère constitutionnel.

II. L'intégrité de la *Charte québécoise*

Tout autant que la question de la primauté sur la législation, celle de l'intégrité de la *Charte*, face à des modifications intempestives, préoccupait grandement Jacques-Yvan Morin lorsqu'il écrivait son texte précurseur en 1963. Des passages substantiels sont consacrés dans ce texte, en effet, à la nécessité de protéger la future charte québécoise contre les « impulsions arbitraires de certains gouvernants »⁷², manière pour l'auteur d'exprimer son souci de préserver l'intégrité du contenu matériel de la *Charte* face à de possibles reculs ou dénaturations. Ce souci d'intégrité s'inscrit dans la perspective du constitutionnalisme. Car un texte de caractère constitutionnel n'est pas un texte ordinaire. Du fait de sa nature spéciale, un tel texte, généralement « enchâssé » dans la constitution (*entrenched*), ne peut normalement être modifié qu'au moyen d'une procédure particulière, « plus solennelle, plus exigeante, qui corresponde à la qualité de l'acte à modifier »⁷³.

La pratique qui a été suivie pour modifier le texte de la *Charte* repose jusqu'à maintenant sur le consensus des partis représentés à l'Assemblée nationale et celui de la société civile (A). Mais en dépit de cette pratique consensuelle, qui a pu laisser croire que la *Charte*, tout en étant susceptible d'améliorations, était à l'abri de toute menace à son intégrité, il faut aujourd'hui prendre la mesure de la vulnérabilité intrinsèque de la *Charte* et recommencer à s'interroger sur les façons de protéger celle-ci contre les possibles fluctuations et vicissitudes du jeu politique (B).

A. Une pratique consensuelle

Aucune disposition de la *Charte* n'encadre l'éventuelle modification de celle-ci : s'applique donc la règle du droit parlementaire suivant laquelle une question à l'Assemblée nationale, incluant un vote sur une loi destinée à modifier ou abroger une loi existante, est décidée à la simple majorité des voix, à moins d'une disposition explicite à l'effet contraire⁷⁴. Modifiable ou abrogeable de la même manière que toute

⁷² Morin « Charte », *supra* note 2 à la p 303.

⁷³ Dominique Rousseau, « La révision de la Constitution sous la V^e République » (2008), en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-20.25811.html>>.

⁷⁴ Québec, Assemblée nationale, *La procédure parlementaire du Québec*, 3^e éd, 2012 à la p 392 [*Procédure*]. Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n^o 5, arts 49 et 87.

autre loi : tout se passe donc comme si la *Charte* était une « loi ordinaire ». Fait à noter, aucun gouvernement depuis 1975 n'a entrepris de modifier cet état de choses en proposant, par exemple, que la *Charte* ne puisse être modifiée qu'au moyen d'une majorité renforcée. Il est vrai qu'en revanche les oppositions officielles de 1974-1975 et de 1981 se préoccupèrent du maintien de l'intégrité de la *Charte* face à des modifications mal avisées. Chef de l'opposition péquiste, Jacques-Yvan Morin soulèvera cette question dès la première lecture du projet de loi, en 1974, lorsqu'il soulignera « la nécessité d'une loi fondamentale [...] qui ne pourrait être modifiée que par une majorité spéciale ou qualifiée de cette Assemblée »⁷⁵, en l'occurrence une majorité renforcée des deux tiers. À son tour, l'opposition libérale de 1981 soulèvera cette question, allant jusqu'à proposer une majorité renforcée des trois quarts⁷⁶. Du côté des intervenants, le Barreau du Québec et la Ligue des droits reprisent la même critique⁷⁷, suivis de la Commission⁷⁸.

Vu la facilité relative avec laquelle il est possible de la modifier, il n'est pas surprenant, sans doute, de voir que la *Charte québécoise* a été modifiée vingt-sept fois par le législateur⁷⁹. Il s'agit d'un chiffre brut toutefois, qu'il faut décomposer pour apprécier quantitativement la fréquence réelle des modifications apportées. En effet, toutes les modifications à la *Charte* ne sont pas d'égale conséquence, puisque la *Charte* comporte non seulement des dispositions matérielles consacrant des droits et libertés mais également des dispositions de caractère institutionnel, procédural ou de nature plus accessoire (confidentialité, pouvoir réglementaire, etc.). Le tableau qui suit classe, selon la structure de la *Charte*, divisée en sept parties, l'ensemble des modifications qui lui ont été apportées depuis 1975, ce qui donne une idée plus juste de la fréquence relative des modifications intervenues au fil des ans. Comme une intervention du législateur peut modifier des dispositions figurant dans plus d'une partie de la *Charte*, le nombre de modifications identifiées dans ce tableau est évidemment supérieur au nombre de lois modificatrices (vingt-sept). Le tableau permet de constater que chacune des sept parties de la *Charte* a fait l'objet de modifications durant cette période. Cependant, c'est le cœur de la *Charte*, soit la Partie I, consacrée aux droits et libertés, qui a été modifié le plus fréquemment, soit dix-sept fois.

⁷⁵ Assemblée nationale 12 novembre 1974, supra note 7 à la p 2750.

⁷⁶ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 32^e lég, Intersession II, n^o 1 (6 octobre 1981) à la p B-1287 (M Herbert Marx).

⁷⁷ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e sess, n^o 6 (22 janvier 1975) à la p B-304; Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 32^e lég, Intersession II, n^o 5 (13 octobre 1981) à la p B-1614 (Barreau du Québec); Commission permanente de la justice 21 janvier 1975, supra note 25 aux pp B-178 à B-180 (Ligue des droits de l'homme).

⁷⁸ Commission des droits de la personne, *Commentaires sur le projet de loi 86* (Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne), novembre 1982 à la p 33.

⁷⁹ Par ordre chronologique: LQ 1977, c 6; LQ 1978, c 7; LQ 1979, c 63; LQ 1980, c 39; LQ 1982, c 17; LQ 1982, c 61; LQ 1989, c 51; LQ 1990, c 4; LQ 1992, c 61; LQ 1993, c 30; LQ 1994, c 40; LQ 1995, c 27; LQ 1996, c 2; LQ 1996, c 10; LQ 1996, c 21; LQ 1996, c 43; LQ 1999, c 40; LQ 2000, c 8; LQ 2000, c 45; LQ 2002, c 6; LQ 2002, c 34; LQ 2004, c 31; LQ 2005, c 20; LQ 2005, c 24; LQ 2005, c 34; LQ 2006, c 3; LQ 2008, c 15.

Modifications apportées aux diverses parties de la Charte, 1975 à aujourd'hui

| Partie | Modifiée |
|---|----------|
| Préambule | 1 fois |
| Partie I | |
| Droits et libertés de la personne | 17 fois |
| Partie II | |
| Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse | 10 fois |
| Partie III | |
| Programmes d'accès à l'égalité | 2 fois |
| Partie IV | |
| Confidentialité | 2 fois |
| Partie V | |
| Réglementation | 2 fois |
| Partie VI | |
| Tribunal des droits de la personne | 3 fois |
| Partie VII | |
| Dispositions finales | 7 fois |

Il reste qu'un tableau aussi sommaire n'indique pas la nature des modifications qui furent apportées à la *Charte* depuis 1975, ni l'attitude des parlementaires à l'égard de ces modifications. En excluant les modifications de nature technique ou de caractère accessoire, il est possible de dresser un tableau chronologique des principales modifications de fond qui ont été apportées à la Partie I

de la *Charte*, avec le résultat du vote tenu à l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi modificatrice.

Modifications de fond apportées à la Partie I de la Charte, 1975 à aujourd'hui

| Nature de la modification (année) | Adoption |
|---|--|
| <p>Ajout de droits ou libertés</p> <p>Droit à des conditions de travail respectant la santé, la sécurité et l'intégrité physique (art. 46, 1979)</p> <p>Droits judiciaires (art. 24.1, 28.1, 29, 30, 32.1, 33.1, 36, 37.1, 37.2, 1982)</p> <p>Droit à un environnement sain, respectueux de la biodiversité (art. 46.1, 2006)</p> | <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> |
| <p>Ajout de motifs de discrimination (art. 10)</p> <p>Orientation sexuelle (1977)</p> <p>Handicap (1978, 1982)</p> <p>Grossesse (1982)</p> <p>Âge sauf dans la mesure prévue par la loi (1982)</p> | <p>Majorité</p> <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> |
| <p>Ajout de comportements discriminatoires</p> <p>Harcèlement (art. 10.1, 1982)</p> <p>Requérir des renseignements sur un motif de discrimination (art. 18.1, 1982)</p> <p>Pénaliser une personne en raison de ses antécédents judiciaires (art. 18.2, 1982)</p> | <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> <p>Unanime</p> |
| <p>Reformulation d'un droit existant</p> | |

| | |
|---|----------|
| Droit des parents sur l'éducation religieuse et morale de leurs enfants (art. 41, 2005) | Majorité |
| Extension de la protection | |
| Restriction des exceptions au droit à l'égalité (art. 20 et 20.1, 1982, 1996) | Unanime |
| Extension de la primauté de la <i>Charte</i> (art. 52, 1982) | Unanime |
| Dispositions spéciales et interprétatives | |
| Droits et libertés garantis également aux femmes et aux hommes (art. 50.1, 2008) | Unanime |

Le tableau met en évidence la cohérence des modifications qui ont été apportées à la *Charte* sur le plan matériel. Chaque modification apportée à la Partie I depuis 1975 améliore les garanties offertes par la *Charte* (ou, dans le cas de l'article 50.1, les réaffirme), qu'il se soit agi d'énoncer un droit nouveau, d'ajouter un nouveau motif de discrimination, d'interdire un nouveau comportement discriminatoire ou bien d'étendre le régime de protection. Le tableau n'est pas différent si on élargit la perspective et l'on tient compte des modifications apportées à d'autres parties. Ainsi, l'introduction des programmes d'accès à l'égalité, en 1982 (Partie III) et la création du Tribunal des droits de la personne, en 1989 (Partie VI), avaient pour objectif, respectivement, de créer un « nouvel outil de lutte contre la discrimination »⁸⁰ et d'« ouvrir le plus possible l'accès à la justice aux citoyens »⁸¹ en cette matière. Seul cas particulier, la reformulation de l'article 41, intervenue en 2005 pour que le droit des parents sur l'éducation religieuse de leurs enfants s'exerce dorénavant à l'extérieur de l'école publique, laisse croire à la restriction d'un droit jusque-là garanti. Cependant, cette reformulation était mûrement réfléchie : elle donnait suite en effet à un processus évolutif, dont les principaux jalons furent les travaux d'un groupe

⁸⁰ Pierre Bosset et Madeleine Caron, « Un nouvel outil de lutte contre la discrimination : les programmes d'accès à l'égalité » (1987) 21 RJT 71.

⁸¹ Michèle Rivet, « Quelques notes introductives » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : L'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 7 à la p 17. L'auteur présida le Tribunal des droits de la personne de 1990 à 2010.

de travail dûment mandaté⁸², l'avis des instances publiques concernées⁸³ et les audiences très fréquentées d'une commission parlementaire⁸⁴ d'où avait fini par ressortir l'incompatibilité de l'enseignement public des seules religions catholique et protestante avec l'égalité proclamée par la *Charte*, ainsi qu'avec les libertés fondamentales qu'elle garantit. (La nouvelle formulation, ajoutons-le, s'accorde à celle du droit international⁸⁵.)

L'autre élément ressortant du tableau est l'aspect très largement consensuel des modifications qui ont été apportées à la *Charte* par l'Assemblée nationale depuis 1975. Seulement deux des vingt-sept lois portant modification à la *Charte*, en effet, ont donné lieu à un vote sur division : l'ajout, en 1977, du motif de discrimination « orientation sexuelle »⁸⁶ et la reformulation, en 2005, de l'article 41⁸⁷, que nous venons d'évoquer. Chaque fois, le nombre de dissidences se limita à un ou deux députés. Toutes les autres modifications furent adoptées après un vote nominal unanime ou encore « à main levée », une expression qui désigne l'accord exprimé par les leaders parlementaires des partis sans que les noms des députés pour ou contre une motion soient consignés au procès-verbal⁸⁸. Le consensus des parlementaires reflète fondamentalement un consensus plus large, puisqu'une analyse sociologique du processus qui mena à ces diverses modifications montrerait qu'aucune modification de substance n'a été apportée à la *Charte* qui ne donnât suite à une problématique documentée et à des demandes clairement formulées par la société civile. En témoignent, par exemple, les très larges mobilisations auxquelles on put assister lors des consultations parlementaires qui menèrent aux modifications substantielles de 1982⁸⁹, de 1989⁹⁰ ou de 2005.

⁸² Québec, Groupe de travail sur la place de la religion à l'école, *Laïcité et religions : Perspectives nouvelles pour l'école québécoise*, 1999 à la p 231.

⁸³ Québec, Comité sur les affaires religieuses, *Éduquer à la religion à l'école : Enjeux actuels et pistes d'avenir*, 2004; Québec, Conseil supérieur de l'éducation, *Pour un aménagement respectueux des libertés et des droits fondamentaux : une école pleinement ouverte à tous les élèves du Québec*, 2005.

⁸⁴ Tenues à l'automne 2009, les audiences de la Commission de l'éducation de l'Assemblée nationale durèrent 13 jours, pendant lesquels 254 mémoires furent reçus (Stéphanie Tremblay, *École et religions : Genèse du nouveau pari québécois*, Montréal, Fides, 2010 à la p 233, n 4).

⁸⁵ Voir *PIDCP*, *supra* note 33, art 18(4).

⁸⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31^e lég, 2^e sess, vol 19, n^o 133 (15 décembre 1977) (deux dissidences).

⁸⁷ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 37^e lég, 1^{re} sess, vol 38, n^o 169 (15 juin 2005) à la p 9410 (une voix dissidente).

⁸⁸ *Procédure*, *supra* note 74 à la p 387. Voir l'art 220 du *Règlement et autres règles de procédure* (Québec, Assemblée Nationale, *Règlement et autres règles de procédure*, éd provisoire, 41^e lég, Québec, juin 2014).

⁸⁹ Pendant six jours, cinquante-deux mémoires furent présentés devant la Commission permanente de la justice. Morel « Charte », *supra* note 6 aux pp 14-16.

⁹⁰ Treize intervenants majeurs furent entendus pendant trois jours d'audiences. Québec, Commission des institutions, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Rapport final*, 14 juin 1988 à la p 4.

B. Une vulnérabilité intrinsèque

Ce qui précède pourrait laisser croire à une inéluctable progression de la *Charte* – dont le texte serait ainsi sans cesse bonifié, dans une sorte de spirale ascendante – mais aussi au caractère consensuel du processus. (Les modifications à la *Charte* feraient obligatoirement consensus au parlement et dans la société civile.) Or, si l'histoire sociale et politique de la *Charte* depuis 1975 semble accréditer cette vision des choses, elle ne change en rien la réalité juridique, qui veut que la *Charte* puisse être modifiée – pour le mieux, mais aussi pour le pire – par le vote d'une majorité simple de députés.

Après avoir longtemps été du domaine des spéculations théoriques, cette vulnérabilité intrinsèque de la *Charte* est clairement ressortie d'un projet de loi qui proposait une modification majeure à l'un des articles les plus importants de la *Charte* : l'article 9.1. Cet article joue le rôle d'une disposition limitative semblable à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* dont il reprend d'ailleurs les critères d'appréciation, selon la Cour suprême⁹¹. Nous l'avons signalé plus haut, il fut inséré dans la *Charte* lorsque les libertés et droits fondamentaux consacrés aux articles 1 à 9 acquièrent leur primauté par rapport au reste de la législation⁹². Selon l'article 9.1, ces droits et libertés doivent s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec et la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Ledit projet de loi⁹³, que nous nous abstenons de commenter sur le fond ici, proposait d'ajouter à l'article 9.1 une nouvelle phrase selon laquelle, outre les trois éléments déjà énumérés, les libertés et droits fondamentaux devaient s'exercer dans le respect de cinq éléments supplémentaires, à savoir : l'égalité entre les femmes et les hommes, la primauté du français, la séparation des religions et de l'État, la neutralité religieuse et le caractère laïque de celui-ci; le projet de loi prévoyait également qu'il devait être tenu compte des éléments emblématiques ou toponymiques du patrimoine culturel du Québec⁹⁴. En somme, l'enjeu était l'équilibre qui existe dans la *Charte* entre l'énoncé des droits garantis et la possibilité de les limiter. Pour la première fois, la *Charte* se trouvait modifiée dans le sens d'une *restriction* potentielle de la protection des droits qu'elle énonce. Pour la première fois aussi, elle était modifiée en l'absence d'un consensus, au parlement comme dans la société civile, sur l'opportunité même de la modifier.

Mort au feuilleton de l'Assemblée nationale, ce projet de loi ne fut pas adopté. L'épisode a néanmoins confirmé les intuitions initiales de Jacques-Yvan Morin, pour qui un mécanisme de modification spécial s'impose si on souhaite protéger la *Charte* contre d'éventuels reculs. Évoquer cela, est-ce jouer les

⁹¹ *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712, 54 DLR (4^e) 577 (importance de l'objectif; lien rationnel avec l'objectif; proportionnalité des fins et des moyens).

⁹² Voir plus haut sous I(A).

⁹³ PL 60, *Loi affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2013.

⁹⁴ *Ibid*, art 41.

Cassandra? Au moment de publier un bilan critique et prospectif des vingt-cinq premières années de la *Charte*, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a décrit assez lucidement les défis auxquels celle-ci se trouve confrontée aujourd'hui:

Qu'il s'agisse de l'écart croissant entre les riches et les pauvres, du poids grandissant des logiques économiques et technologiques, du déclin apparent du politique et des institutions démocratiques, du recul de l'État social, de la complexification des rapports interculturels, des mutations du travail et de la famille, ou encore des nouvelles préoccupations suscitées par le terrorisme le Québec du 21^e siècle diffère de celui de 1975⁹⁵.

Autant de défis qui remettent à l'ordre du jour la préoccupation de Morin pour une protection des garanties substantielles offertes par la *Charte*.

On sait qu'en droit constitutionnel, diverses techniques peuvent être utilisées pour protéger un texte fondamental. Des exigences procédurales particulières peuvent régir, notamment, l'initiative d'une révision, la représentation des acteurs sociaux dans le processus de révision ou encore la durée maximale de celui-ci, l'adoption de la norme révisée par le Parlement, la ratification, par exemple, par voie de référendum ou de plébiscite, de cette nouvelle norme, etc. Le succès d'une formule de modification dépend de divers facteurs contextuels, de sorte qu'aucune de ces formules n'est en soi supérieure aux autres⁹⁶. Néanmoins, la *Charte* indique peut-être déjà elle-même, modestement, l'une des voies les plus réalistes à suivre. En effet, le législateur a déjà prévu que la nomination des membres de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse devait être approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale, après proposition du premier ministre⁹⁷. Comme l'a soutenu Jacques-Yvan Morin, qui s'appuyait sur la jurisprudence des pays du Commonwealth, l'exigence d'une majorité qualifiée peut très bien être transposée au processus de modification de la *Charte*⁹⁸. En effet, si une telle formule encadre la manière dont peut s'exercer le pouvoir législatif, elle laisse intacte la souveraineté du parlement : dans un parlement de type anglo-saxon, l'essentiel est que celui-ci puisse continuer de légiférer en toutes matières, ce qui est bien le cas⁹⁹.

À plusieurs reprises depuis 1975, la *Charte québécoise* a fait l'objet de modifications qui se sont traduites, comme nous l'avons vu, par un élargissement des

⁹⁵ 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*, vol 1, 2003, à la p 2, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/bilan_charte.pdf>.

⁹⁶ « *Tradition and polity, state structure, ethnic, linguistic and religious composition, party system and patterns of democracy, polarization and consent, the system of judicial review, and constitutional ethos can all have major effects.* » : Jennifer Widner et Xenophon Contiades, « Constitution-writing processes », dans Mark Tushnet, Thomas Fleiner et Cheryl Saunders, dir, *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Londres (R-U), 2013, 57 à la p 59.

⁹⁷ *Charte*, *supra* note 1, art 58.

⁹⁸ Morin « Charte », *supra* note 2 à la p 304; Morin « Constitutionnalisation », *supra* note 14 à la p 64. Voir plus haut sous I(A).

⁹⁹ *Bribery Commissioner v Ranasinghe (1964)*, [1965] AC 172 (CP) aux pp 194-195. En ce sens : Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 667-672 [Brun].

droits et libertés protégés. Jusqu'à maintenant, ces modifications ont été réalisées du consentement unanime ou quasi unanime de l'Assemblée nationale. Tenant compte de ce dernier fait, l'exigence d'une majorité qualifiée (les deux tiers de la députation, comme le proposait Morin, ou les trois quarts, comme le suggérait l'opposition de 1981) 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'historique de la *Charte*, les consensus réalisés en matière de droits et libertés au sein de la société civile devraient continuer de 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. Cette hypothèse, comme l'expérience tend maintenant à le montrer, ne relève plus toujours de la fiction.

D'aucuns opineront que le Canada français est encore trop absorbé par la lutte pour ses libertés collectives et que les temps ne sont pas mûrs pour l'adoption d'une *Charte* aussi ample que celle dont nous nous faisons l'avocat. Nous croyons au contraire que les droits individuels et les droits collectifs sont désormais indissociablement liés puisque aussi bien le progrès de ceux-ci dépend du progrès de ceux-là et qu'il ne saurait exister de démocratie sans le respect des uns et des autres¹⁰⁰.

Avec l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui témoigne avec éloquence de l'attachement du Québec à la primauté du droit, aux valeurs démocratiques, aux droits des minorités mais aussi à la solidarité sociale, les années soixante-dix ont vu prendre forme l'idéal à la fois humaniste et contemporain dont Jacques-Yvan Morin se faisait l'avocat. Depuis, l'extension de la primauté de la *Charte* sur l'ensemble de la législation ainsi que la reconnaissance jurisprudentielle de sa nature « quasi constitutionnelle » ont poussé plus avant ce processus de constitutionnalisation graduelle. Un demi-siècle plus tard, il serait dans l'ordre des choses que ce processus, que Jacques-Yvan Morin a promu avec tant de conviction, accompagné politiquement et admirablement décrit dans ses travaux, finisse par trouver un aboutissement dans une constitutionnalisation explicite de la *Charte*.

Comme l'a montré Morin, une constitutionnalisation de la *Charte* pourrait s'opérer sans que cela implique quelque choix quant au statut politique du Québec (à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada)¹⁰¹. Car si le Québec n'a pas encore regroupé dans un seul et même texte l'ensemble des règles constitutionnelles qui le régissent, il

¹⁰⁰ Morin « *Charte* », *supra* note 2 à la p 316.

¹⁰¹ Morin « *Nouvelle* », *supra* note 14.

n'en a pas moins déjà sa propre constitution interne¹⁰², qui est formée de lois (constitutionnelles ou ordinaires), de conventions, de coutumes parlementaires et d'arrêts des tribunaux¹⁰³. Déjà, l'Assemblée nationale elle-même reconnaît 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 la *Charte* en fait incontestablement partie¹⁰⁴. La dynamique de la *Charte des droits et libertés de la personne* pointe donc vers sa consécration dans une constitution québécoise écrite, où elle occuperait une place de choix. Dans l'intervalle, la mention explicite du caractère constitutionnel de la *Charte*, préférablement dans une disposition préliminaire de celle-ci, pour en marquer toute l'importance, commencerait enfin à rendre justice au texte dont le Québec s'est doté en 1975.

Il s'impose selon nous, en effet, de reconnaître aujourd'hui, de façon explicite, la *Charte québécoise* pour ce qu'elle représente pour la société québécoise : une loi fondamentale possédant un caractère constitutionnel. Indéniablement, la *Charte des droits et libertés de la personne* revêt pour l'ordre juridique québécois – du point de vue matériel – 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. En tant que norme fondamentale, la *Charte* non seulement fait partie, mais occupe une position prééminente dans l'ordre juridique québécois. Reconnaître cette réalité sera un geste dont profiteront aussi bien la primauté que l'intégrité de ce texte fondateur, unique dans l'histoire législative du Québec.

¹⁰² L'origine des constitutions provinciales est bien antérieure à la Confédération; voir John E Read, « The Early Provincial Constitutions » (1948) 26 Can Bar Rev 621 aux pp 630-632. La *Loi constitutionnelle de 1982* 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 ». (*Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 art 45.)

¹⁰³ Brun, *supra* note 99 aux pp 11-49.

¹⁰⁴ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, LRQ c E-20.2, préambule, al 2. Lire ce deuxième alinéa en concordance avec le quatrième, qui cite « l'engagement résolu du Québec à respecter les droits et libertés de la personne ». Les propos du ministre responsable, lors de l'étude détaillée du Projet de loi n° 99, tendent à confirmer que la *Charte* fait bien partie des « lois fondamentales » du Québec. (Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, *Journal des débats*, 36^e lég, 1^{er} sess, vol 36, n° 80 (30 mai 2000) aux pp 1-36).