

**Les modifications
à la *Charte des droits et libertés de la personne*
nécessaires en cas d'accession du Québec
à la souveraineté***

JOSÉ WOEHLING

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

L'auteur examine les modifications qui seraient nécessaires à la Charte québécoise, en cas d'accession du Québec à la souveraineté, pour maintenir à son niveau actuel — ou pour améliorer — la protection des droits et libertés dans le domaine des relations des individus avec l'État. Un tel objectif exigerait que l'on modifie à la fois le statut juridique et le contenu de la Charte québécoise. Avec l'accession à la souveraineté, il faudrait « enchâsser » la Charte québécoise dans la nouvelle Constitution, en exigeant pour sa modification une procédure spéciale, comme un vote des deux tiers des membres du Parlement ou l'accord du peuple par voie de référendum. Cependant, deux catégories de dispositions devraient être exclues de l'« enchâssement ». Les dispositions de la Charte actuelle qui régissent

ABSTRACT

This paper examines the changes to the Québec Charter of Rights and Freedoms that would be necessary, if Québec separates from Canada, in order to maintain the protection of human rights at its present level or even to improve it. Such an objective would necessitate some changes in the legal status as well as in the content of the Québec Charter. With the accession of Québec to sovereignty, the Charter would have to be entrenched in the new Constitution, by requiring for its modification a special amending formula, for example, a two-thirds vote of the legislature or a popular referendum. However, two categories of provisions would have to be excluded from the entrenchment. The provisions of the Charter governing private relations, particularly those prohibiting discrimination, ought to be kept in an

* Version révisée d'une communication présentée le 6 mai 1995 lors d'un colloque organisé à Montréal par l'Association du Barreau canadien (section Québec) sur le thème « La Loi sur la souveraineté du Québec : perspectives juridiques ».

les rapports privés, principalement en matière de discrimination, devraient être relocalisées dans une loi modifiable selon le processus législatif ordinaire, dont la mise en œuvre continuerait de relever de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne. Quant aux droits économiques et sociaux contenus dans la Charte québécoise, ils pourraient être repris dans la Constitution d'un Québec souverain, mais ceux qui impliquent des interventions législatives élaborées et des choix budgétaires complexes devraient continuer à n'être garantis que « dans la mesure prévue par la loi ».

L'« enchâssement » de la Charte québécoise ne signifie pas nécessairement que le pouvoir du Parlement québécois de déroger aux droits qu'elle garantit devrait complètement disparaître. L'auteur présente différentes raisons pour lesquelles, à son avis, ce pouvoir devrait être maintenu dans un Québec souverain. Cependant, il faudrait également rendre sa mise en œuvre plus difficile, afin d'établir un meilleur équilibre entre le contrôle judiciaire et le processus démocratique. Le recours au pouvoir de déroger devrait être restreint aux cas où une disposition législative a déjà été invalidée par les tribunaux; la durée des dispositions dérogatoires devrait être limitée; une dérogation à la Charte devrait exiger une majorité des deux tiers des députés; enfin, certains droits ou libertés ne devraient pouvoir faire l'objet d'aucune dérogation. Dans la deuxième partie de l'article, portant sur les modifications au contenu de la Charte québécoise, l'auteur examine quels droits actuellement garantis

ordinary statute whose application would continue to be the responsibility of the Human Rights Commission and the Human Rights Tribunal. As for the economic and social rights, they could be included in the new Constitution, but those necessitating elaborate legislative measures and complex budgetary decisions should continue to be guaranteed only "to the extent provided by law".

Entrenching the Québec Charter in the new Constitution would not necessarily mean that the power of the legislature to override the guaranteed rights and freedoms should completely disappear. The author presents several reasons justifying the existence of such an overriding power. However, its use would have to become more difficult in order to improve the balance between the judicial control and the democratic process. The use of the power to override the Charter should be limited to situations where a legislative provision has already been struck down by the courts; the override power should be subject to a temporal restriction; overriding the Charter should require a two-thirds vote of the legislature; and finally, certain rights and liberties should be altogether immune from the overriding power.

The second part of the paper deals with modifications to the content of the Québec Charter. The rights presently guaranteed in the Canadian Charter, but absent from the Québec Charter, should be included in the latter. As well, certain rights already guaranteed in the Québec Charter could be reformulated, in order to define more precisely or extend their meaning, by drawing upon the Canadian Charter or certain

dans la Charte canadienne, mais absents de la Charte québécoise, devraient être ajoutés à celle-ci en cas d'accession du Québec à la souveraineté. Il analyse successivement les droits des minorités, puis les autres droits et libertés. Enfin, l'auteur examine certains cas où des droits déjà garantis par la Charte québécoise pourraient être reformulés en s'inspirant de la Charte canadienne, ou de certains instruments internationaux, de façon à préciser ou à augmenter leur portée.

international Human Rights instruments.

SOMMAIRE

Introduction	567
I. Les modifications au statut juridique de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : la problématique de l'« enchâssement » et du pouvoir dérogatoire	570
A. L'enchâssement de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> dans la Constitution d'un Québec souverain	571
B. La problématique du pouvoir de déroger aux droits et libertés garantis	574
1. La justification du pouvoir de déroger	574
2. La limitation du pouvoir de déroger	576
II. Les modifications au contenu de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	578
A. Les droits des minorités	579
B. Les autres droits et libertés	582
Conclusion	586

INTRODUCTION

Dans le cas d'une éventuelle accession du Québec à la souveraineté, il serait impératif d'assurer la « continuité » dans la protection des droits et libertés, c'est-à-dire de faire en sorte que cette protection ne subisse aucune diminution ou « déficit ». Un tel objectif soulève deux problématiques distinctes, selon qu'il s'agit de la garantie des droits et libertés dans le domaine des relations entre les individus et l'État — les rapports avec la puissance publique —, ou dans le domaine des relations des individus entre eux — les rapports privés —.

Pour ce qui est du domaine des relations des individus avec l'État, l'accession du Québec à la souveraineté entraînerait la cessation de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Pour éviter tout déficit dans la protection juridique des droits et libertés, les dispositions portant sur les rapports avec la puissance publique contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec devraient donc être enchâssées dans la nouvelle Constitution québécoise et l'on devrait y ajouter les garanties contenues dans la Charte canadienne qui manquent actuellement dans la Charte québécoise. Par conséquent, pour ce premier volet de la protection des droits et libertés, la continuité exigerait que l'on modifie à la fois le statut juridique et le contenu de la Charte québécoise. Dans la présente étude, on examinera ces modifications à la Charte québécoise rendues nécessaires par l'accession à la souveraineté.

Par ailleurs, dans le domaine des rapports privés, l'accession du Québec à la souveraineté n'entraînerait aucun déficit dans la protection des droits et libertés. En effet, dans ce domaine, les dispositions de la Charte québécoise s'appliqueraient désormais à tous les rapports privés, y compris ceux qui relèvent actuellement de la compétence législative du Parlement fédéral et qui, par conséquent, tombent dans le champ d'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³.

La Loi canadienne, entrée en vigueur en 1978, a pour objet de prohiber la discrimination dans le champ de compétence du Parlement canadien; elle s'applique autant à la Couronne fédérale qu'aux entreprises privées assujetties à la réglementation fédérale. Son contenu est globalement comparable avec les dispositions anti-discriminatoires contenues dans les articles 10 à 20 de la Charte québécoise qui, après la proclamation de la souveraineté du Québec, s'appliqueraient à l'ensemble du secteur privé québécois. En fait, la Loi canadienne offre une protection moindre, à certains égards, que celle de la Charte québécoise. Ainsi, elle omet plusieurs motifs illicites de discrimination qui sont prévus dans l'article 10 de la Charte québécoise, notamment la langue et l'orientation sexuelle. En outre, alors que la Loi canadienne n'interdit la discrimination qu'en regard de certains secteurs d'activité déterminés (la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public; la fourniture de locaux commerciaux ou de logements; l'emploi, la rémunération et la participation aux organisations syndicales), la Charte québécoise vise ces mêmes secteurs et garantit en plus le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice de tous les autres droits et libertés contenus dans la Charte (articles 1 à 9 et 21 à 48).

Par conséquent, il serait inutile de maintenir la Loi canadienne en vigueur après l'accession du Québec à la souveraineté, contrairement à la plupart des autres lois fédérales qui devraient continuer à s'appliquer provisoirement pour éviter la création d'un vide juridique, jusqu'à leur modification, remplacement ou

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-dessous la Charte canadienne) est la Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11; L.R.C. (1985), app. II, n^o 44.

2. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-dessous la Charte québécoise).

3. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33; L.R.C. (1985), c. H-6 (ci-dessous la Loi canadienne).

abrogation par le Parlement du Québec⁴. D'ailleurs le maintien en vigueur de la Loi canadienne dans un Québec souverain serait en pratique impossible car la mise en œuvre de la loi suppose l'existence de la Commission canadienne des droits de la personne et des Tribunaux canadiens des droits de la personne et on voit mal comment ils pourraient continuer à fonctionner pour le Québec après l'accession de celui-ci à la souveraineté.

Il n'y aurait pas davantage de raisons de maintenir en vigueur la deuxième loi fédérale sur les droits de la personne actuellement applicable au Québec, la *Déclaration canadienne des droits*⁵, qui vise les lois, la législation déléguée et l'administration fédérales, mais non les rapports privés. En effet, la Déclaration canadienne ferait double-emploi avec les dispositions de la Charte québécoise qui protègent les droits et libertés dans les rapports entre les citoyens et l'État québécois.

Dans la mesure où la Loi canadienne et la Déclaration canadienne cesseraient de s'appliquer au Québec dès le moment de l'accession à la souveraineté, la Charte québécoise devrait en contrepartie s'appliquer aux lois et règlements fédéraux maintenus en vigueur après cette date. Il semble qu'une telle conséquence découlerait *ipso jure* de l'article 55 de la Charte québécoise, qui énonce : « La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec ». En effet, après la proclamation de la souveraineté, les matières actuellement sous compétence fédérale relèveraient évidemment de la compétence législative de l'Assemblée nationale. Cependant, pour plus de sécurité, il vaudrait sans doute mieux le prévoir expressément dans la loi québécoise qui viendrait régler les modalités de l'accession à la souveraineté.

Voyons à présent les modifications nécessaires au *statut juridique* et au *contenu* de la Charte québécoise pour maintenir à son niveau actuel — ou pour améliorer — la protection des droits et libertés dans le domaine des relations des individus avec l'État, après l'accession du Québec à la souveraineté. Pour faciliter cet examen, il convient de rappeler brièvement certaines caractéristiques actuelles de la Charte québécoise qui la différencient de la Charte canadienne.

4. Le Québec ne pourrait évidemment pas, au moment où il accèderait à l'indépendance, adopter toute la législation nécessaire dans les domaines qui relevaient auparavant de la compétence fédérale. Pour assurer la continuité de l'ordre juridique et le maintien de l'ordre public, il faudrait donc que l'Assemblée nationale adopte une loi disposant que les lois fédérales applicables à la date de la souveraineté, et les règlements qui en découlent, continuent de s'appliquer au Québec, comme si ces textes avaient été réadoptés par le Parlement du Québec, jusqu'à ce que ce dernier juge opportun de les modifier, de les remplacer ou de les abroger. Une telle disposition figurait à l'article 18 du projet de loi sur l'avenir du Québec déposé le 7 septembre 1995 à l'Assemblée nationale. Pour un examen des problèmes soulevés par l'éventuelle accession du Québec à la souveraineté, voir : J. WOEHLING, « Les aspects juridiques d'une éventuelle sécession du Québec », (1995) 74 *R. du B. Can.* 293-329; J. WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », dans *Éléments d'analyse institutionnelle, juridique et démolinguistique pertinents à la révision du statut politique et constitutionnel du Québec*, Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, Document de travail numéro 2, 1991, pp. 1-110 (également reproduit dans (1991-1992) 7 *R.Q.D.I.* 12-41). Si l'option souverainiste l'avait emporté lors du référendum du 30 octobre 1995, le projet de loi sur l'avenir du Québec aurait ensuite dû être adopté par l'Assemblée nationale du Québec. Étant donné l'échec de cette option, le projet de loi a été abandonné.

5. *Déclaration canadienne des droits*, 8-9 Eliz. II, c. 44; L.R.C. (1985), App. III (ci-dessous la Déclaration canadienne).

Contrairement à la Charte canadienne, qui ne s'applique qu'à l'État (fédéral et provincial), la Charte québécoise régit également les rapports de droit privé. En outre, si la Charte québécoise garantit bien les droits et libertés traditionnels, habituellement reconnus dans ce genre d'instruments (libertés et droits fondamentaux, droits à l'égalité, droits politiques, droits judiciaires, etc.), elle possède également un contenu plus original, principalement dans son chapitre IV (articles 39 à 48) qui contient des droits qualifiés d'« économiques et sociaux » : protection de l'enfant, instruction publique gratuite, droit d'exiger l'enseignement religieux ou moral et de choisir l'enseignement privé, vie culturelle des minorités, droit à l'information, assistance financière des personnes dans le besoin, droit à des conditions de travail justes et sûres, égalité des époux, protection des personnes âgées. Cependant, il faut souligner que les droits économiques et sociaux ne font l'objet d'aucune primauté sur la législation ordinaire, dans la mesure où l'article 52 de la Charte québécoise (la clause de primauté) ne s'applique qu'aux articles 1 à 38. Par conséquent, les droits économiques et sociaux ne sont pas sanctionnables par les tribunaux à l'encontre du législateur. D'ailleurs, bon nombre d'entre eux ne sont expressément garantis que « dans la mesure prévue par la loi ». Ils peuvent cependant servir à interpréter les autres lois (article 53 de la Charte québécoise). En outre, si la violation d'un droit économique ou social est discriminatoire et si la distinction est fondée sur l'un des motifs de discrimination prohibés dans l'article 10, celui-ci pourra être invoqué avec succès.

Enfin, il faut rappeler que la Charte québécoise peut être modifiée ou abrogée selon le processus législatif ordinaire. Cependant, elle contient à son article 52 une « clause de primauté » appuyée par une exigence de dérogation expresse⁶. En se fondant sur l'article 52, les tribunaux déclarent donc inopérantes les dispositions législatives incompatibles — antérieures ou postérieures — à moins qu'elles ne soient protégées par une disposition de dérogation expresse.

I. LES MODIFICATIONS AU STATUT JURIDIQUE

DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE :

LA PROBLÉMATIQUE DE L'« ENCHÂSSEMENT » ET DU POUVOIR DÉROGATOIRE

À l'heure actuelle, la Charte canadienne et la Charte québécoise contiennent l'une et l'autre, la première à son article 33⁷, la seconde à son article 52⁸, une disposition permettant au législateur de déroger par déclaration expresse aux droits et libertés que ces deux chartes garantissent. Il faut cependant réaliser que le rôle de cette « clause dérogatoire » est bien différent pour chacune des deux chartes. Dans le cas de la Charte canadienne, qui est « enchâssée » par l'entremise d'une procédure spéciale de modification constitutionnelle, l'existence d'un pouvoir de dérogation *affaiblit* évidemment la protection des droits et libertés. Par

6. L'article 52 de la Charte québécoise énonce qu'aucune loi, même postérieure, ne peut déroger aux articles 1 à 38 de la Charte, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins qu'elle n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.

7. L'article 33 de la Charte canadienne autorise les législatures provinciales et le Parlement canadien à déroger par déclaration expresse aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 7 à 15. Seuls les droits démocratiques (articles 3, 4 et 5), la liberté de circulation et d'établissement (article 6), les droits linguistiques (articles 16 à 20 et 23) et l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes (article 28) échappent au pouvoir de dérogation.

8. Voir *supra*, note 6.

contre, l'exigence de dérogation expresse contenue dans la Charte québécoise, laquelle peut être modifiée selon la procédure législative ordinaire, confère à cette loi une suprématie qu'elle n'aurait pas autrement. Cette suprématie découle précisément du fait qu'il est nécessaire de recourir à une disposition expresse pour déroger à la Charte québécoise, alors que normalement une loi plus récente modifie ou écarte une loi plus ancienne dans la mesure de leur incompatibilité⁹. Par conséquent, tant que la Charte québécoise continuera de pouvoir être modifiée ou abrogée comme une loi ordinaire, l'existence de la clause dérogatoire aura pour effet, non pas d'affaiblir, mais bien de *renforcer* la protection des droits et libertés qu'elle garantit.

Dans un Québec souverain, il faudrait donc se demander s'il convient de conserver à la Charte québécoise son statut actuel ou s'il faut véritablement l'« enchâsser » dans la Constitution, en exigeant pour sa modification une procédure spéciale et, dans ce deuxième cas, s'il y a lieu néanmoins de conserver au législateur le pouvoir de déroger aux droits garantis ou à certains d'entre eux.

A. L'ENCHÂSSEMENT DE LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE DANS LA CONSTITUTION D'UN QUÉBEC SOUVERAIN

Avec l'accession du Québec à la souveraineté, la Charte constitutionnelle canadienne cesserait de s'appliquer. Pour la remplacer, il faudrait donc « enchâsser » la Charte québécoise dans la nouvelle Constitution québécoise, en exigeant pour sa modification une procédure spéciale, par exemple un vote des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale ou encore l'accord du peuple par voie de référendum. Cependant, ce n'est pas toute la Charte actuelle qu'il conviendrait de constitutionnaliser ainsi. Deux catégories de dispositions devraient être exclues de l'« enchâssement ».

En premier lieu, les dispositions qui régissent les rapports privés, principalement en matière de discrimination, devraient être relocalisées dans une loi modifiable selon le processus législatif ordinaire, dont la mise en œuvre continuerait de relever de la Commission des droits de la personne, du Tribunal des droits de la personne et, seulement en dernière instance, des tribunaux judiciaires (pour éviter les confusions, cette loi pourrait s'appeler le *Code des droits et libertés de la personne*). Trois raisons justifient ce point de vue.

Tout d'abord, un instrument constitutionnel n'est pas nécessaire pour protéger les droits et libertés dans le cadre des rapports privés, puisque ces rapports

9. L'efficacité de la clause de dérogation expresse contenue dans la Charte québécoise s'appuie sur la vigueur des forces qui exercent un contrôle politique sur le Parlement, de l'intérieur (partis d'opposition) ou de l'extérieur (groupes de pression, électorat, médias d'information). En effet, dans la mesure où la majorité parlementaire doit annoncer expressément son intention de déroger à la Charte, elle actionne un mécanisme « d'alerte législative » qui prévient les instances sociales et politiques susceptibles de s'opposer à elle. Plus concrètement, le gouvernement qui présente une loi dérogeant expressément à la Charte court un certain risque de voir se retourner contre lui l'opinion des électeurs. Enfin, il faut souligner que le mécanisme de la dérogation expresse empêche qu'un Parlement puisse restreindre les droits et libertés de façon involontaire, ce qui n'est jamais exclu lorsque les tribunaux appliquent le principe traditionnel de la dérogation implicite par une loi postérieure incompatible.

sont pleinement soumis aux lois ordinaires. D'ailleurs, en vertu de la jurisprudence

de la Cour suprême canadienne relative aux lois sur les droits de la personne, à laquelle les tribunaux d'un Québec souverain se rallieraient probablement, ce Code se verrait reconnaître une nature « spéciale » ou « quasi constitutionnelle », avec notamment les conséquences suivantes : primauté par rapport aux autres lois, à moins qu'elles ne soient protégées par une disposition de dérogation expresse; interprétation large et généreuse; impossibilité de la renonciation aux droits protégés¹⁰.

Ensuite, un instrument constitutionnel est difficile à modifier, alors que les lois protégeant les droits dans les rapports privés doivent pouvoir être modifiées facilement, afin de les ajuster aux besoins changeants.

Enfin, la mise en œuvre d'un instrument constitutionnel relève forcément du processus judiciaire, qui est lent, lourd et coûteux. Au contraire, une loi sur les droits de la personne peut être mise en œuvre par le système de la commission des droits de la personne et celui des tribunaux spécialisés des droits de la personne, qui ont donné de très bons résultats.

En second lieu, les droits économiques et sociaux contenus dans le chapitre IV de la Charte québécoise pourraient être repris dans la Constitution d'un Québec souverain, mais ceux qui impliquent des interventions législatives élaborées et des choix budgétaires complexes, comme le droit à l'assistance financière et à un niveau de vie décent, devraient continuer à n'être garantis que « dans la mesure prévue par la loi ». Cela se justifie par le fait que de tels droits sont difficilement sanctionnables par l'intermédiaire du processus judiciaire, parce que leur mise en œuvre exige la prise de décisions politiques, administratives et budgétaires ainsi que des choix proprement politiques. Or, les tribunaux ne se reconnaissent pas traditionnellement le pouvoir de forcer l'appareil gouvernemental à adopter de telles décisions ni de substituer leurs préférences politiques et sociales au programme du gouvernement en place. Cependant, l'inscription des droits économiques et sociaux dans la Constitution ne serait pas inutile : d'une part, ils rempliraient une fonction programmatrice; d'autre part, les juges pourraient s'appuyer sur la reconnaissance des droits économiques et sociaux pour contrebalancer les droits individuels et accepter plus facilement la limitation de ces derniers dans l'intérêt des valeurs collectives et des objectifs d'intérêt général¹¹. L'inscription des droits économiques et sociaux serait donc importante pour rappeler que l'intervention de l'État ne constitue pas toujours une menace pour les droits, mais qu'elle est souvent une condition nécessaire de leur réalisation véritable. Par ailleurs, certains droits actuellement contenus dans le chapitre IV de la Charte québécoise sont à tort qualifiés d'économiques et sociaux et devraient être situés dans un autre chapitre de la Charte d'un Québec

10. La Cour suprême reconnaît aux lois relatives aux droits de la personne une certaine primauté, peu importe qu'elles contiennent ou non un mécanisme « d'alerte législative » (sous forme d'une exigence de dérogation expresse) : toute modification, abrogation ou exception relative à une telle loi doit se faire par déclaration législative claire et non implicitement. Voir notamment : *Insurance Corp. of B.C. c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

11. Sur ce point, voir : J.-Y. MORIN, « Pour une nouvelle constitution du Québec » dans J.-Y. MORIN & J. WOEHRLING, *Demain, le Québec ... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery (Québec), Éditions du Septentrion, 1994, pp. 177-180.

souverain, tout en étant véritablement constitutionnalisés. Il s'agit du droit des

parents d'exiger pour leurs enfants, dans les établissements d'enseignement public, un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions (article 41) et de choisir pour ceux-ci un établissement d'enseignement privé (article 42), ainsi que du droit des personnes appartenant à des minorités ethniques de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe (article 43). Enfin, l'article 47 qui affirme l'égalité de droits et d'obligations des époux dans le mariage n'est qu'une particularisation de la norme générale d'égalité. Si, malgré son caractère redondant, on estimait nécessaire de le maintenir dans la Charte d'un Québec souverain, il faudrait le situer avec les dispositions relatives à l'égalité et à la non-discrimination.

Si les dispositions de la Charte québécoise applicables aux rapports privés et celles contenant les droits économiques et sociaux devraient être exclues de l'«enchâssement», tous les autres articles garantissant des droits et libertés devraient par contre jouir d'une véritable primauté sur les lois ordinaires, ce qui n'est pas le cas pour le moment. En effet, certaines dispositions de la Charte québécoise actuelle confèrent au législateur une autorité discrétionnaire pour restreindre les droits et libertés qu'elles énoncent, sans aucune possibilité de contrôle du caractère «raisonnable» de ces restrictions par les tribunaux. Dans cette catégorie, on peut par exemple ranger l'article 6, qui garantit le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens, «sauf dans la mesure prévue par la loi». Il en va de même pour l'article 9, en vertu duquel une «disposition expresse de la loi» peut autoriser les personnes tenues au secret professionnel à divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession. En vertu de l'article 22, seule une personne «légalement habilitée et qualifiée» a droit de se porter candidat lors d'une élection et d'y voter. Selon l'article 24, nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, «sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite». Dans tous ces cas, la Charte ne limite nullement les pouvoirs du législateur ou de l'autorité exerçant des pouvoirs délégués¹², puisqu'aucun critère de «raisonnabilité» ne permet de circonscrire leur discrétion. Autrement dit, ces dispositions confèrent en réalité le pouvoir de déroger *implicitement* à la Charte, sans qu'il y ait même besoin d'une déclaration expresse¹³.

Quant aux droits véritablement constitutionnalisés, c'est-à-dire se voyant reconnaître une autorité supérieure aux simples lois, ils devraient évidemment pouvoir être limités par le législateur de façon justifiable et raisonnable, la «raisonnabilité» des limitations pouvant être vérifiée par les tribunaux. Il faudrait

12. L'article 56.3 de la Charte québécoise énonce que «[d]ans la Charte, le mot "loi" inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil adoptés sous l'autorité d'une loi».

13. Par conséquent, les dispositions de la Charte québécoise énonçant des droits et libertés qui peuvent être limités discrétionnairement par le législateur ne possèdent aucune primauté sur les lois ordinaires, ce qui ressort d'ailleurs clairement du texte de l'article 52 : «Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, *sauf dans la mesure prévue par ces articles*, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte» (nos italiques).

donc inclure dans la Charte québécoise une disposition limitative générale, similaire à l'article 1 de la Charte canadienne, applicable à *tous* les droits et libertés

garantis (contrairement à l'article 9.1 de l'actuelle Charte québécoise, qui ne vise que les articles 1 à 9)¹⁴.

B. LA PROBLÉMATIQUE DU POUVOIR DE DÉROGER AUX DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS

L'« enchâssement » de la Charte québécoise ne signifie pas nécessairement que le pouvoir du Parlement québécois de déroger aux droits qu'elle garantit devrait complètement disparaître. En effet, l'« enchâssement » d'une Charte et le pouvoir d'y déroger ne sont pas incompatibles, comme le montre la Constitution canadienne actuelle. Cependant, si le pouvoir de dérogation était conservé, il faudrait rendre sa mise en œuvre plus difficile, afin d'établir un meilleur équilibre entre le contrôle judiciaire et le processus démocratique.

1. La justification du pouvoir de déroger

Il existe entre le principe démocratique et celui du contrôle judiciaire un certain antagonisme. Les règles contenues dans la Constitution, principalement celles qui portent sur les droits et libertés, étant le plus souvent vagues, il revient aux juges de les préciser. Il est alors inévitable qu'ils infusent dans ces concepts flous leurs propres conceptions éthiques. Autrement dit, l'interprétation du texte constitutionnel est un acte de volonté plus qu'un acte de raison. Cependant, comment admettre que, sur cette base, les tribunaux puissent invalider les décisions prises par les représentants élus du peuple? Nommés par le gouvernement et pratiquement inamovibles, les juges n'ont aucune légitimité démocratique et ne sont pas représentatifs de la population ni responsables devant elle. Surgit donc la menace du « gouvernement des juges », c'est-à-dire d'un empiètement des tribunaux dans le champ politique.

Malgré ce caractère antidémocratique, le contrôle judiciaire trouve son fondement dans les principes du libéralisme politique et dans la nécessité d'opposer un contre-pouvoir aux organes parlementaires, au sein desquels la majorité du moment pourrait être tentée d'abuser de son pouvoir. Sur le plan juridique, le libéralisme se traduit dans le principe de l'État de droit, dont une des modalités est la suprématie de la Constitution. La primauté de la Constitution suppose un certain contrôle de la validité des lois ordinaires, qui ne peut en pratique être confié qu'au

14. Dans l'affaire *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, pp. 770-771, la Cour suprême a jugé que les tribunaux doivent appliquer l'article 9.1 de la Charte québécoise à l'aide des mêmes critères que l'article 1 de la Charte canadienne, tels que dégagés dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Sur la jurisprudence relative à l'article 1 de la Charte canadienne, voir : J. WOEHLING, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux — Aspects canadiens et européens* (Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, pp. 3-34.

pouvoir judiciaire. Par conséquent, la justice constitutionnelle possède un caractère inéluctable là où existe l'État de droit. C'est ce qui explique la généralisation du contrôle judiciaire dans les démocraties libérales.

Si la légitimité du contrôle judiciaire n'est donc plus guère contestée à l'heure actuelle, les discussions continuent cependant pour savoir quelles devraient être ses limites. La nécessité de poser des bornes au pouvoir des tribunaux dans ce domaine tient à deux sortes de considérations, les unes qui portent sur la justification même du contrôle et les autres qui ont trait aux caractéristiques du processus judiciaire¹⁵.

Le principe de l'État de droit exige que tous les pouvoirs étatiques soient soumis aux règles supérieures de la Constitution. Cependant, si rien n'empêche les tribunaux d'interpréter comme ils l'entendent les dispositions de la Constitution, celle-ci n'aura pas d'autre contenu que celui qu'ils voudront bien lui donner. Autrement dit, le pouvoir judiciaire est en position de se placer lui-même au-dessus de la loi fondamentale, puisqu'il décide en dernier lieu du contenu de celle-ci. La suprématie de la Constitution risque alors de disparaître pour faire place à celle des tribunaux. Pour éviter cet effet pervers du constitutionnalisme, les juges qui exercent la justice constitutionnelle doivent faire preuve d'une certaine « retenue judiciaire » consistant à ne pas excéder les frontières légitimes de leur rôle. En outre, pour les cas où cette « retenue » ferait défaut, il est souhaitable d'opposer au pouvoir judiciaire un contre-pouvoir qui en pratique ne peut être que celui du Parlement de déroger aux décisions du tribunal constitutionnel suprême, moyennant certaines conditions destinées à éviter les abus dans l'utilisation d'un tel pouvoir.

Une deuxième considération amène également à vouloir limiter la portée du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Elle est relative aux caractéristiques du processus judiciaire. Pour en saisir la portée, il faut d'abord rappeler que la protection des droits et libertés amène les tribunaux à évaluer les revendications conflictuelles des individus et des groupes, les ressources collectives dont dispose la société et à statuer ensuite sur le mérite respectif de ces revendications pour ce qui est du partage des ressources sociales. Or le fonctionnement du processus judiciaire ne permet pas toujours aux juges d'avoir accès à la masse considérable d'informations nécessaires pour s'acquitter convenablement d'une telle tâche. Ceci est particulièrement vrai dans le contexte judiciaire anglo-saxon, où la procédure est de type accusatoire plutôt qu'inquisitoire. Les tribunaux sont donc généralement limités aux moyens de preuve et aux arguments que les parties leur soumettent et ne peuvent eux-mêmes rechercher l'information voulue. D'ailleurs, même si toutes les informations nécessaires leur étaient fournies, les juges n'auraient ni le temps ni la formation nécessaire pour les traiter de façon efficace. Enfin, le processus judiciaire, qui procède par l'évaluation successive de cas particuliers, permet mal la vision d'ensemble et la planification à long terme qui sont nécessaires pour trancher adéquatement les questions politiques et sociales complexes soumises aux tribunaux à l'occasion du contrôle de constitutionnalité.

Toutes ces considérations amènent à la conclusion qu'il n'est pas sage de transférer aux tribunaux le pouvoir de trancher de façon *ultime* certaines ques-

15. Sur cette question, voir également : J. WOEHLING, « La justice constitutionnelle, l'État de droit et de la démocratie libérale au Canada », dans C. MILLON-DELSOL et J. ROY (dir.), *Démocraties, l'identité incertaine* (Actes des Sixièmes entretiens du Centre Jacques-Cartier, Lyon, décembre 1993), Bourg-en-Bresse, Éditions Musnier-Gilbert, 1994, pp. 165-180.

tions sociales, morales et politiques pour lesquelles le dernier mot devrait revenir aux représentants élus du peuple. C'est pour cette raison, notamment, que les rédacteurs de la Charte canadienne ont prévu dans celle-ci le pouvoir du Parlement fédéral et des législatures provinciales de déroger par déclaration expresse à la plupart des droits et libertés qui y sont garantis. Ces préoccupations ne seraient pas moins valables dans un Québec souverain que dans l'actuelle fédération canadienne. Par conséquent, le pouvoir du Parlement québécois de déroger aux droits garantis dans la Constitution, ou à certains d'entre eux, devrait être maintenu dans l'éventualité de l'accession du Québec à la souveraineté¹⁶.

2. La limitation du pouvoir de déroger

Sous sa forme actuelle, le pouvoir de déroger aux chartes canadienne et québécoise est susceptible d'être exercé de façon « préventive ». Les gouvernements peuvent faire insérer par leur majorité parlementaire une déclaration de dérogation dans les lois au moment de leur adoption, ce qui a pour effet d'empêcher tout contrôle judiciaire de la conformité de ces lois aux dispositions des chartes. La possibilité du contrôle judiciaire serait par contre maintenue si l'utilisation du pouvoir de déroger était limitée aux cas où une disposition législative a *déjà* été invalidée. Si le Parlement qui en est l'auteur la considère comme véritablement essentielle, il pourra la réadopter avec une déclaration de dérogation en prenant la responsabilité de ce geste devant l'opinion publique et l'électorat.

Il faut également souligner que, contrairement à l'article 33 de la Charte canadienne qui limite l'application d'une disposition dérogatoire à une durée maximale de cinq ans, renouvelable par un nouveau vote, l'article 52 de la Charte québécoise ne contient aucune limitation semblable. Il faudrait donc prévoir une limitation de la durée des dispositions dérogatoires susceptibles d'être adoptées par le Parlement d'un Québec souverain.

Par ailleurs, l'adoption d'une déclaration de dérogation ne devrait pas être trop aisée, ce qui est le cas à l'heure actuelle puisqu'elle ne nécessite qu'une simple majorité des voix à l'Assemblée nationale. Il en résulte qu'en situation nor-

16. Des constitutionnalistes éminents se déclarent favorables au maintien du pouvoir de déroger à la Charte canadienne à condition de lui apporter certaines limites supplémentaires; voir par exemple : P.H. RUSSELL, « Standing Up for Notwithstanding », (1991) 29 *Alta L. Rev.* 293-309; P.C. WEILER, « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version », (1984) 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51-92; C.P. MANFREDI, *Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, pp. 199-211. Le professeur Manfredi souligne qu'aux États-Unis il existe également un certain courant en faveur d'une modification constitutionnelle qui accorderait au Congrès le pouvoir de renverser les décisions de la Cour suprême par un vote à la majorité des deux tiers; il semble même qu'une telle proposition ait déjà été avancée, dès 1788, par nul autre que James Madison, un des « Pères » de la Constitution américaine : *Id.*, pp. 198-199. On notera qu'en Pologne, en Roumanie et au Portugal, les députés peuvent, en certaines circonstances, passer outre une déclaration d'inconstitutionnalité en confirmant la loi censurée par un vote à la majorité des deux tiers; ce système a pour objet de préserver la liberté de décision finale des élus; voir : D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 29-31 et 109. Pour une intéressante réflexion sur la justification du pouvoir de déroger à la Charte canadienne, voir également : J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, pp. 225-256; R. KNOPFF & F.L. MORTON, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992, pp. 228-231.

male de gouvernement majoritaire le parti au pouvoir peut déroger aux chartes avec l'appui de ses seuls députés, lesquels sont soumis à la discipline de parti. Pour éviter cette conséquence, une dérogation à la Charte devrait exiger une majorité

renforcée des deux tiers, c'est-à-dire — dans la plupart des cas — l'accord d'une partie au moins des députés d'opposition. Une autre solution consisterait à faire appel au référendum, mais il faut réaliser que le recours direct aux électeurs pour déroger aux droits ou libertés est potentiellement dangereux, la population étant plus facilement manipulable par des moyens démagogiques que ses représentants élus. C'est ce que confirme l'expérience américaine, notamment le référendum californien de 1995 sur la « Proposition 187 » à l'occasion duquel une majorité de 60 % des électeurs a approuvé la politique consistant à interdire l'accès des écoles publiques aux enfants d'immigrants illégaux et à priver ces derniers de l'assistance sociale et de la protection médicale.

L'exigence d'une majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale ou d'une approbation référendaire rendrait en pratique le recours au pouvoir dérogatoire aussi difficile qu'une modification formelle de la Constitution. Certains en concluent que la dérogation ne serait plus dès lors qu'une « doublure inutile » de la modification¹⁷. Une telle opinion méconnaît cependant les graves inconvénients qu'entraînerait le recours à une modification constitutionnelle dans le seul but d'écarter une décision jugée indésirable de la Cour suprême. En effet, dans la mesure où les droits et libertés ne font pas l'objet d'une présentation détaillée, mais de prescriptions générales conférant au juge un large pouvoir d'appréciation, il serait généralement très difficile de rédiger une modification constitutionnelle dont le seul objectif serait de renverser une jurisprudence de la Cour. En outre, des modifications ponctuelles pour repousser une décision particulière de la Cour suprême apparaîtraient comme des « corps étrangers » encombrant le texte initial¹⁸. Comme on le sait, chaque modification d'un texte constitutionnel, même si elle est très ponctuelle, bouleverse l'équilibre du texte et peut provoquer une réaction en chaîne et des conséquences non souhaitées et non prévisibles (notamment à cause de certaines règles d'interprétation). Enfin, alors qu'une modification constitutionnelle est permanente, une dérogation présente un caractère temporaire. Toutes ces considérations montrent que la dérogation, qui revient à suspendre l'application de la Constitution à l'égard d'une loi en particulier, constitue un instrument beaucoup plus précis et mieux adapté qu'une modification permanente du texte constitutionnel pour contrecarrer ou contourner une décision de la Cour suprême, quitte à ce que le recours au pouvoir de déroger et la modification constitutionnelle exigent la même procédure. Ajoutons que le pouvoir de déroger

17. H. BRUN « La Charte des droits de la personne d'un Québec souverain », *L'Action nationale*, septembre 1993 (Volume LXXXIII, numéro 70) 892-918, pp. 899-900.

18. Qu'on pense, par exemple, à une modification constitutionnelle qui aurait eu le même objectif que la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54 (mieux connue comme la « loi 178 »), dans laquelle la législature du Québec avait recours au pouvoir de déroger pour neutraliser la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ford c. P.G. Québec*, *supra*, note 14, où la Cour venait invalider, comme contraires à la liberté d'expression, les dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, qui imposaient à l'époque l'usage exclusif du français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales. Il aurait fallu ajouter à l'article 3 de la Charte québécoise une disposition précisant que la liberté d'expression ne vise pas le choix de la langue dans l'expression commerciale.

constitue en dernière analyse une façon plus *efficace* de neutraliser une décision de la Cour suprême qu'une modification constitutionnelle. En effet, les modifications

constitutionnelles adoptées dans un tel but seront elles-mêmes interprétées par la Cour, qui pourra donc en modifier ou en infléchir le sens. Par contre, la dérogation écarte purement et simplement le contrôle judiciaire¹⁹.

Enfin, il faudrait prévoir que certains droits garantis par la Charte québécoise ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation, comme c'est actuellement le cas pour les articles 3 à 6, 16 à 20, 23 et 28 de la Charte canadienne. L'« intangibilité » de certains droits est également prévue dans les conventions internationales relatives aux droits de la personne, notamment le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰ auquel le Québec a déjà adhéré en 1976 en tant que province canadienne et qu'il s'empresserait certainement de ratifier à nouveau en tant qu'État souverain. L'examen systématique de la Charte québécoise pour déterminer quels droits et quelles libertés devraient être soustraits au pouvoir de déroger dépasse le cadre de notre étude, mais il conviendrait de s'inspirer des conventions internationales qui portent sur cette question, notamment de l'article 4(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²¹.

Le recours à la dérogation devrait toujours rester exceptionnel, car pour sauvegarder l'autorité et la crédibilité de la justice constitutionnelle il faut être normalement prêt à s'incliner devant les décisions de la Cour suprême même lorsque celles-ci paraissent inopportunes. Si la procédure nécessaire pour déroger est semblable à celle exigée par les modifications constitutionnelles, le danger d'un recours abusif à la dérogation n'existe qu'en apparence, puisque la modification permettrait de toute façon de renverser les décisions de la Cour. Par ailleurs, la dérogation va moins loin que la modification puisqu'elle ne fait pas disparaître la protection, mais l'écarte seulement pour la loi dans laquelle la dérogation est faite — et ceci de façon temporaire —.

II. LES MODIFICATIONS AU CONTENU DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Pour faire en sorte que l'accession du Québec à la souveraineté n'entraîne aucune diminution dans la protection des droits et libertés, certains droits actuellement garantis dans la Charte canadienne, mais absents de la Charte

19. Sur les inconvénients du recours à la modification constitutionnelle pour contrecarrer les décisions de la Cour suprême aux États-Unis, voir : G. SCOFFONI, « Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême — Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique », (1993) 16 *Revue française de droit constitutionnel* 675-706, pp. 688-692.

20. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107; [1976] R.T. Can. n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976).

21. *Ibid.* Pour un examen des droits et libertés non susceptibles de dérogation (ou « intangibles ») en droit international, voir : P. WACHSMANN, *Les droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 55-62; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 2^e éd. revue et augmentée, Paris, Presses universitaires de France, 1995, pp. 179-189.

québécoise, devraient être ajoutés à celle-ci. On examinera successivement les droits des minorités, puis les autres droits et libertés.

A. LES DROITS DES MINORITÉS

La Constitution canadienne contient diverses dispositions, figurant dans l'article 23 de la Charte canadienne et dans l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²², qui ont pour but de protéger certains droits linguistiques de la minorité anglophone du Québec en matière d'usage *officiel* de la langue anglaise, c'est-à-dire dans les rapports des individus avec l'État et ses représentants, et en matière de langue d'enseignement. Ces garanties, qui n'ont actuellement aucun équivalent dans la Charte québécoise, devraient être reprises — dans des termes semblables ou similaires — dans la Constitution d'un Québec souverain²³.

En matière d'usage *privé* des langues, dans les rapports mutuels des particuliers, les membres de toutes les minorités, ainsi d'ailleurs que ceux de la majorité, bénéficient de la liberté linguistique qui découle implicitement des libertés fondamentales — la liberté d'expression notamment — et du droit à l'égalité. Cette portée linguistique implicite des libertés fondamentales et du droit à l'égalité a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ford*²⁴ en 1988.

En ce qui concerne les droits des minorités linguistiques et culturelles *autres* que la minorité anglo-québécoise et les minorités francophones du Canada anglais, la seule disposition de la Charte canadienne qui pourrait avoir quelque portée — du moins en théorie — est l'article 27, qui énonce :

Toute interprétation de la [...] charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Il s'agit là d'une disposition interprétative qui ne confère directement, de par son seul effet immédiat, aucun droit supplémentaire. C'est en la combinant avec d'autres dispositions de la Charte canadienne que les tribunaux pourront éventuellement lui faire jouer un certain rôle. Il faut également souligner que, si l'article 27 s'applique dans sa lettre à toutes les cultures, minoritaires ou majoritaires, il semble cependant relativement clair, notamment en fonction de son histoire législative, que le Constituant l'a adopté surtout pour donner suite aux revendications de groupes minoritaires n'appartenant à aucune des deux communautés culturelles principales du Canada. Par ailleurs, la langue et la culture étant intimement liées, l'article 27 est en théorie susceptible d'avoir également une certaine portée sur les droits linguistiques des minorités, même s'il ne fait référence expressément qu'à la culture.

22. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3; L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

23. Pour plus de détails sur cette question, voir : J. WOEHLING, « Les droits des minorités linguistiques et culturelles en cas d'éventuelle accession du Québec à la souveraineté », (1994) 28 *R.J.T.* 1035-1089 (également publié dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1995, pp. 925-979).

24. *Supra*, note 14. Sur la portée linguistique implicite de certains droits fondamentaux et du droit à l'égalité, voir notamment : B. DE WITTE, « Droits fondamentaux et protection de la diversité linguistique », dans P. PUIER et J. WOEHLING (dir.), *Langue et droit* (Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé), Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pp. 85-101; J. WOEHLING, « La réglementation linguistique de l'affichage public et la liberté d'expression : *P.G. Québec c. Chaussure Brown's Inc.* », (1987) 32 *McGill L.J.* 878-904, pp. 879-889.

Jusqu'à présent, les tribunaux ont surtout fait appel à l'article 27 en appliquant l'article 2 de la Charte canadienne, qui garantit les libertés fonde-

mentales²⁵. Ainsi, l'article 27 a servi d'argument pour justifier une interprétation large et libérale de la liberté de religion. Il a amené les tribunaux à refuser de considérer comme raisonnables, au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, des restrictions à cette liberté qui n'étaient pas compatibles avec le respect du multiculturalisme. Par exemple, ils ont conclu que l'obligation faite à tous d'observer le dimanche, ou l'imposition de la prière au début ou à la fin des classes, enfreint la liberté de religion d'une manière contraire à l'héritage multiculturel des Canadiens. Transposé dans un contexte linguistique, l'article 27 pourrait sans doute être utilisé pour aboutir aux mêmes conclusions en ce qui concerne certaines limitations à la liberté d'expression, comme celles découlant des anciennes dispositions de la *Charte de la langue française*²⁶ imposant l'unilinguisme dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales. Cependant, l'article 27 ne servirait alors qu'à renforcer un argument — celui de la liberté d'expression — qui était déjà suffisant en lui-même pour faire invalider les dispositions en cause dans l'affaire *Ford*²⁷ de 1988. En outre, il s'agit là d'une question relevant de l'usage des langues dans le domaine *privé* des relations économiques. En matière d'usage *officiel*, l'article 27 de la Charte canadienne ne semble jamais avoir été utilisé pour reconnaître un droit linguistique quelconque.

Quant à la Charte québécoise, elle contient un article 43 qui dispose :

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

On constate donc que l'article 43 de la Charte québécoise énonce les droits des minorités culturelles de façon plus claire, plus vigoureuse et plus positive que l'article 27 de la Charte canadienne. Par ailleurs, il faut rappeler que l'article 43 fait partie du chapitre IV de la Charte québécoise (articles 39 à 48) et qu'à ce titre il ne fait l'objet d'aucune primauté sur la législation ordinaire. Par conséquent, son respect ne s'impose pas au législateur et il ne peut pas avoir pour effet de rendre inopérante une loi qui serait considérée comme incompatible avec son contenu. Il peut cependant servir à interpréter les autres lois, comme le prévoit l'article 53 de la Charte québécoise. Mais en présence d'une loi incompatible rédigée sans ambiguïté, l'article 43 de la Charte québécoise sera dépourvu d'utilité. Cette situation n'est évidemment pas satisfaisante. Advenant l'accession du Québec à la souveraineté, il faudrait que l'article 43 de la Charte soit véritablement constitutionnalisé et puisse servir à contester les lois qui seraient considérées

25. Sur l'article 27 de la Charte canadienne voir notamment : J. WOEHLING, « Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », (1985) 31 *McGill L.J.* 50-92, pp. 60-69; D. BOTTOS, « Multiculturalism : Section 27's Application in Charter Cases Thus Far », (1988) 26 *Alta L. Rev.* 621-633; D. GIBSON, « Section 27 of the Charter : More than a "Rhetorical Flourish" », (1990) 28 *Alta L. Rev.* 589-603; voir également les études contenues dans le chapitre 4, intitulé « Les revendications constitutionnelles des autres groupes linguistiques », de l'ouvrage publié sous la direction de D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Language and the State — The Law and Politics of Identity*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, pp. 311-374.

26. *Supra*, note 18.

27. *Supra*, note 14.

comme incompatibles avec ses dispositions. À l'occasion de l'adoption d'une nouvelle Constitution québécoise, l'article 43 pourrait également être reformulé en

s'inspirant de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁸, plus précis et plus complet dans la mesure où il mentionne le droit des membres des minorités *ethniques, religieuses ou linguistiques*, en commun avec les autres membres de leur groupe, *d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.²⁹

En matière religieuse, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁰, qui attribue aux provinces la compétence de légiférer dans le domaine de l'éducation, leur interdit cependant, dans son premier paragraphe, de diminuer les droits ou privilèges qui étaient conférés par la loi, avant 1867, relativement aux écoles confessionnelles. Cette disposition « enchâsse » par conséquent les droits scolaires de la minorité protestante du Québec (et des minorités catholiques des cinq autres provinces auxquelles l'article 93 s'applique), dans la mesure où ces droits étaient légalement reconnus avant le 1^{er} juillet 1867³¹. Étant donné la sécularisation de la société québécoise intervenue depuis la « Révolution tranquille », l'article 93 constitue aujourd'hui un anachronisme et devrait être abrogé. D'ailleurs, la Cour suprême a constaté en 1987, dans une affaire concernant l'Ontario³², que l'article 93 est difficilement compatible avec la liberté de religion et le droit à l'égalité qui sont garantis par la Charte canadienne. Cependant, elle a dû reconnaître que, dans la mesure où l'article 93 fait partie de la Constitution du Canada, il n'est évidemment pas neutralisé par la Charte canadienne et continue de s'appliquer. Dans un Québec souverain, il serait suffisant de maintenir le droit d'exiger l'enseignement religieux ou moral et celui de choisir l'enseignement privé qui sont déjà garantis aux articles 41 et 42 de la Charte québécoise. Cependant, il faudrait conférer à ces droits une primauté sur les

28. *Supra*, note 20. Les garanties contenues à l'article 27 du Pacte sont explicitées dans la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992 : A/RES/47/135. Cette déclaration n'a aucun caractère juridiquement contraignant, mais elle pourrait servir de fil conducteur pour interpréter les obligations découlant pour les États parties de l'article 27 du Pacte international. En effet, par rapport à ce dernier, elle se caractérise par sa précision et la rigueur des exigences qu'elle pose vis-à-vis des États. En outre, à défaut de créer des normes juridiques, la Déclaration a une portée politique et une autorité morale peu contestables.

29. Il faudrait cependant retenir la formulation positive de l'actuel article 43 de la Charte québécoise (« ont le droit [...] ») plutôt que la formulation négative de l'article 27 du Pacte international, *supra*, note 20, (« ne peuvent être privées du droit [...] »).

30. *Supra*, note 22.

31. Pour un rappel du contenu, du champ d'application et de la portée de l'article 93, voir : J. WOHLING, « La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », (1994) 35 *C. de D.* 551-582, pp. 554-561.

32. *Renvoi relatif au projet de loi 30 : An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1149.

lois ordinaires qui leur fait actuellement défaut, dans la mesure où les articles 41 et 43 ne sont pas visés par l'article 52 de la Charte québécoise (la clause de primauté).

Les droits des peuples autochtones sont garantis dans la Partie II (articles 35 et 35.1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³³ plutôt que dans la Charte canadienne. L'article 35 confère une garantie constitutionnelle aux droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones du Canada. Selon les tribunaux, cette disposition accorde à ces peuples une protection contre toute législation, fédérale ou provinciale, qui aurait pour effet d'éteindre ou de nier ces droits, ou de leur imposer des restrictions jugées non raisonnables. En 1983, une modification constitutionnelle est venue préciser que cette protection comprend les droits issus d'accords sur des revendications territoriales. Dans un Québec souverain, les droits des peuples autochtones devraient également être localisés dans un chapitre distinct de la nouvelle Constitution, plutôt que dans la Charte des droits et libertés³⁴. Le Québec devrait s'engager à inclure dans une future Constitution québécoise les droits des autochtones formulés de la même façon que dans l'actuelle Constitution canadienne³⁵. Un Québec souverain pourrait même s'engager à faire bénéficier les peuples autochtones de toute amélioration de statut qui pourrait leur être reconnue à l'avenir par le Canada. Par ailleurs, les autochtones québécois craignent sans doute que l'accession du Québec à la souveraineté ne rende plus difficiles les contacts avec les peuples autochtones du Canada. Pour les rassurer sur ce point, le Québec devrait s'engager à conclure avec le Canada un accord garantissant aux peuples autochtones la jouissance de leurs droits de part et d'autre de la nouvelle frontière, de façon à ce que la mise en place de celle-ci ne limite ou ne diminue pas l'exercice de ces droits.

B. LES AUTRES DROITS ET LIBERTÉS

Les suggestions qui suivent n'ont pas la prétention d'être exhaustives; nous avons seulement essayé de relever les principales lacunes de l'actuelle Charte

33. *Supra*, note 1.

34. Cependant, la Charte constitutionnelle d'un Québec souverain devrait contenir une disposition similaire à l'article 25 de la Charte canadienne selon lequel la Charte ne doit pas s'interpréter de manière à porter atteinte aux droits autochtones; en effet, ces droits pourraient autrement se révéler vulnérables à une interprétation trop radicale du droit à l'égalité.

35. Quelque 55 000 Amérindiens et 7 000 Inuit, répartis en onze nations, vivent au Québec (où ils comptent pour 0,8 % de la population); 18 000 d'entre eux, appartenant aux communautés crie, naskapi et inuit, sont établis dans la partie septentrionale du territoire québécois. En vertu de la *Convention de la Baie-James et du Nord-ouest québécois* et de la *Convention du Nord-Est québécois*, les Cris, les Naskapis et les Inuit bénéficient d'une certaine autonomie en matière d'éducation et d'administration locale ou régionale, ainsi que d'un soutien pour contrer la diminution progressive de leurs activités traditionnelles. En outre, le 20 mars 1985, l'Assemblée nationale du Québec a adopté une résolution reconnaissant notamment le droit des nations autochtones à l'autonomie au sein du Québec. Une étude comparative de la situation des autochtones dans les différentes provinces canadiennes, réalisée pour la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, conclut que leur situation au Québec est généralement plus avantageuse que dans les autres provinces; voir : B. MORSE, « Comparative Assessments of Indigenous Peoples in Québec, Canada and Abroad », Assemblée nationale du Québec, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Exposés et études, volume 1 (« Les attributs d'un Québec souverain »), 1992, pp. 307-345.

québécoise par rapport à la Charte canadienne, ainsi que certains cas où des droits déjà contenus dans la Charte québécoise mériteraient d'être reformulés.

Certains droits garantis dans la Charte canadienne manquent actuellement dans la Charte québécoise parce qu'ils n'ont de raison d'être qu'en matière criminelle, compétence fédérale exclusive. Ils devraient donc être ajoutés dans la Charte d'un Québec souverain. Il s'agit du droit de bénéficiaire d'un procès avec jury (sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire) lorsque la peine maximale prévue est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave (article 11f) de la Charte canadienne) et de la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12 de la Charte canadienne). Cependant, pour ce qui est de ce deuxième droit, on devrait préférer à la formulation de l'article 12 de la Charte canadienne celle de l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁶, qui offre une protection plus large :

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

D'autres droits garantis dans la Charte canadienne sont absents de la Charte québécoise parce qu'ils constituent un accessoire de la citoyenneté canadienne, qui relève de la compétence législative du Parlement fédéral. Il en va ainsi du droit de tout citoyen canadien de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir (article 6(1) de la Charte canadienne). Tant que le Québec restera une province canadienne, il ne sera ni possible ni nécessaire de protéger ce droit à l'intérieur d'une Charte québécoise. Par contre, en cas d'accession du Québec à la souveraineté, il faudrait ajouter à la Charte québécoise une disposition garantissant un tel droit aux citoyens du Québec. Quant à l'article 6(2) de la Charte canadienne, il garantit le droit des citoyens canadiens et des résidents permanents de se déplacer librement sur tout le territoire de la fédération, ainsi que de s'établir et de travailler là où ils le désirent. Une disposition équivalente, garantissant aux citoyens du Québec et aux résidents permanents la liberté de circulation et d'établissement sur le territoire québécois, devrait être insérée dans la Charte d'un Québec souverain.

L'article 7 de la Charte canadienne, qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et qui dispose qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, n'a pas d'équivalent véritable dans la Charte québécoise. Une disposition similaire devrait être inscrite dans celle-ci si le Québec devenait souverain. Il y aurait probablement lieu d'y ajouter le droit à la jouissance de ses biens qui a été omis en 1982 pour des raisons politiques. Comme on l'a noté précédemment, à l'heure actuelle, l'article 6 de la Charte québécoise garantit « le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi »; par conséquent, le respect de ce droit ne s'impose pas au législateur. Soulignons que le droit de propriété est garanti dans l'article 17 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948³⁷, qui énonce :

1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.

36. *Supra*, note 20.

37. Doc. off., A.G., 3^e session, première partie, résolution 217A (III), p. 71; Doc. N.U., A/810 (1948).

Les articles 4 et 5 de la Charte canadienne, portant respectivement sur le mandat maximal des assemblées électives et sur l'obligation de tenir une session annuelle du Parlement, devraient trouver leur place dans la Constitution d'un Québec souverain, mais plutôt dans la partie relative à la structure et au fonctionnement du pouvoir législatif que dans la Charte des droits.

Dans un Québec souverain, les articles 10 à 20 de la Charte québécoise, portant sur le droit à l'égalité et la non-discrimination, en tant qu'ils s'appliquent aux rapports privés, devraient être déplacés dans une loi sur les droits de la personne qui pourrait être baptisée, comme on l'a déjà signalé, *Code des droits et libertés de la personne*. Dans leur application aux rapports des individus avec la puissance publique, ces articles devraient être remplacés par une disposition générale garantissant le droit à l'égalité et interdisant la discrimination. L'article 10 de la Charte québécoise ne garantit actuellement le droit à l'égalité que dans la reconnaissance et l'exercice des autres droits et libertés contenus dans la Charte; il devrait être reformulé de façon à garantir le droit à l'égalité de façon autonome, comme c'est le cas pour l'article 15 de la Charte canadienne³⁸. En outre, la liste des motifs de discrimination illicites de l'article 10, qui est actuellement « fermée », devrait devenir non limitative, là encore comme pour l'article 15 de la Charte canadienne. Cependant, vu l'interprétation restrictive donnée par la Cour suprême à ce dernier, il vaudrait mieux s'inspirer de l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁹, qui énonce :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de naissance ou de toute autre situation.

Malgré la formulation non limitative de l'article 26 du Pacte, il serait important d'ajouter à la liste des discriminations prohibées qu'il contient les motifs suivants, actuellement mentionnés à l'article 10 de la Charte québécoise : la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge et le handicap.

En matière d'égalité, la Charte canadienne contient également, dans son article 28, une disposition énonçant l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes, « indépendamment des autres dispositions de la [...] charte ». Le seul effet juridique que les tribunaux en aient tiré jusqu'à présent est d'empêcher la dérogation par disposition expresse au droit à l'égalité sans distinction fondée sur le sexe. Par conséquent, l'insertion d'une disposition similaire à l'article 28 dans la Charte d'un Québec souverain serait inutile si on incluait cette forme particulière d'égalité dans la catégorie des droits et libertés expressément soustraits au pouvoir de déroger.

Ensuite, certains autres droits déjà garantis par la Charte québécoise pourraient également être reformulés en s'inspirant de la Charte canadienne, ou de certains instruments internationaux, de façon à préciser ou à augmenter leur portée.

38. L'article 10 de la Charte québécoise, contrairement à l'article 15 de la Charte canadienne, ne garantit pas le droit à l'égalité de façon autonome; une violation de l'égalité n'est en effet contraire à l'article 10 que si elle peut être considérée comme ayant pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance ou l'exercice, « en pleine égalité », d'un autre droit ou d'une autre liberté garanti par la Charte. Autrement dit, la discrimination, pour être illicite, doit pouvoir être rattachée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti ailleurs qu'à l'article 10.

39. *Supra*, note 20.

Ainsi, les libertés fondamentales sont actuellement protégées par l'article 3 de la Charte québécoise, qui énonce :

Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

Bien que ce texte ne soit pas limitatif et qu'il soit possible de prétendre que ces libertés y sont implicitement prévues, il serait opportun d'ajouter à l'énumération de l'article 3 la liberté de pensée et de croyance et la liberté de la presse et des autres moyens de communication, l'une et l'autre expressément mentionnées à l'article 2 de la Charte canadienne. En outre, la liberté d'expression pourrait être mieux circonscrite en s'inspirant de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁰, qui énonce :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
[...]

Pour éviter que la liberté d'expression ne puisse être invoquée par ceux qui s'adonnent aux appels à la haine nationale, raciale ou religieuse, il faudrait également ajouter une disposition inspirée de l'article 20(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴¹, qui énonce :

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

La protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, prévue à l'article 9 de la Charte canadienne, pourrait avantageusement remplacer l'article 24 de la Charte québécoise, qui prévoit que nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, « sauf pour des motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite ».

Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, prévu dans l'article 11e) de la Charte canadienne, devrait être ajouté à l'article 31 de la Charte québécoise (« Liberté sur engagement »).

La protection contre les lois pénales rétroactives contenue dans l'article 37 de la Charte québécoise devrait être reformulée en s'inspirant de l'article 11g) de la Charte canadienne, de manière à y ajouter la référence au droit international.

De même, la formulation de l'article 14 de la Charte canadienne semble préférable à celle de l'article 36 de la Charte québécoise pour ce qui est du droit à l'interprète, le premier étant plus large que le second en ce que les titulaires du droit sont « la partie ou le témoin » à des procédures, plutôt que l'« accusé ». Par contre, il faudrait conserver de l'article 36 de la Charte québécoise la mention de la gratuité des services d'interprète.

Enfin, certains droits qui ne sont actuellement garantis ni par la Charte québécoise ni par la Charte canadienne pourraient être ajoutés à l'occasion de l'accession du Québec à la souveraineté. Ainsi, par exemple, la Charte constitu-

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

tionnelle d'un Québec souverain pourrait énoncer que le Québec respectera les libertés syndicales telles que prévues en droit international, notamment dans les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT).

CONCLUSION

Il faut souligner que la plupart des modifications à la Charte québécoise proposées ci-dessus, qui ont toutes pour but d'améliorer la protection des droits et libertés, pourraient être adoptées même si le Québec restait une province canadienne. Les principales améliorations consisteraient à limiter le pouvoir de déroger aux droits et libertés et à « enchâsser » la Charte de façon véritable, c'est-à-dire à prévoir pour sa modification la nécessité d'une majorité renforcée, par exemple les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale. Il n'existe pas de jurisprudence canadienne ou québécoise permettant de conclure avec assurance que les tribunaux reconnaîtraient l'efficacité d'un tel mécanisme en acceptant d'invalider les lois incompatibles avec la Constitution qui n'auraient pas été adoptées avec la majorité prescrite⁴². Cependant, dans la mesure où la Cour suprême admet dorénavant que le Parlement puisse se lier pour l'avenir par une exigence de dérogation expresse, voire par l'adoption d'une loi sur les droits de la personne qui ne contient aucune exigence de ce genre⁴³, elle devrait logiquement accepter qu'il puisse parvenir au même résultat en s'imposant des conditions de majorité renforcée, surtout si l'instrument qu'il s'agit de protéger est une Constitution qui possède, tout comme les lois relatives aux droits de la personne, une « nature spéciale »⁴⁴.

José Woehrling
Faculté de droit
Université de Montréal
C.P. 6128, succ. Centre-Ville
MONTRÉAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-7429
Télec. : (514) 343-2199
C. élec. : woehrlj@droit.umontreal.ca

42. Sur cette question, voir : P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 307-314; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, pp. 616-621. Les professeurs Brun et Tremblay soulignent que l'application par les tribunaux des règles spéciales de procédure législative édictées pour « enchâsser » une loi peut se heurter à certains obstacles, notamment le respect des privilèges et immunités des assemblées concernées. Voir également J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 11, pp. 190-195.

43. Voir *supra*, note 10.

44. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 563, le juge Sopinka, parlant au nom d'une Cour unanime, a déclaré : « Il se peut qu'une loi qui est de nature constitutionnelle et qui régit la législation en général plutôt que de porter sur une loi précise puisse imposer des exigences quant au mode et à la forme ». Dans l'arrêt *Mercury c. P.G. Saskatchewan*, [1988] 1 R.C.S. 234, p. 277 : le juge La Forest, pour la majorité, s'exprimait comme suit : « Une disposition fondamentale portant sur la manière suivant laquelle une assemblée législative doit adopter ses lois ne saurait être passée sous silence. Je ne puis accepter qu'une disposition de ce genre puisse être abrogée implicitement par des lois adoptées d'une manière contraire à ce qu'elle exige [...] ». Soulignons cependant qu'il s'agissait, dans ce dernier cas, d'un texte législatif exigeant pour sa propre modification, non pas une majorité renforcée, mais l'adoption d'une loi faisant foi en français et en anglais.