

LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS HIER, AUJOURD'HUI ET DEMAIN

ENTRETIEN AVEC JACQUES-YVAN MORIN

*Propos recueillis par Michèle Rivet**

Question 1 : Il y a cinquante ans de cela, vous signiez un texte remarquable publié dans la Revue de droit de McGill, dans lequel vous proposiez l'adoption d'une charte des droits l'homme pour le Québec par l'Assemblée législative du Québec¹. Tous sont d'accord pour dire que l'ascendant de cet article et de ce projet de charte a été déterminant dans la réflexion ayant mené à l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne² en 1975. Quel est donc, à ce moment, le contexte politique et économique qui, au Québec, vous convainc de la nécessité de définir « les buts sociaux de la collectivité et de la place de l'individu » par cette charte des droits de l'homme pour le Québec?

Il faut en effet retourner à cette époque des années cinquante et soixante pour comprendre les raisons qui militent en faveur d'une nouvelle attitude de la société et de l'État québécois à l'égard des droits et libertés de la personne. Aujourd'hui, plus de trente ans après l'adoption de la *Charte* par l'Assemblée législative – c'était son nom à l'époque – nous pensons volontiers que la *Charte* va de soi : les interventions de la Commission et la jurisprudence du Tribunal font que le souci des droits et libertés entre pour ainsi dire progressivement dans les mœurs.

Il n'en était pas ainsi à la fin des années cinquante et l'on peut distinguer diverses raisons qui expliquent la mutation qui se dessine alors. Elles sont d'ordre national, d'ordre international et j'ajouterais d'ordre identitaire et éducatif.

Sur le plan *interne*, tout d'abord, le Québec de 1963 est en pleine mutation économique et sociale. Nous appelons cela la « Révolution tranquille »; un besoin profond de mise à jour de la société québécoise dans tous les domaines : social, économique, culturel et politique. Plusieurs réformes sont déjà en marche en 1963 : éducation, santé et richesses naturelles sont à l'ordre du jour. Ces orientations font l'objet de débats, parfois très vifs. Les divergences font que les libertés d'opinion et

* L'honorable Michèle Rivet a été la première présidente du Tribunal des droits de la personne, en 1990 et elle a occupé cette fonction jusqu'en 2010. Elle avait auparavant été Commissaire à la Commission de Réforme du Droit du Canada de 1987 à 1990 et juge au Tribunal de la Jeunesse, depuis 1981. En 2005, l'Université d'Ottawa lui décernait un doctorat honorifique pour souligner ses réalisations dans le développement des droits de la personne sur le plan canadien et le plan international. En 2011, la Cour du Québec lui accordait la médaille d'or en reconnaissance de sa carrière. Elle est également professeure associée à l'Université de Sherbrooke et Vice-présidente de la Commission internationale des juristes à Genève. Les propos ont été recueillis en septembre 2013, dans les locaux de l'Université de Sherbrooke, au campus Longueuil.

¹ Jacques-Yvan Morin, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 RD McGill 273 [Morin].

² *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte des droits et libertés, Charte québécoise, Charte*].

d'expression deviennent indispensables. Et bientôt l'ensemble des libertés dans un Québec qui découvre la modernité et les péripéties du développement dans une ambiance de laisser-faire économique et social.

Aujourd'hui nous tenons souvent ces libertés pour acquises. Ça n'a pas toujours été le cas. Rappelons-nous, par exemple, la « *Loi du Cadenas* » de 1936 : le procureur général peut alors confisquer tout imprimé tendant à propager le communisme et ordonner la fermeture de tout local ayant servi aux mêmes fins. Invalidee en 1957, cette *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*³ montre que l'Assemblée pouvait empiéter sur l'une des libertés essentielles au fonctionnement du régime démocratique.

L'État fait également problème parce qu'il devient instrument de construction sociale et intervient de plus en plus. Aussi le législateur québécois cherche à mettre à l'abri du contrôle judiciaire les organismes administratifs qu'il crée. C'est le pouvoir de surveillance des tribunaux qui est en jeu. Les corps administratifs cherchent à obtenir l'immunité de juridiction, mettant en cause la *rule of law* héritée de la Grande-Bretagne.

Souvenons-nous de l'Affaire de l'*Alliance des professeurs*⁴ de 1953 : la décision de la Commission des relations ouvrières n'était pas valide parce qu'elle n'avait pas respecté « les principes de justice fondamentale ».

De ces précédents et de quelques autres, il ressort qu'il paraissait évident depuis les années cinquante (à tout le moins) qu'il était temps que l'Assemblée du Québec prenne conscience du fait qu'elle n'était pas suffisamment respectueuse des droits fondamentaux et qu'elle définisse et s'impose à elle-même des limites... Il y a donc une prise de conscience, une évolution, une pression sociale interne favorables aux libertés.

Passons au plan international. Nous sommes au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et le Canada tente de se défaire des derniers signes de son statut colonial au sein de l'Empire britannique. Le Québec prend conscience de la dimension internationale de toutes choses. L'évolution des mentalités depuis le *Statut de Westminster*⁵ de 1931 soulève la question de savoir qui parle au nom du Québec sur la scène plus large créée par l'établissement de l'ONU et d'organisations comme l'OIT ou l'UNESCO.

En 1937, le Conseil privé a décidé qu'il appartient aux provinces de mettre en œuvre les conventions ou traités dont l'objet relève de leur compétence. Nouvelle question, posée par Paul Gérin-Lajoie dans un célèbre discours d'avril 1965, en pleine Révolution tranquille : « Pourquoi l'État qui met un accord international à exécution

³ *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, 1 Geo VI (1937), c 11, SRQ 1941, c 52 [*Loi du cadenas*]. Cette loi a été déclarée inconstitutionnelle en 1957 par la Cour suprême du Canada : *Switzman v Elbling* [1957] RCS 285, 7 DLR (2^e) 337.

⁴ *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c Québec (Commission des relations ouvrières)*, [1953] 2 RCS 140, 4 DLR 161 [*Alliance des professeurs*].

⁵ *Statute of Westminster, 1931* (R-U). 22 & 23 Geo V, c 4 [*Statut de Westminster*].

serait-il incapable de le négocier et de le signer lui-même?» Il affirme donc « la détermination du Québec de prendre dans le monde contemporain la place qui lui revient »⁶.

À compter de ce moment se développera la présence, la personnalité internationale du Québec. Mais s'il revendique cette capacité d'agir, n'a-t-il pas la responsabilité concomitante d'intégrer la dimension internationale dans son droit? Cette dimension prend, dans le domaine qui nous intéresse, la forme de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁷ de 1948, résolution non juridiquement contraignante de l'Assemblée générale, mais également deux pactes relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels⁸, signés dans le cadre de l'ONU en 1966 et ratifiés par le Québec en 1976, donc obligatoires pour lui. Il y a également plusieurs autres conventions sur la torture, la discrimination raciale, la discrimination à l'égard des femmes, les droits de l'enfant⁹, etc. Le Québec s'initie à la vie internationale.

Cette double pression, interne et internationale, sert de fondement à la Révolution tranquille, renforcée en 1945 par un principe de la *Charte des Nations Unies*¹⁰, énoncé dès les premières lignes et voisin des droits de l'homme : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En quelques années, ce principe engendrera dans le monde la décolonisation, mouvement appuyé par l'ONU en 1960 dans la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux*¹¹. L'Assemblée générale y proclame le principe de « la libre détermination de tous les peuples » en même temps que la nécessité d'assurer « le respect des droits de l'homme ». « Tous les peuples ont un droit inaliénable à la pleine liberté et à l'exercice de leur souveraineté [...] ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. » Les Québécois reçoivent ce message; le Québec perçoit l'écho de ces grandes déclarations. Bientôt, il les accueille. Celle de 1960 sur le droit des peuples coïncide avec l'arrivée au pouvoir du gouvernement qui va lancer la Révolution tranquille.

⁶ M Paul Gérin-Lajoie, vice-président du Conseil exécutif du Québec et ministre de l'Éducation, allocution aux membres du Corps consulaire de Montréal, présentée à Montréal, 12 avril 1965 [non publiée], en ligne : <<https://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Partie2/PaulGerinLajoie1965.pdf>>.

⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

⁸ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP]; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [PIDESC, Pacte].

⁹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987); *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969); *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981); *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

¹⁰ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can n° 7.

¹¹ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux*, Rés AG 1514 (XV), Doc off AG NU, 15^e sess, Doc NU A/RES/1514(XV) (1960) 70.

L'enseignant de droit international que j'étais ne pouvait rester insensible à cette évolution. D'où mon article de 1963, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec »¹². Il était temps que nous prenions nos responsabilités pour la protection des libertés fondamentales dans cette société nouvelle.

Question 2 : Outre ces raisons d'ordre national et international, vous avez mentionné des motifs d'ordre identitaire et éducatif. Quels sont-ils ?

Dans les pays démocratiques, les constitutions ressemblent aux peuples qui se les sont données : les caractéristiques, les qualités et même les défauts nationaux s'y retrouvent; les institutions en sont le reflet. À leur tour, elles influencent les comportements et les attitudes des citoyens de chaque État.

La *Constitution de la République française*¹³ ne conviendrait guère à la Grande-Bretagne, qui n'a d'ailleurs pas de constitution formelle. C'est ce que nous pourrions appeler l'aspect identitaire des constitutions et des lois. D'où la nécessité, si l'on veut que la future loi fondamentale du Québec soit à son image et ressemblance, de faire intervenir dans le débat, à côté de l'expérience parlementaire, la conscience populaire. La législation protectrice sera d'autant plus efficace qu'elle reflétera la manière d'être de la société intéressée. Dès lors, la charte ou la constitution pourra servir à des fins éducatives, à transmettre les valeurs du milieu, à faire progresser les droits et libertés. Chez nous, cette dimension pédagogique demande à être développée.

Les années soixante et suivantes sont donc à la recherche de l'identité québécoise, dans son unité comme dans sa diversité, et l'une des manières de l'affermir est de la mettre par écrit dans un ou plusieurs documents fondamentaux, comme par exemple le projet de *Charte des valeurs québécoises*¹⁴.

Question 3 : Il aura fallu attendre une douzaine d'années avant que l'Assemblée nationale n'adopte une Charte, en 1975, alors que vous étiez chef de l'opposition à Québec. Vous avez voté en faveur de la nouvelle législation, mais étiez-vous entièrement satisfait du texte présenté par le gouvernement? D'après les débats, surtout en commission parlementaire, vous avez proposé plusieurs modifications au projet de loi.

Effectivement, nous aurions souhaité, du côté de l'opposition, quelques changements importants au texte présenté par le ministre de la Justice, Jérôme Choquette. Bien sûr, nous étions heureux d'accueillir enfin une charte protectrice,

¹² Morin, *supra* note 1.

¹³ *Constitution de la République française*, en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>.

¹⁴ PL 60, *Charte 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 [*Charte des valeurs québécoises*].

mais nous aurions souhaité que la garantie des droits et libertés soit constitutionnalisée, c'est-à-dire dotée de la supériorité sur l'ensemble des lois et dont les dispositions soient protégées contre les changements intempestifs.

Question 4 : Vous aviez donc pensé cette charte des droits de l'homme pour le Québec en termes de loi constitutionnalisée, c'est-à-dire « dotée de la supériorité ou primauté par rapport aux lois ordinaires et s'imposant au législateur lui-même ». En 2006, dans vos propos liminaires¹⁵, à l'occasion d'une édition spéciale de la Revue du Barreau en hommage à votre collègue André Morel, portant sur les trente ans de la Charte québécoise, vous indiquiez que cette idée n'avait pas été retenue en 1975, lors de l'adoption de la Charte. Pour quelles raisons ?

J'ai plaidé en commission parlementaire pour que la *Charte* soit pleinement constitutionnalisée, c'est-à-dire non seulement qu'elle l'emporte sur les lois ordinaires de l'Assemblée, mais ne puisse être modifiée que selon une procédure législative spéciale, par exemple une majorité renforcée des députés. Le gouvernement préféra par la suite s'en tenir à une sorte de prééminence atténuée de la *Charte*, à l'article 52, selon laquelle certains articles prévalent sur toute autre loi sauf si le législateur énonce expressément que la nouvelle disposition s'applique malgré la *Charte*. Le ministre voyait là un compromis qui permettait au gouvernement et à l'Assemblée de conserver leur liberté d'action, leur pouvoir de décision.

Question 5 Même si les dispositions des articles 1^{er} à 38 de la Charte ne jouissent aujourd'hui que d'une supériorité relative, plusieurs modifications à la Charte depuis 1975 ont permis d'adapter le droit à l'évolution de la société. Certaines modifications apportées par le législateur ont voulu pallier l'interprétation restrictive ayant caractérisé la première jurisprudence relative à la Charte québécoise, notamment en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination. En rétrospective, cela a été possible sans constitutionnalisation au sens strict. Cette non-constitutionnalisation n'aurait-elle pas assuré une plus grande souplesse ou fluidité lorsqu'il s'agit d'incorporer dans le droit de nouvelles protections exigées par les mutations culturelles, économiques et sociales qui ont cours au Québec ?

Nous étions conscients du fait que le Québec avait pris tout de même du retard dans la protection des droits et libertés et c'est pourquoi nous avons pressé le gouvernement de rapprocher les étapes. D'un autre côté, nous étions sensibles à l'argument qui voulait sauvegarder la souplesse dans un processus qui bousculait beaucoup d'attitudes et d'idées reçues. C'est pourquoi, même si le projet de *Charte* ne répondait pas à toutes nos attentes, l'opposition a voté en faveur.

L'existence de la *Charte* constituait déjà un progrès. Mais il y a plus de trente ans de cela et la *Charte* a trouvé sa place dans le droit québécois. Aujourd'hui, le moment est venu de franchir une autre étape cruciale : la pleine supériorité

¹⁵ Jacques-Yvan Morin, « Propos liminaires » (2006) Numéro thématique hors série R du B XIX.

constitutionnelle. Cela me paraît d'autant plus indiqué que les pactes des droits de l'homme, signés en 1966 et entrés en vigueur pour le Québec en 1976, sont des instruments conventionnels obligatoires pour les parties et exigent à mon avis des engagements plus stricts, comme la constitutionnalisation par les États.

Cela dit, il vaut mieux procéder par étapes que de ne pas agir. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit depuis 1975, ce qui m'a autorisé, dans un article de la *Revue juridique Thémis*, paru en 1987¹⁶, à parler de l'évolution de la *Charte* comme étant une « constitutionnalisation progressive ». La *Charte* n'est pas encore parvenue au terme de ce processus, si elle y arrive jamais, compte tenu des changements économiques, sociaux et politiques qui guettent notre société sans relâche.

Question 6 : Cette expression de « constitutionnalisation progressive » paraît quelque peu abstraite. Qu'entendez-vous par là?

Si l'on observe l'évolution des droits et libertés depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, en 1976, on constate que, grâce notamment à l'action de la Commission et du Tribunal, son élaboration et son application ont franchi plusieurs étapes, mais que ce processus d'intégration dans la vie du peuple québécois n'est sans doute pas terminé.

Une première étape a été franchie lorsque les articles 9 à 38 ont acquis la prépondérance par rapport aux lois postérieures, sauf si celles-ci s'appliquent « malgré la *Charte* », selon l'article 52.

Une seconde étape est intervenue lorsque le législateur a ajouté de nouveaux motifs de discrimination interdits, comme le handicap en 1977. On a procédé également à des retouches destinées à préciser certains droits, comme ceux de l'enfant en 1980.

Troisième étape : en 1982, le gouvernement Lévesque étend la prépondérance aux huit premiers articles de la *Charte* (libertés et droits fondamentaux), applicable aussi aux lois antérieures; la justiciabilité des droits gagne donc du terrain.

D'autres escales surviennent chaque fois que l'Assemblée nationale modifie une loi ordinaire pour l'aligner sur les dispositions de la *Charte*, comme c'est le cas, par exemple, du *Code civil du Québec*¹⁷ en 1991 à la suite du rapport d'un comité de rédaction, dont j'étais le rapporteur. C'est le premier livre et titre du nouveau *Code civil*. Il s'agit, certes, d'une « loi ordinaire », mais elle vient corroborer et renforcer la *Charte*, en posant les principes de base de l'exercice des droits civils.

Ce processus n'est pas terminé et il reste des étapes à franchir dont les principales sont sans doute la révision des dispositions qui ont trait aux droits

¹⁶ Jacques-Yvan Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987) 21 RJT 25.

¹⁷ Art 1457 CcQ.

économiques, sociaux et culturels et, d'autre part, la constitutionnalisation éventuellement complète de la *Charte*, qui pourrait s'inscrire dans une nouvelle constitution formelle du Québec.

Question 7 : Arrêtons-nous un instant aux droits économiques et sociaux, qui font l'objet d'un chapitre distinct, aux articles 39 à 48 de la Charte. La Commission estime que le législateur québécois ne leur accorde pas l'importance qu'ils devraient avoir pour assurer le respect de tous les autres droits, politiques notamment. N'est-il pas vrai que la démocratie économique est une condition de la démocratie politique?

Dans son avant-dernier rapport d'activités de 2010-2011, la Commission déplore le fait que les droits économiques et sociaux soient les « parents pauvres »¹⁸ de la *Charte*. C'est à Pierre Bosset que nous devons cette expression lors d'un colloque tenu en 1996. Non seulement, ajouterais-je, les articles qui en traitent sont-ils peu nombreux et moins précis que les dispositions du pacte international que le Québec a pourtant « ratifié », mais ce chapitre de la *Charte* échappe à la règle de la prépondérance, de sorte que cela demeure en réalité de la législation « ordinaire ». Aussi la Commission estime-t-elle qu'il y a lieu de « renforcer considérablement la garantie juridique de ces droits »¹⁹ puisque la pauvreté et les inégalités sociales comptent parmi les causes du non-respect de tous les droits et libertés. C'est pourquoi elle a organisé en 2011 un cycle de conférences sur les droits économiques, sociaux et culturels car, dit-elle, « il faut que l'État québécois puisse aller plus loin dans la reconnaissance effective de ses engagements internationaux »²⁰, en l'occurrence le *Pacte*.

Dans mon article sur la constitutionnalisation progressive de la *Charte*, en 1987, j'en concluais que, dans une perspective d'avenir, on ne saurait refuser aux droits économiques et sociaux, en dépit de leur nature particulière, de les mettre au rang des principes fondamentaux, en le faisant à la manière européenne, comme dans la *Charte sociale* de 1961 ou le *Code européen de sécurité sociale* de 1964²¹, accords multilatéraux dans lesquels les obligations des États sont rédigés en termes de moyens plutôt que de résultats, de comportements de l'État plutôt que « d'impératifs catégoriques ».

¹⁸ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion*, 2010-2011, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/publications/RA_2010_2011.pdf> à la p 11

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p 94.

²¹ *Charte sociale européenne*, 18 octobre 1961, STE 35 (entrée en vigueur : 26 février 1965) [*Charte sociale*]; *Code européen de sécurité sociale*, 16 avril 1964, STE 48 (entrée en vigueur : 17 mars 1968).

Question 8 : Les modèles européens ne manquent pas, mais ne doit-on pas s'inspirer avant tout du Pacte?

Oui, assurément, puisque c'est l'instrument international que le Québec et le Canada ont ratifié et qu'ils doivent mettre en œuvre. Mais cela n'exclut pas d'autres modèles qui visent les mêmes buts.

Entre la *Charte* par laquelle l'Assemblée nationale intègre dans le droit interne du Québec les droits énumérés dans le *Pacte*, et le texte de celui-ci, il existe des écarts importants : les normes internationales sont plus développées. Par rapport aux 25 articles détaillés du *Pacte*, la *Charte québécoise* ne comporte que 9 articles succincts, lesquels, de surcroît, n'ont aucune prépondérance par rapport aux autres lois.

Comparons les deux instruments. Commençons par les droits du *Pacte* repris dans la *Charte québécoise* : conditions de travail « justes et raisonnables », respectant la santé, la sécurité et l'intégrité physique du travailleur, droit de celui qui se trouve dans le besoin à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales permettant de lui assurer un niveau de vie « décent ».

Cependant, le *Pacte* énonce aussi de nombreux droits parmi les plus importants qui n'apparaissent pas dans la *Charte québécoise* : le droit au travail, par exemple, ou la « durée du travail », laquelle peut toutefois être incluse dans les « conditions de travail justes et raisonnables » garanties à l'article 46 de la *Charte*. Le droit au « salaire équitable » n'apparaît pas non plus, à moins de le rattacher également aux conditions de travail. On ne trouvera pas non plus le droit de former des syndicats et le droit de grève, établi ailleurs dans les conventions internationales et dans la législation québécoise, mais auxquels l'inclusion dans la *Charte* conférerait ce que le juge LeBel a appelé « une nouvelle dimension » (en attendant que ces droits soient constitutionnalisés...).

Autre exemple qui marque les limites que le législateur québécois n'a pas voulu franchir : la sécurité sociale, que le *Pacte* mentionne à l'article 9. La *Charte*, à l'article 45, on l'a vu, garantit le droit à « des mesures sociales, prévues par la loi », propres à assurer un « niveau de vie décent » à toute personne dans le besoin. Dans l'affaire *Gosselin c Québec*, la Cour suprême, dans un arrêt de 2002, a décidé que, si la *Charte* exige du gouvernement qu'il prenne des mesures sociales, celles-ci doivent être « prévues par la loi »²² et les tribunaux n'ont donc pas le pouvoir de se prononcer sur la suffisance de ces mesures. En d'autres termes, le droit à la protection de la *Charte* ne vaut que dans la mesure prescrite par la loi.

Si l'on ajoute à cela que certains droits sont énoncés en termes très généraux dans le *Pacte*, comme celui « qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre » ou celui de chacun « à un niveau de vie suffisant » pour lui-même et sa famille, de tels engagements demanderaient à être précisés. S'ils sont pris au sérieux, ils supposent des comportements fort exigeants pour les États parties au *Pacte*.

²² *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429.

Il y a donc du pain sur la planche. Voilà maintenant trente-sept ans que le *Pacte* a été ratifié par le Québec et la Commission a tout à fait raison de plaider pour le renforcement des droits économiques et sociaux dans la *Charte*. J'ajoute que le législateur devrait d'ores et déjà appliquer aux règles qui protègent ces droits la prépondérance relative prévue à l'article 52 en attendant la pleine constitutionnalisation, voire l'inclusion de la *Charte* dans une nouvelle constitution formelle du Québec, dont elle formerait un chapitre important, sinon même le tout premier.

Question 9 : Ce sont là de vastes perspectives d'avenir. Que signifierait exactement la pleine constitutionnalisation? (Ne comporterait-elle pas une certaine rigidité dans l'adaptation des principes et règles de la Charte (ou de la Constitution) à l'évolution socio-économique et politique de la société québécoise?)

Dès le moment où fut débattu à l'Assemblée nationale le projet de *Charte*, en 1975, la question de son statut par rapport aux autres lois s'est posée. Devait-elle être prépondérante et imposer la conformité à toute autre règle de droit ou être considérée comme une loi ordinaire? Le projet initial ne contenait pas la moindre allusion à une hiérarchie entre elle et la législation « ordinaire », au point qu'on pouvait se demander si l'on devait vraiment parler de « charte ». Le ministre de la Justice expliquait qu'il ne s'agissait que d'énoncer les lois existantes et non d'en rendre les principes prépondérants ou fondamentaux. Au départ, il ne s'agissait pas d'un instrument de nature prépondérante ou constitutionnelle.

L'opposition officielle que je représentais en commission parlementaire estimait, de son côté, que les principes et règles proposés étaient bien de nature fondamentale et devaient donc l'emporter sur toutes autres lois, les rendant invalides ou inopérantes en cas d'incompatibilité. La constitutionnalisation signifie donc en premier lieu que certains principes ou règles sont dotés d'une force juridique particulière qui les place hors de pair et assure leur supériorité dans le cadre juridique.

La constitutionnalisation comporte également un second volet destiné à protéger les règles fondamentales elles-mêmes contre des changements intempestifs ou peu réfléchis, au gré des majorités toujours changeantes de l'Assemblée, à assurer l'intégrité de la *Charte* à l'encontre de la règle de droit britannique selon laquelle le Parlement est « souverain », doté d'un pouvoir illimité en droit de faire et défaire les lois. Cette protection existe dans plusieurs constitutions sous la forme d'une règle soumettant toute modification des textes fondamentaux à une majorité renforcée de l'organe législatif ou constituant ou encore à une procédure spéciale, comme le référendum.

L'idée n'est pas nouvelle. Dès 1975, la Commission parlementaire s'est vue recommander, par la Ligue des droits de l'homme, le Barreau du Québec ainsi que la FTQ, la constitutionnalisation de la *Charte*. Le Barreau plaide pour qu'elle soit protégée « par un processus où tout amendement ou abrogation requerrait un vote des deux tiers de l'Assemblée ».

Dans l'état actuel des choses, la *Charte* elle-même peut être abrogée ou modifiée par un vote à la majorité simple de l'Assemblée. Certes, un tel comportement est peu probable, mais pour assurer vraiment la protection des personnes et mériter son beau nom de « charte », il est devenu nécessaire de compléter le processus de constitutionnalisation amorcé avec l'article 52. Le Barreau invoquait pour cela l'idée que la *Charte* devrait être ainsi placée « à la base du contrat social ».

La constitutionnalisation signifie donc à la fois la supériorité de la charte des droits par rapport aux autres lois et la protection de son intégrité à l'encontre de la volonté du législateur lui-même. Or, la *Charte québécoise* présente une certaine prépondérance par certains de ses articles, mais n'est pas protégée contre une majorité simple de députés. C'est sans doute pour cela que la jurisprudence et la doctrine qualifient parfois la *Charte* de « quasi constitutionnelle ».

La pleine constitutionnalisation comporterait à la fois la supériorité de ses principes et règles, entraînant l'invalidité de toute règle incompatible, ainsi que sa protection par des modes d'amendement plus exigeants comme la majorité des deux tiers ou le recours obligatoire au référendum.

Question 10 : Dans un article publié dans la Revue de droit de McGill, paru en 1985²³, vous vous faisiez l'avocat d'une nouvelle Constitution du Québec, formelle celle-là, pour remplacer l'actuelle composée de lois ou conventions d'origine britannique ou canadienne. Cela n'aurait-il pas pour effet de rendre plus difficile tout changement dans la loi fondamentale alors que l'on songe justement à étendre la protection des droits et libertés?

C'est bien de cela qu'il s'agit et il en résulte forcément une certaine rigidité, comme c'est le cas dans plusieurs constitutions contemporaines. Il y a là un choix à la fois juridique et politique : désire-t-on protéger les personnes contre le législateur lui-même, comme le souhaitent certaines sociétés démocratiques ou veut-on s'en remettre entièrement au législateur, à sa « souveraineté », comme le voulait Dicey? Même en Grande-Bretagne, ce débat n'a pas fini de diviser l'opinion.

En ce qui concerne le Québec, le débat remonte à l'adoption de la *Charte*. En commission parlementaire, le Barreau avait plaidé en faveur de soumettre tout changement à la règle des deux tiers. De mon côté, après avoir examiné la question de savoir si une législature de type britannique pouvait « se lier les mains pour l'avenir », par exemple en exigeant qu'une disposition ne puisse être modifiée que par un vote à la majorité des deux tiers, j'en étais venu à la conclusion, à la lumière de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé, que la chose était possible dans un système juridique inspiré du droit public britannique.

C'est une procédure spéciale de ce type dont certains États se servent pour protéger leur constitution. J'en conclus que le Québec pourrait avoir recours à une telle procédure, à la fois possible et souhaitable. La rigidité se fait ici protectrice.

²³ Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec » (1985) 30:2 RD McGill 171.

Et puisque nous en sommes à parler de constitution, permettez-moi d'évoquer la question de savoir si la *Charte* pourrait ou devrait être inscrite dans une nouvelle constitution formelle du Québec. En 1975, le Barreau avait déclaré qu'il souhaitait que la *Charte* à l'étude soit incorporée à la Constitution « un de ces jours, quand il y aura une Constitution du Québec ». C'est là une conclusion que je partage. Pour la *Charte*, déjà considérée comme une loi « quasi constitutionnelle », ce serait l'aboutissement normal de la démarche de constitutionnalisation progressive dont elle a été l'objet depuis bientôt quarante ans. La *Charte* devrait en occuper l'un des premiers chapitres, sinon le tout premier si l'on tient compte de sa dimension éducative.

Et pourquoi ne pas inclure dans cette démarche les droits économiques, sociaux et culturels, après s'être assuré que la rédaction en est fidèle au *Pacte* ratifié par le Québec. La *Charte*, pleinement constitutionnalisée, serait propre à la formation civique et donnerait aux Québécois à la fois un miroir d'eux-mêmes et un portrait idéal.