|  |
| --- |
| Pierre MACKAY(1988)“La charte canadiennedes droits et libertés de 1982 :un phare aveuglant contrela grande noirceur.”**LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES**CHICOUTIMI, QUÉBEC<http://classiques.uqac.ca/> |



<http://classiques.uqac.ca/>

*Les Classiques des sciences sociales* est une bibliothèque numérique en libre accès, fondée au Cégep de Chicoutimi en 1993 et développée en partenariat avec l’Université du Québec à Chicoutimi (UQÀC) depuis 2000.



<http://bibliotheque.uqac.ca/>

En 2018, Les Classiques des sciences sociales fêteront leur 25e anniversaire de fondation. Une belle initiative citoyenne.

Politique d'utilisation
de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l’autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.

- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf, .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

**L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.**

Jean-Marie Tremblay, sociologue

Fondateur et Président-directeur général,

LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES.

Cette édition électronique a été réalisée par mon épouse, Diane Brunet, bénévole, guide retraitée du Musée de la Pulperie de Chicoutimi:

Page web dans Les Classiques des sciences sociales :
<http://classiques.uqac.ca/inter/benevoles_equipe/liste_brunet_diane.html>

Courriel : Brunet\_diane@hotmail.com

à partir du texte de :

Pierre Mackay,

“**La charte canadienne des droits et libertés de 1982 : un phare aveuglant contre la grande noirceur**.”

in ouvrage de Yves Bélanger, Dorval Brunelle et collaborateurs, **L’ère des libéraux. Le pouvoir fédéral de 1963 à 1984**, pp. 109-126. Montréal : Les Presses de l’Université du Québec, 1988, 442 pp.

Le 17 mars 2006, M. Bélanger nous a accordé l’autorisation de diffuser en libre accès libre à tous l’ensemble de ses publications dans Les Classiques des sciences sociales. De même pour M. Dorval Brunelle.

 Courriels : Yves Bélanger : belanger.yves@uqam.ca

Dorval Brunelle : brunelle.dorval@uqam.ca

Police de caractères utilisés :

Pour le texte: Times New Roman, 14 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2008 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE US, 8.5’’ x 11’’.

Édition numérique réalisée le 9 septembre 2019 à Chicoutimi, Québec.



Dorval Brunelle

“**La charte canadienne des droits et libertés de 1982 :
un phare aveuglant contre la grande noirceur**.”



in ouvrage de Yves Bélanger, Dorval Brunelle et collaborateurs, **L’ère des libéraux. Le pouvoir fédéral de 1963 à 1984**, pp. 109-126. Montréal : Les Presses de l’Université du Québec, 1988, 442 pp.

**Note pour la version numérique** : La numérotation entre crochets [] correspond à la pagination, en début de page, de l'édition d'origine numérisée. JMT.

Par exemple, [1] correspond au début de la page 1 de l’édition papier numérisée.

[109]

**PREMIÈRE PARTIE
QUESTIONS POLITIQUES**

“La Charte canadienne
des droits et libertés de 1982 :
un phare aveuglant contre
la grande noirceur.” [[1]](#footnote-1)

par

Pierre MACKAY

Département de sciences juridiques
Université du Québec à Montréal

*Le droit en question est bien celui qui nous régit mais tout aussi bien celui qui peut nous échapper* [[2]](#footnote-2).

L'adoption et l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, invoquée à la Loi constitutionnelle de 1982, ont marqué avec beaucoup d'éclat l'aboutissement de la politique de nationalisme canadien du Parti libéral du Canada et de son chef Pierre Elliott Trudeau.

La Loi constitutionnelle de 1982 se démarque en effet très nettement de la tradition constitutionnelle canadienne et britannique en prétendant doter le Canada d'une loi suprême made in Canada, qui s'impose au-dessus du Parlement et des législatures [[3]](#footnote-3) provinciales, et au-dessus du partage traditionnel des compétences législatives.

La *Charte canadienne des droits et libertés* s'inscrit dans une réforme plus globale de la Constitution, dont les autres aspects majeurs sont le rapatriement [110] de la formule d'amendement [[4]](#footnote-4), la reconnaissance des droits ancestraux des peuples autochtones [[5]](#footnote-5) et de la juridiction des provinces sur les ressources naturelles non renouvelables [[6]](#footnote-6).

On peut dire que la Loi constitutionnelle marque un déclin très net, voire l'abandon, des plus importantes traditions britanniques dans le droit et les institutions canadiennes. Mais cette réforme et, en particulier, la Charte canadienne des droits et libertés, marque-t-elle également la naissance d'un véritable État national canadien ? Une analyse de ce texte et de quelques-unes des principales décisions judiciaires qui l'ont jusqu'ici interprété seraient plus de nature à nous faire croire que loin de réaliser la Magna Carta de l'État national canadien, la Charte canadienne des droits et libertés consacre au plan constitutionnel l'intégration du Canada dans l'orbite américaine.

UNE CONCEPTION
DU DROIT ET DES DROITS

La tradition et les institutions constitutionnelles britanniques font reposer sur le Parlement seul toute la souveraineté de l'État. Résultat de la longue lutte qui opposa bourgeoisie et aristocratie anglaise, la plénitude de la souveraineté parlementaire britannique fut très tôt exprimée par Lord Coke, dans une déclaration désormais classique :

The power and jurisdiction of Parliament is so transcendant and absolute as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds [[7]](#footnote-7).

Réaffirmé par Dicey [[8]](#footnote-8), deux siècles plus tard, ce principe fut incorporé dans la Constitution canadienne par le préambule du British North America Act de 1867 qui déclarait que :

Les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un [111] dominion [...] régi par une constitution semblable en principes à celle de Royaume-Uni [[9]](#footnote-9).

Ce principe fut d'ailleurs réaffirmé, à de nombreuses reprises, par les tribunaux chargés de trancher les litiges constitutionnels. Contrairement au régime unitaire britannique, le cadre d'un régime fédéral impose cependant parfois aux tribunaux de trancher les litiges qui peuvent surgir entre l'État central et les États fédérés, dans le cadre du partage des compétences.

Mais les tribunaux ont, avant 1982, pris grand soin d'affirmer que leur interprétation ne visait pas à intervenir dans les affaires parlementaires et législatives canadiennes. Leurs décisions ne devaient jamais constituer, du moins en théorie, un jugement sur l'opportunité politique, sociale ou économique d'une mesure — ce qui aurait eu pour effet de substituer l'autorité judiciaire à la souveraineté parlementaire —, mais leurs jugements se limitaient uniquement à arbitrer le caractère fédéral ou provincial du pouvoir disputé.

Dans le contexte d'une évolution historique différente, la Constitution américaine de 1787 avait établi non seulement un partage des compétences législatives dans le cadre d'un régime fédéral, mais avait aussi affirmé que certaines valeurs et certains droits étaient si fondamentaux et inaliénables que ni l’État fédéral ni les États fédérés n'étaient habilités à légiférer à rencontre de ces normes.

C'était affirmer que la souveraineté ultime dans l'État américain ne reposait pas, comme en Angleterre, au Parlement, mais dans le peuple, dont la Constitution était la gardienne et la représentation juridique.

Dès 1803, la Cour suprême des États-Unis établissait le rôle radicalement différent des tribunaux dans un tel cadre constitutionnel :

Tous les auteurs d'une constitution écrite ont certainement voulu en faire la loi fondamentale et suprême de la nation et, en conséquence, chacun de ces gouvernements doit avoir pour principe qu'une loi de la législature incompatible avec la constitution est nulle.

Cette théorie est un aspect essentiel d'une constitution écrite et, en conséquence, cette Cour doit la considérer comme un des principes fondamentaux de notre société. [[10]](#footnote-10)

L'inclusion en 1982 d'une *Charte des droits et libertés*, largement inspirée des principes de la Constitution américaine, placée au-dessus des lois du Parlement et des législatures, a donc modifié profondément les principes fondamentaux du droit constitutionnel canadien.

[112]

La *Charte canadienne des droits et libertés* limite la souveraineté politique du Parlement et des législatures, aux profits de certaines valeurs dites « fondamentales », énoncées sous forme de droits et de libertés des personnes ou des citoyens. Ces droits et libertés des individus ne peuvent être limités que dans des circonstances et par des moyens exceptionnels et sont de ce fait, dans une très large mesure, devenus intouchables.

La Cour suprême du Canada s'est d'ailleurs empressée de reconnaître le caractère profond du changement dans plusieurs décisions où elle a été chargée de donner un sens aux dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés et de la Loi constitutionnelle.

Ainsi, dans le tout premier arrêt [[11]](#footnote-11) où elle a interprété les effets de la Charte sur la validité des lois ordinaires, elle a reconnu, pour la première fois de son histoire, la théorie de la suprématie de la Constitution énoncée par le juge Marshall en 1803. La Cour suprême du Canada a même reconnu que « les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution du Canada » [[12]](#footnote-12). Sans importer directement la jurisprudence américaine dans notre droit constitutionnel, une telle déclaration lui donne une place sans précédent.

Pour bien comprendre l'importance et l'étendue du changement, il est nécessaire d'analyser le contenu de la Charte canadienne pour en saisir à la fois la portée, mais aussi les limites.

LE CONTENU
DE LA CHARTE CANADIENNE

La Charte canadienne des droits et libertés est contenue à la Partie 1 de la Loi Constitutionnelle de 1982. Elle est l'aboutissement d'un long processus de négociations politiques entre le fédéral et les provinces. Plusieurs de ses articles reflètent les compromis qui ont été faits de part et d'autre.

La Charte comprend 34 articles, d'importance, de longueur et de portée bien différentes, regroupés selon des subdivisions dont il n'est pas toujours aisé de saisir la logique.

Le préambule et la garantie

Le texte de la Charte s'ouvre sur un préambule qui déclare :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit.

[113]

Selon les règles classiques de l'interprétation des lois, le préambule dans une loi n'est pas considéré comme constituant le droit substantif, mais plutôt comme une règle d'interprétation, susceptible d'aider l'interprète du texte à déterminer l'intention du législateur. Cependant, la nature d'un texte constitutionnel a permis aux tribunaux, dans le passé, d'utiliser le préambule de la loi de 1867, pour y retrouver l'origine de l'inclusion dans notre droit de principes aussi fondamentaux que la souveraineté du Parlement et la liberté d'expression. Le texte constitutionnel a depuis longtemps été considéré [[13]](#footnote-13), et il l'est encore aujourd'hui comme un texte d'une nature particulière par les tribunaux [[14]](#footnote-14).

Il est important de souligner que le préambule reconnaît formellement le principe de la primauté du droit, connu aussi sous le nom de *Rule of Law* parce que ce principe a une importance particulière et nouvelle dans notre droit. C'est en effet son caractère fondamental dans notre Constitution qui a permis à la Cour suprême du Canada de déclarer valides et opérantes les lois unilingues anglaises du Manitoba, qui depuis 1890 contrevenaient à une disposition constitutionnelle expresse :

En raison de la violation incessante par la législature du Manitoba des prescriptions constitutionnelles de la Loi de 1870 sur le Manitoba, la province du Manitoba se trouve dans une situation d'urgence : toutes les lois du Manitoba apparemment abrogées, périmées ou actuelles [...] sont, et ont toujours été invalides et inopérantes... La Constitution ne permet pas qu'une province soit dépourvue de lois. La Constitution exige donc que les lois actuelles de la législature du Manitoba soient déclarées temporairement valides et opérantes... C'est là la seule manière d'éviter le chaos juridique et de *préserver la primauté du droit* [[15]](#footnote-15).

La situation était exceptionnelle, le remède l'était aussi. Il n'en demeure pas moins que le principe de la primauté du droit est désormais considéré comme la mesure ultime de la validité et de la nécessité des lois au-dessus même de leur conformité aux autres dispositions de la Constitution. Soulignons au passage que les lois unilingues adoptées par le Québec de 1976 à 1979 avaient aussi été déclarées inconstitutionnelles pour les mêmes raisons [[16]](#footnote-16). Le gouvernement du Québec avait cependant pris soin d'assurer une traduction officieuse des lois et put ainsi réadopter instantanément toutes les lois dans les deux langues [[17]](#footnote-17) sans que n'existe de situation de vide juridique, comme dans le cas du Manitoba.

[114]

L'article 1 énonce que la Charte « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Les droits garantis par la Charte ne sont donc pas absolus et certaines restrictions peuvent y être apportées à l'occasion [[18]](#footnote-18).

Les libertés fondamentales, les droits démocratiques
et les garanties juridiques.

L'article 2 énonce les libertés fondamentales dont chacun jouit : conscience, pensée, croyance, opinion et expression (y compris liberté de la presse et autres moyens de communication), réunion pacifique et association.

Les articles 3, 4 et 5 énoncent les droits démocratiques de tout citoyen canadien (vote et éligibilité), ainsi que le mandat maximal (cinq ans) des législatures et du Parlement, qui doivent tenir des séances au moins une fois tous les douze mois. La durée du Parlement et des législatures ne peut être prolongée au-delà de cinq ans que dans des circonstances exceptionnelles dont le libellé rappelle celui de la Loi des mesures de guerre (« guerre, invasion, insurrection, réelles ou appréhendées »), par un vote des deux tiers des députés.

L'article 6 assure aux citoyens canadiens la liberté de circulation et d'établissement partout au Canada sous réserve de certaines dispositions législatives [[19]](#footnote-19).

Les articles 7 à 14 énoncent les garanties juridiques auxquelles chaque personne a droit. Ces garanties comprennent notamment :

- les droits à la vie, la liberté et à la sécurité de sa personne ;

- la protection contre les fouilles et perquisitions abusives et les détentions et emprisonnements arbitraires, à l'information en cas d'arrestation ;

- l'assistance d'un avocat ;

- l'habeas corpus ;

- le procès dans un délai raisonnable ;

- la présomption d'innocence ;

- le procès par jury pour les infractions les plus importantes ;

- la non-rétroactivité des lois ;

- la protection contre les traitements usuels ou inusités ;

- la protection contre des témoignages incriminants antérieurs ;

- le droit à un interprète.

[115]

Les droits à l'égalité

L'article 15 est sans contredit l'un des plus importants et des plus nouveaux. Cet article déclare que :

La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Cet article élargit considérablement la portée de la Déclaration canadienne des droits de 1960 et va même plus loin que le XIVe amendement de la Constitution américaine dans la définition du concept d'égalité et des discriminations interdites. Sa portée était vue comme si considérable que son entrée en vigueur fut reportée de trois ans afin de permettre aux législatures et au Parlement de s'y conformer.

Les langues officielles et les droits à l'instruction
dans la langue de la minorité

Les articles 16 à 22 concernent les langues officielles. Ils affirment le caractère officiel de l'anglais et du français au Parlement et dans les institutions fédérales. Ils étendent des dispositions similaires à celles de l'article 133 de la loi de 1867 au Nouveau-Brunswick tout en maintenant le statu quo pour les autres provinces.

L'article 23 est mieux connu sous le nom de « clause-Canada ». Il vient faire expressément échec à la « clause-Québec » de la loi 101 et qui prévoit le droit de fréquenter l'école anglaise pour « les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire en français ou anglais, au Canada », là où le nombre d'enfants est suffisant. C'est sur la base de cet article que la Cour suprême a invalidé les dispositions de la Charte de la langue française qui venaient en conflit avec cette disposition [[20]](#footnote-20).

Les recours

L'article 24 prévoit les recours qui peuvent être exercés par toute personne victime d'une atteinte aux droits et libertés garantis par la Charte. Ces recours [116] peuvent s'exercer devant tout tribunal compétent, et la réparation sera celle que le tribunal estimera convenable et juste eu égard aux circonstances.

Les dispositions générales

L'article 25 garantit que la Charte canadienne des droits et libertés ne portera pas atteinte aux droits ancestraux des peuples autochtones du Canada.

L'article 26 maintient les autres droits et libertés existant par ailleurs.

L'article 27 prévoit que l'interprétation de la Charte doit concorder avec la promotion et le maintien du patrimoine multiculturel.

L'article 28, qui a fait l'objet de nombreuses discussions, constitue une véritable clause « nonobstant » qui déclare que « indépendamment des autres dispositions de la présente Charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

L'article 29 maintient les droits des écoles séparées ou confessionnelles.

L'article 30 prévoit que la Charte s'applique au Yukon et aux Territoires.

L'application de la Charte

L'article 32 prévoit que la Charte s'applique aux législatures et au gouvernement du Canada et des provinces. Cet article controversé a été interprété de façon limitative par la Cour suprême du Canada qui a déclaré qu'il signifiait que la Charte n'était pas efficace dans le cadre des rapports de droit privé, impliquant des individus [[21]](#footnote-21).

L'article 33, parfois appelé à tort « clause nonobstant », clôt les dispositions substantives de la Charte. Cet article permet au Parlement ou aux législatures de déroger aux dispositions des articles 2 et 7 à 15 à condition de respecter certaines conditions. La dérogation doit être adoptée dans le cadre d'une loi qui déclare « que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 ». Une telle déclaration donne à la loi ou à la disposition protégée, l'effet qu'elle aurait en l'absence de la disposition de la Charte dont on a voulu la protéger. L'effet d'une telle déclaration est d'une durée maximale de cinq années, et peut-être adoptée de nouveau à son expiration. Cette clause, critiquée par les tenants d'une Charte forte, est une concession en faveur des provinces qui voyaient dans la Charte une limite excessive à leurs compétences législatives.

[117]

LA POSITION CONSTITUTIONNELLE
DE LA CHARTE

L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 déclare que :

La constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Cela rend donc la *Loi constitutionnelle de 1982* et la *Charte canadienne des droits et libertés*, hiérarchiquement supérieures à toutes les lois et à tous les règlements des provinces et du fédéral, dans la mesure de l'incompatibilité de ces dernières à la Loi constitutionnelle.

Ce principe n'existait dans notre droit constitutionnel avant 1982 qu'à l'égard du partage des compétences et des autres dispositions de la loi de 1867. L'invalidité pouvait alors être prononcée en raison des dispositions d'une vieille loi anglaise, le *Colonial Laws Validity Act* [[22]](#footnote-22) de 1866, dont les dispositions étaient demeurées en vigueur jusqu'en 1982 à cause de l'impossibilité pour le fédéral et les provinces de s'entendre sur une formule d'amendement, en 1931, au moment où l'Angleterre, par le Statut de Wesminster, [[23]](#footnote-23), avait reconnu l'indépendance complète de plusieurs de ses colonies.

CE QUE NE CONTIENT PAS
*LA CHARTE CANADIENNE
DES DROITS ET LIBERTÉS*

La Charte de 1982 est la consécration constitutionnelle de nombreux droits et libertés individuels qui étaient reconnus par les tribunaux et les lois canadiennes avant 1982. Dans plusieurs cas, elle élargit les frontières et le contenu de ces droits (droit à l'égalité, liberté de circulation, droit de vote), dans d'autres cas, elle reconnaît de nouveaux droits (protection contre les traitements cruels ou inusités, protection automatique contre l'auto-incrimination...).

Mais la Charte ne couvre pas tout, loin de là ! Il est également important d'analyser les droits qui en sont absents que ceux qui y sont reconnus. En effet, [118] la Charte est totalement muette sur les droits économiques et sociaux, et sur presque tous les aspects de nombreux droits collectifs.

Graphique 1



Ainsi, aucun des droits reconnus, par exemple, au chapitre IV de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec relatif au droit à l'instruction publique gratuite, aux mesures d'assistance financière et sociale, à des conditions de travail justes et raisonnables, ni aucun des droits reconnus dans le Pacte international sur les droits économiques et sociaux n'apparaît dans la Charte canadienne.

Sur le plan des droits des collectivités et des groupes, la *Charte canadienne des droits et libertés* est également bien pauvre. Rien, bien sûr, n'y reconnaît le caractère distinct ou particulier de la société québécoise, bien peu sur les peuples autochtones. Ceux-ci sont mentionnés dans la Loi Constitutionnelle, en dehors de la Charte (c'est-à-dire sans la protection de l'article 1), à l'article 35 qui déclare :

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

La Charte se contente de déclarer, à l'article 25, que :

[119]

Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada.

Est-il utile de rappeler que la Charte ne reconnaît pas non plus le droit des peuples à l'autodétermination. Il faut donc en conclure qu'en regard du droit constitutionnel canadien, la seule façon pour un peuple autochtone ou pour le Québec d'atteindre l'indépendance serait d'obtenir un amendement à la Constitution canadienne qui recueillerait l'unanimité des voix des provinces et du fédéral [[24]](#footnote-24) !

Des arrêts récents de la Cour suprême du Canada ont d'ailleurs rappelé à l'ordre ceux ou celles qui auraient pu voir dans la Charte une protection accrue à certains droits collectifs. Des droits que l'on aurait naturellement pu croire reliés au droit d'association syndicale, tel le piquetage et le droit de grève, ne sont pas concernés.

Rappelons enfin que les rapports juridiques entre individus ne sont pas couverts par les droits et garanties de la Charte. Les tribunaux ont en effet davantage pris position en faveur d'une interprétation restrictive de la Charte canadienne des droits et libertés en déclarant que des individus victimes de violations de leurs droits par d'autres individus ne pourraient pas chercher de remède dans la Charte canadienne des droits et libertés, mais devraient s'en remettre aux lois provinciales sur ces questions [[25]](#footnote-25). Doit-on s'étonner que ce soit dans le cadre d'un conflit opposant travailleurs et employeurs que la Cour suprême ait statué que la Charte ne protégeait pas ceux-là contre ceux-ci ? Quoiqu'il en soit, il résulte de cette interprétation de la Charte que celle-ci ne peut-être utilisée que pour priver l'État et le législateur de pouvoirs d'intervention, mais ne peut pas être utilisée pour modifier les rapports économiques lorsque l'État n'y est pas impliqué. Cela reflète bien, au plan constitutionnel, les principes politiques du néo-libéralisme.

LES DÉROGATIONS À LA CHARTE

Non seulement la Charte ne couvre pas tout, mais il est important de souligner que les législatures ou le Parlement peuvent y déroger de deux façons.

[120]

Les dérogations de l'article 1

Tout d'abord, selon les termes de l'article 1, les droits qui sont garantis par la Charte peuvent être limités par des « règles de droit dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Les auteurs s'entendent généralement pour dire qu'en l'absence de l'expression écrite de cette limite, il aurait fallu interpréter le texte constitutionnel, telle la Constitution américaine, comme contenant une possibilité implicite de dérogation [[26]](#footnote-26). Tous s'entendent en effet pour dire que des droits comme la liberté d'expression trouvent leurs limites dans le respect du droit à la réputation, que la liberté de religion trouve sa limite dans le respect des convictions religieuses des autres, et ainsi de suite.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes* [[27]](#footnote-27)la Cour suprême a défini ainsi les conditions précises pour déroger aux dispositions de la Charte :

En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à un droit garanti par la Charte, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantie par la Constitution. En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer.

Cependant, la Cour suprême, dans l'arrêt Protestant School Board [[28]](#footnote-28), n'a pas jugé que les dispositions de la Charte de la langue française qui dérogeaient à la Charte canadienne pouvaient se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cette marge d'interprétation laisse désormais une vaste place à l'opinion judiciaire dans la détermination du sens et de la portée du droit et des droits. Est-il besoin de rappeler que les juges sont inamovibles, et que leur nomination est encore faite par le gouvernement au pouvoir sans contrôle démocratique ni auditions publiques ?

[121]

Les dérogations de l'article 33

L'article 33 permet au Parlement et aux législatures de mettre leurs lois « à l'abri » de certaines dispositions de la Charte, en respectant certaines conditions de forme et de fond [[29]](#footnote-29).

POURQUOI UNE CHARTE ?

Dans le contexte d'un document qui limite ainsi l'action gouvernementale, on est en droit de se demander pourquoi le gouvernement Trudeau a-t-il tant fait pour voir de telles dispositions incluses dans la Constitution canadienne au moment du rapatriement ?

Les dangers de la grande noirceur

Rappelons d'abord que son principal promoteur, Pierre Trudeau, a été formé dans la lutte contre le duplessisme et ce qu'il est convenu d'appeler la « grande noirceur ». Régime fondé sur le pouvoir personnel du « Chef », et sur l'anti-intellectualisme, le gouvernement Duplessis avait adopté de nombreuse mesures lui permettant de réprimer au nom de la lutte aux communistes, tout ce qui n'était pas foncièrement canadien-français-catholique-pratiquant. La plus célèbre de ces mesures fut sans contredit la « Loi du cadenas » [[30]](#footnote-30) qui visait à protéger la province contre la propagande communiste. Au nombre des personnes visées par la loi, le groupe religieux des Témoins de Jéhovah fût un de ceux qui fit le plus parler de lui à cause des nombreuses affaires judiciaires célèbres qui découlèrent de l'application de cette loi et dans lesquelles il fut impliqué [[31]](#footnote-31).

Dans tous ces cas, les tribunaux du Québec (Cour supérieure, Cour d'appel) ont donné raison au gouvernement et non aux victimes de ses attaques. Il a fallu porter les affaires devant la Cour suprême du Canada pour que ces dernières obtiennent enfin justice et que la loi sur laquelle les persécutions étaient fondées soit déclarée invalide par les juges des provinces anglaises du Canada. Notons au passage que les motifs de la Cour fondent ces décisions non pas sur une garantie fondamentale des droits individuels qui aurait été enchâssée dans la Constitution, mais sur le fait que la compétence législative pour porter atteinte à ces droits n'appartient qu'au Parlement fédéral.

[122]

Cette loi ne fut pas la seule mesure anti-intellectuelle du gouvernement Duplessis. Citons également, à titre d'exemple, le refus des subventions fédérales à la recherche universitaire, sous prétexte que celles-ci constituaient une intrusion fédérale dans un champ de juridiction provinciale exclusive.

Plusieurs autres gouvernements provinciaux, surtout ceux du Crédit social dans l'Ouest, n'étaient pas non plus sans reproches. Des lois visant à limiter la liberté d'expression furent invalidées par la Cour suprême, en invoquant une interprétation du partage des compétences législatives qui ne reconnaissait pas aux provinces le droit de limiter la liberté d'expression [[32]](#footnote-32).

À la fin des années 1950, il était donc quasi inévitable, pour une bonne partie de ce très petit groupe de personnes — les intellectuels québécois — de voir dans le gouvernement fédéral et la Cour suprême le principal moyen de défense contre ce qui semblait alors un atavisme du caractère québécois, sinon provincial, l'esprit de clocher, le dévouement béat au Chef et la répression de tous les courants de pensée pouvant menacer cet état de fait.

Les outils juridiques de cette défense des libertés individuelles étaient alors, comme nous l'avons souligné plus haut, bien aléatoires. Ils reposaient essentiellement sur la Cour suprême et sur une interprétation de la Constitution qui reconnaissait que seul le Parlement fédéral possédait les compétences législatives pour limiter la liberté de pensée et d'expression en vertu de son pouvoir sur le droit criminel. Il demeurait donc théoriquement possible que le gouvernement fédéral soit un jour formé par un paru du même acabit que l'Union Nationale ou le Crédit social et qu'à ce moment l'argumentation juridique développée par la Cour suprême pour défendre la liberté d'expression contre les attaques provinciales ne se retourne contre elle-même.

La juridiction fédérale sur cette matière désormais reconnue et la souveraineté du Parlement ne connaissant aucune autre limite dans la cadre constitutionnel canadien, la seule méthode pour garantir ces libertés individuelles « pour l'éternité » et les mettre à l'abri des dangers et aléas des gouvernements élus, était donc de les placer au dessus du Parlement, au dessus de la loi. La méthode était connue, elle fonctionnait depuis près de deux cents ans chez nos voisins du Sud, il fallait « constitutionnaliser » les droits menacés, les placer dans une Charte au-dessus des lois.

Un phare qui n'éclaire que dans une seule direction

Cette idée, Pierre Trudeau l'avait énoncée dès 1955 dans un mémoire à la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, la [123] Commission Tremblay. Il la reprit dès son entrée en fonction comme ministre de la Justice dans le gouvernement Pearson et déposa à la Chambre des communes, en février 1968, un Livre blanc sur La Charte canadienne des droits de l'Homme. En 1971, le Comité Molgate-McGuigan recommandait que la Charte des droits soit enchâssée dans la Constitution. Cette position devint inséparable, aux yeux de Trudeau, de l'opération du rapatriement : les deux opérations ne pouvaient se réaliser que si elles étaient menées conjointement, l'une s'appuyant sur l'autre.

Le contenu économique et social de ces documents a cependant fait les frais de la négociation et la Charte s'est trouvée réduite à la portion congrue des libertés et droits individuels. Les seuls droits collectifs qui s'y trouvent encore sont ceux reconnus aux peuples autochtones (art. 25), aux minorités scolaires (art. 23), et à l'énigmatique « patrimoine multiculturel » (art. 27). Pour le reste, les libertés de religion, d'opinion, d'expression et d'association (art. 2) sont conçues comme des droits individuels ; il en est de même du droit de vote (art. 3), et probablement des droits linguistiques.

Les critiques faites au Québec à rencontre de la Charte n'ont pas eu pour objet de souligner ni les dangers potentiels, ni les limites de la Charte à l'égard même des libertés fondamentales que celle-ci prétend défendre, bien au contraire.

L'un des seuls arguments à rencontre la Charte canadienne qui ne se fondait ni du point de vue du législateur qui voit ses prérogatives diminuées, ni d'une soi-disant plus grande efficacité de la Charte québécoise, fut soulevé par le ministre Paquette lorsqu'il déclarait :

[On] a raison de dire que, parfois, certains gestes des gouvernements dans d'autres pays ont supprimé les droits et libertés, mais, à l'inverse, supprimons les gouvernements et on verra le fort écraser le faible. On ver ra les tensions sociales s'accroître, les riches devenir plus riches et les pauvres devenir plus pauvres [[33]](#footnote-33).

Cette préoccupation voulait souligner qu'il peut être parfois dangereux d'imposer des limites *a priori* à l'action gouvernementale, comme le fait la Charte canadienne, et que la limite à l'action gouvernementale n'est pas en soi un signe de progrès. Mais cet argument sérieux n'a pas été repris par les gouvernements dans la suite des débats.

Le Gouvernement du Québec, se prévalant de l'article 33 de la Charte canadienne — qu'il dénonçait par ailleurs —, s'est empressé de déclarer que toutes ses lois devaient s'appliquer indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la Charte [[34]](#footnote-34). Ce geste ne pouvait que conforter les opposants à l'autonomie [124] québécoise dans leur conviction que le Québec n'a pas la maturité politique de se gouverner lui-même, incapable de garantir à ses citoyens les mêmes droits qu'aux autres canadiens, incapable de restreindre son goût et ses traditions trop récentes pour le pouvoir personnel. Mais ces réflexions dépassent le cadre de l'analyse du gouvernement libéral fédéral à proprement parler.

\* \* \*

La *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 reconnaît à l'individu des droits et des libertés à l’encontre de l'État. Elle lui permet de recourir aux tribunaux pour faire valoir ces droits et aller jusqu'à faire invalider des lois adoptées par le Parlement ou l'Assemblée nationale. Le plus faible des citoyens, la plus démunie des citoyennes a donc, en théorie, le pouvoir de mettre en branle un processus qui allumera le phare de la Justice afin de jeter la lumière sur tout obscurantiste qui aurait pu berner l'électorat et s'emparer du pouvoir aux fins de faire triompher ses sombres desseins.

Il faut bien dire en théorie, car les lumières de la Justice coûtent cher et elles sont longues à s'allumer. Dans la célèbre affaire Roncarelli c. Duplessis, par exemple, ce n'est qu'après neuf ans de débats judiciaires que celui-là eut raison de celui-ci. La petite histoire nous rapporte que le restaurant de Roncarelli que Duplessis avait fait fermer, n'a jamais été réouvert, et que Roncarelli a dû s'expatrier aux États-Unis. Sans l'acharnement de son avocat, le professeur Frank Scott de McGill, l'affaire se serait éteinte avant d'avoir été entendue. La compensation financière ne réussit jamais à compenser des atteintes de cette nature.

Et si les recours contre l'État sont ouverts aux plus petits et aux plus démunis, ils le sont aussi, au nom de l'égalité, aux plus gros et aux plus puissants. Sans l'inclusion des droits économiques, sociaux et collectifs dans la Charte, ceux-ci seront toujours évalués et soupesés en termes d'atteintes aux droits individuels qui, eux, jouissent d'un statut et d'une protection constitutionnels plus élevés. Et dans ce contexte on est en droit de se demander qui sera le mieux pourvu pour faire valoir son point de vue ?

Les options de ses concepteurs, les négociations politiques et la rédaction législative ont laissé au Canada et au Québec le document que l'on connaît. Ce phare, conçu à l'origine comme une lumière contre le retour de la grande noirceur, ne tourne pas rond. Il n'éclaire que dans une seule direction, celle des droits et libertés individuels. À force de le regarder, on risque d'être aveuglé et de ne plus voir que d'autres dimensions de la vie en société mériteraient une protection non moins grande que celles accordées aux droits individuels.

[125]

Le phare allumé par la *Charte canadienne des droits et libertés* risque de nous cacher l'essentiel, et c'est peut-être Georges A. LeBel qui a le mieux saisi cette dimension de la Charte, à lui donc le mot de la fin :

Méfions-nous que la proclamation des droits individuels ne légitime et ne masque un processus d'étouffement des solidarités anciennes. Aux villages, quartiers et familles fourmillants de solidarités multiformes, on substitue l'urbanisation stérilisante qui confine des individus de plus en plus seuls dans des casiers identiques et interchangeables, prisonniers d'un écran cathodique qui est la négation même de la communication avec son entourage. L'ensemble des mécanismes idéologiques et sociaux à l'œuvre aujourd'hui, pousse à l'individualisme et à la disparition des solidarités. Il faut s'écarter de cette conception qui veut que Dieu nous ait donné des droits de toute éternité et pour toujours et que, comme le dit la Constitution américaine, *The Congress shall not infringe the rights*, car son corollaire est que l'État n'est pas obligé positivement de les mettre en œuvre. Au contraire, les droits sont des acquis qu'il faut défendre d'abord, compléter ensuite. La Charte constitutionnelle est un obstacle à l'action de l'État, mais ne constitue pas le moyen dont nous avons besoin pour la promotion de nos droits [[35]](#footnote-35).

[126]

Fin du texte

1. Le présent texte a également été publié en partie dans Le droit dans tous ses états, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, à la p. 13. Les références à la jurisprudence et aux amendements législatifs sont à jour au 1er mai 1987 et ne tiennent pas compte des accords du lac Meech. [↑](#footnote-ref-1)
2. BUREAU, Robert D., Le droit dans tous ses états, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, à la p. 11. [↑](#footnote-ref-2)
3. Loi constitutionnelle de 1982, art. 32 et art. 52. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Ibid*., Partie V. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibid*., art. 25 et 35. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibid*., Partie VI. [↑](#footnote-ref-6)
7. COKE, E., *Institutes*, vol. IV à la p. 36, cité par J.H. Baker, An *Introduction to English Legal History*, Londres, Butterworths, 1979, à la p. 181 : « Les pouvoirs et la juridiction du Parlement sont si transcendants et absolus qu'ils ne peuvent être restreints de quelque façon ni en raison des sujets de droit ni en raison de leur objet » (notre traduction). [↑](#footnote-ref-7)
8. DICEY, A.V., *The Law of the Constitution*, 10e éd., London MacMillan, 1965. [↑](#footnote-ref-8)
9. Loi constitutionnelle de 1867, Préambule. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803 à la p. 175, le juge en chef Marshal [↑](#footnote-ref-10)
11. The Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] R.C.S. 357. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ibid*., à la p. 367 [↑](#footnote-ref-12)
13. Edwards c. Procureur général du Canada, [1930] A.C. 124. [↑](#footnote-ref-13)
14. The Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] R.C.S. 357. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 725 (les italiques sont de nous). [↑](#footnote-ref-15)
16. Procureur général du Québec c. Blaikie, [1979], 2 R.C.S. 1016. [↑](#footnote-ref-16)
17. Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec, L.Q., 1979, c. 61. [↑](#footnote-ref-17)
18. Nous traiterons plus loin des importantes dérogations qui peuvent être faites à la Charte. [↑](#footnote-ref-18)
19. À noter que les dispositions des art. 3, 4, 5 et 6 ne bénéficient qu'aux citoyens, par opposition à tous les autres articles qui s'appliquent à toutes les personnes. [↑](#footnote-ref-19)
20. Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards (1984), 2 R.C.S. 66. [↑](#footnote-ref-20)
21. S.G. D.M.R. c. Dolphin Delevery Ltd (1986), R.C.S. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Loi relative à la validité des lois coloniales*, 1865, (R.V.) 28 & 29 Vict., c. 63, art. 2. Cette loi prévoyait qu'aucune loi d'une colonie ne pouvait aller à l'encontre d'une loi anglaise adoptée pour cette colonie. Les lois fédérales ou provinciales qui violaient les dispositions de l'*Acte de l’Amérique du nord britannique* pouvaient donc être déclarées invalides car cette dernière loi avait, bien sûr, été adoptée pour les colonies du Canada. Cela ne permettait pas aux tribunaux de porter des jugements sur la conformité à d'autres principes tels ceux qui existent aujourd'hui dans la Charte. [↑](#footnote-ref-22)
23. 1931 (R.V.), 22 Geo. V, c. 4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Nous ne discuterons pas les aspects de l'accession du Québec à l'indépendance au plan du droit international qui connaît des règles différentes. À ce sujet voir BROSSARD, L, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, P.U.M., 1976. [↑](#footnote-ref-24)
25. Voir SGDMR c. Dolphin Delivery, supra, et Re : Blainey and Ontario Hockey Association et al. (1986) 54 O.L.R. (2d) 513. [↑](#footnote-ref-25)
26. Voir par exemple : MANNING, M., *Rights, Freedoms and the Courts*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, à la p. 151 et HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 2e édition, Toronto, Larswell, 1985, à la p. 680. [↑](#footnote-ref-26)
27. [1986] 1 R.C.S. 103. [↑](#footnote-ref-27)
28. Supra, note 19. [↑](#footnote-ref-28)
29. Voir supra, Partie 1, Le contenu de la Charte canadienne. [↑](#footnote-ref-29)
30. Loi protégeant la province contre la propagande communiste, S.R.Q. 1941, ch. 52. [↑](#footnote-ref-30)
31. Voir par exemple : *Roncarelli c. Duplessis* (1959), R.C.S. 121 ; *Switzman c. Elbling* (1957), R.C.S. 285 ; *Chaput c. Romain* (1955), R.C.S. 834 et bien d'autres... [↑](#footnote-ref-31)
32. Voir par exemple l'arrêt : *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta* [1938] R.C.S. 100, dans lequel une loi intitulée *An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information* fut déclarée inconstitutionnelle. [↑](#footnote-ref-32)
33. Journal des débats de l'Assemblée nationale, 25 mai 1982, à la p. 3759. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982 c. 21, (Projet de loi n° 62). Il est ironique de constater que même la Charte québécoise contient une telle disposition (art.92) qui la met à l'abri de la Charte canadienne. [↑](#footnote-ref-34)
35. LEBEL, G. A., « Parlez-nous de nos droits et pas uniquement de la Charte ! » dans Bureau, Robert D. et Mackay, Pierre, *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, p. 117. [↑](#footnote-ref-35)