

# LA SUPRÉMATIE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE ET LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA

Daniel Proulx

Volume 12, numéro 2, 1981

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059410ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059410ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Proulx, D. (1981). LA SUPRÉMATIE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE ET LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA. *Revue générale de droit*, 12(2), 413–429. <https://doi.org/10.7202/1059410ar>

Résumé de l'article

Le régime fédéral canadien accorde aux deux ordres de gouvernement, fédéral et provincial, une compétence législative en matière de libertés publiques. C'est ce qui explique pourquoi le Canada n'est pas encore doté d'une charte constitutionnelle des droits et libertés : ne pouvant pas en imposer une aux autres, les gouvernements ne se sont jamais entendus non plus sur un projet commun.

Chacun des onze législateurs a néanmoins adopté une loi reconnaissant certains droits fondamentaux. La suprématie de la norme de protection est alors assurée par l'existence d'une clause qui pose que les droits et libertés prévalent sur toute autre loi ordinaire à moins qu'il ne soit précisé dans une telle loi qu'elle s'applique « nonobstant la Déclaration des droits ».

Cette technique législative originale, qui établit un équilibre entre la suprématie parlementaire et la suprématie judiciaire, n'a pas toujours donné les résultats escomptés. Le gouvernement fédéral voudrait donc procéder à la constitutionnalisation d'une charte formelle des droits afin que la norme de protection lie tous les parlements, fédéral comme provinciaux.

Ce projet ne semble pas, à lui seul, devoir changer l'attitude conservatrice de la jurisprudence à l'égard de son rôle de protecteur des libertés fondamentales. Toutefois, si tel devait être le cas, le projet fédéral de constitutionnalisation des droits devrait inclure la clause actuelle établissant un juste équilibre entre la suprématie parlementaire et la suprématie judiciaire. Sinon, les intérêts fondamentaux de la majorité risquent d'être bafoués, ce qui serait d'une gravité singulière pour la majorité francophone du Québec, par ailleurs nettement minoritaire dans un Canada et une Amérique du nord entièrement anglophones.

# LA SUPRÉMATIE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE ET LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA

par Daniel PROULX\*

## RÉSUMÉ

*Le régime fédéral canadien accorde aux deux ordres de gouvernement, fédéral et provincial, une compétence législative en matière de libertés publiques. C'est ce qui explique pourquoi le Canada n'est pas encore doté d'une charte constitutionnelle des droits et libertés: ne pouvant pas en imposer une aux autres, les gouvernements ne se sont jamais entendus non plus sur un projet commun.*

*Chacun des onze législateurs a néanmoins adopté une loi reconnaissant certains droits fondamentaux. La suprématie de la norme de protection est alors assurée par l'existence d'une clause qui pose que les droits et libertés prévalent sur toute autre loi ordinaire à moins qu'il ne soit précisé dans une telle loi qu'elle s'applique «nonobstant la Déclaration des droits».*

*Cette technique législative originale, qui établit un équilibre entre la suprématie parlementaire et la suprématie judiciaire, n'a pas toujours donné les résultats escomptés. Le gouvernement fédéral voudrait donc procéder à la constitutionnalisation d'une charte formelle des droits afin que la norme de protection lie tous les parlements, fédéral comme provinciaux.*

*Ce projet ne semble pas, à lui seul, devoir changer l'attitude conservatrice de la jurisprudence à l'égard de son rôle de protecteur des libertés fondamentales. Toutefois, si tel devait être le cas, le projet fédéral de constitutionnalisation des droits devrait inclure la clause actuelle établissant un juste équilibre entre la suprématie parlementaire et la suprématie judiciaire. Sinon, les intérêts fondamentaux de la majorité risquent d'être bafoués, ce qui serait d'une gravité singulière pour la majorité francophone du Québec, par ailleurs nettement minoritaire dans un Canada et une Amérique du nord entièrement anglophones.*

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

## PLAN

- I.- Les mécanismes de protection actuels
  - A. Le régime «quasi constitutionnel»
  - B. Les effets du régime «quasi constitutionnel»
- II.- Les mécanismes de protection envisagés
  - A. Le régime constitutionnel
  - B. Les effets du régime constitutionnel
    - 1. Effets généraux
    - 2. Effets particuliers dans le cas du Québec

Conclusion: les conditions d'un régime constitutionnel acceptable

Ce n'est pas une entreprise facile que de brosser en quelques pages un tableau des moyens utilisés au Canada pour assurer la suprématie de la norme de protection des droits fondamentaux.

Le Canada est un pays complexe tant par son régime constitutionnel que par son caractère binational ou encore l'extrême diversité de ses régions souvent fort éloignées les unes des autres en raison de l'immensité de son étendue géographique.

Cette complexité se reflète tout particulièrement dans la manière originale de protéger les droits fondamentaux et d'assurer leur suprématie sur la loi ordinaire.

Pour faire la lumière sur toute cette question, il nous faudra d'abord rappeler les données de base du régime constitutionnel canadien. On comprendra mieux ainsi de quelle façon on a réussi à consacrer la suprématie de la norme de protection des droits sans qu'elle n'ait jamais été inscrite dans la constitution nationale.

Ensuite, puisqu'il est actuellement question de procéder à l'inclusion d'une charte des droits et libertés dans la Constitution canadienne, nous nous pencherons sur les effets concrets d'un tel projet.

## I.- LES MÉCANISMES DE PROTECTION ACTUELS.

## A. LE RÉGIME "QUASI CONSTITUTIONNEL".

Comme les premiers constituants, qu'on appelle communément les «Pères de la Confédération», ne crurent pas utile d'accorder aux droits de la personne plus d'importance qu'ils n'en avaient en Angleterre, le Canada ne s'est doté d'une charte formelle des droits et libertés qu'en 1960.

Jusque-là, les Canadiens, comme le veut la tradition britannique dont le Canada est tributaire, se fiaient à leur parlements pour la garantie de leurs droits et libertés de même que sur le droit coutumier et certains vieux documents britanniques (la *Magna Carta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1629, l'*Habeas Corpus* de 1679, le *Bill of Rights* de 1689 et l'*Act of Settlement* de 1701)<sup>1</sup>. On trouve également dans l'*Acte constitutionnel de 1867* quelques dispositions éparses garantissant par exemple à des minorités religieuses le droit à des écoles confessionnelles et à certaines minorités de langue française ou anglaise, le droit à un système judiciaire et à une législation bilingues<sup>2</sup>.

Bien que le Canada jouisse d'une excellente réputation au chapitre du respect des droits et libertés de la personne, l'absence de certaines garanties formelles permettant aux tribunaux d'exercer un contrôle réel sur l'activité législative permet l'adoption de lois extrêmement discriminatoires à l'endroit de certains groupes, ethniques et religieux notamment<sup>3</sup>.

Afin de combler ce vide juridique historique, le parlement fédéral a donc adopté en 1960 la *Déclaration canadienne des droits*<sup>4</sup>. Il s'agit d'une loi ordinaire qui ne peut lier que le parlement fédéral, lorsqu'il légifère dans l'un de ses domaines de compétence, et l'Administration fédérale.

Le régime fédéral canadien n'attribue pas à l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement, fédéral ou provincial, une compétence exclusive en matière de protection des droits fondamentaux. Ces derniers relèvent

<sup>1</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, éd. de l'Université d'Ottawa, 1980, 432 pp., aux pp. 121 et ss.; Walter S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, McClelland, 1975, 2<sup>e</sup> éd. révisée, 436 pp.

<sup>2</sup> Il s'agit des articles 93 et 133 du *British North America Act*, S.R.C. 1970, app. II. On peut ajouter à ces garanties constitutionnelles l'article 50 forçant le parlement à affronter l'électorat à tous les cinq ans au moins, sauf s'il prévaut une situation d'urgence; l'article 51 consacrant le principe d'une représentation proportionnelle à la Chambre des communes, et l'article 99 affirmant indirectement le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

<sup>3</sup> Voir par ex.: *Cunningham c. Homma*, (1903) A.C. 151 (loi de Colombie-Britannique, enlevant le droit de vote aux citoyens d'origine japonaise, chinoise ou indienne, jugée valide); *Quong-Wing c. Le Roi*, (1914) 49 R.C.S. 440 (loi de Saskatchewan, empêchant les femmes de race blanche de travailler pour un employeur d'origine chinoise, jugée valide); *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. P.g. du Canada*, (1947) A.C. 87 (Arrêtés en conseil fédéraux, ordonnant la déportation de citoyens canadiens d'origine japonaise, jugés valides). Pour une recension des multiples lois discriminatoires tant provinciales que fédérales, voir: François CHEVRETTE et Herbert MARX, «Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques», (1979) 20 *Cahiers de droits* 95, aux pp. 100 à 104.

<sup>4</sup> S.R.C. 1970, app. III.

plutôt de chacun de ces gouvernements lorsqu'ils agissent dans les domaines de compétence qui leur sont exclusivement attribués par la Constitution<sup>5</sup>.

Cela explique pourquoi la *Déclaration canadienne des droits* ne lie que les institutions fédérales lorsqu'elles interviennent dans des domaines d'activités fédéraux. Quant aux provinces, elles ont suivi l'exemple du fédéral à telle enseigne qu'aujourd'hui, elles sont toutes pourvues d'une charte des droits s'appliquant dans leurs domaines de juridiction<sup>6</sup>.

Toutefois, ces chartes fédérales<sup>7</sup> ou provinciales ne reconnaissent pas toutes les mêmes droits<sup>8</sup>. En outre, elles n'ont pas toutes le même statut juridique par rapport à la législation ou à la réglementation.

Dans la plupart des provinces, en effet, la charte des droits et libertés n'est qu'une loi ordinaire que le législateur peut, dans un régime de suprématie parlementaire comme le nôtre, contourner à volonté dans la mesure où il le fait clairement. Ainsi, si un parlement provincial veut adopter, dans un domaine de compétence exclusivement provincial, une loi clairement discriminatoire à l'égard d'un groupe racial ou sexuel, rien ne lui interdit de le faire. Jouissant de la pleine souveraineté, il peut en effet modifier toute loi adoptée antérieurement par lui, par une autre loi qui lui est contraire<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> G.-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 1; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1981, 3<sup>e</sup> éd., 548 pp., aux pp. 417 et ss.; Bora LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 1969, 3<sup>e</sup> éd., aux pp. 974-975.

<sup>6</sup> En réalité, la province de la Saskatchewan fut la première, en 1947, à adopter une déclaration des droits. Le *Saskatchewan Bill of Rights*, S.S. 1947, c. 35 ne donna toutefois lieu à aucune jurisprudence d'intérêt. On notera par ailleurs que le Québec, en adoptant la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 en 1975, fut la dernière province à se munir d'un tel instrument.

<sup>7</sup> Le législateur fédéral a récemment complété la Déclaration par l'adoption de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-1977, c. 33 qui est entrée en vigueur par proclamation le 1<sup>er</sup> mars 1978 (1978) *Gazette du Canada* I, 1529.

<sup>8</sup> Si la *Déclaration canadienne des droits* reconnaît les grandes libertés publiques, telles les libertés de religion, d'expression, d'association et autres, les chartes provinciales se limitent généralement à interdire les pratiques discriminatoires dans l'emploi, le logement et les services publics. La charte québécoise se distingue en ce qu'elle reconnaît, en plus des droits classiques (soit les droits civils, politiques et judiciaires), une liste de droits dits économiques, sociaux et culturels, comme les droits à l'instruction publique gratuite, à la sécurité sociale ou aux conditions de travail justes et raisonnables. Voir à ce sujet: D. PROULX, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative», (1980) 10 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 381, aux pp. 485 et ss.

<sup>9</sup> Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, cours donné aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec, 1965, p. 38; E.A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, pp. 172 et ss.

Telle n'est toutefois pas la situation dans certaines provinces comme le Québec, la Saskatchewan ou l'Alberta, de même qu'au fédéral. Afin que leur déclaration des droits et libertés de la personne les contraigne législativement en les empêchant d'adopter une loi contraire aux droits et libertés de la personne, ces parlements utilisent une technique législative propre à assurer la suprématie ou la primauté de la norme de protection sur toute autre loi ordinaire.

Cette technique, peu commune au demeurant, consiste à incorporer à la charte des droits une clause qui commande aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer toute loi contestée de manière à ne pas enfreindre un droit ou une liberté de la personne à moins que le législateur n'ait expressément déclaré dans sa loi qu'elle doit s'appliquer nonobstant la charte ou la déclaration des droits<sup>10</sup>.

En d'autres termes, le parlement fédéral pourrait porter atteinte aux droits fondamentaux, à la liberté d'expression ou d'association par exemple, à la condition qu'il déclare clairement ses intentions dans la loi par l'inclusion des termes «nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*». Le cas échéant, les tribunaux se trouveraient dépourvus de tout moyen de l'en empêcher. Par contre, en l'absence de toute précaution de cette nature, le pouvoir judiciaire doit faire prévaloir la norme de protection des droits.

L'utilisation d'une telle technique législative a fait l'objet de controverses dans les milieux juridiques<sup>11</sup>. Un législateur peut-il, en régime de suprématie parlementaire, restreindre sa propre souveraineté en conditionnant son exercice par l'ajout obligatoire de termes comme «nonobstant» ou «malgré la charte des droits»?

La réponse à cette question fut apportée par le plus haut tribunal du pays dix ans après l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* dans la célèbre affaire *Drybones*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> a) *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III:

Art. 2 «Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression...»

b) *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 (Québec):

Art. 52 «Les articles 9 à 38 (reconnaissant certains droits civils, politiques et judiciaires) prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce s'appliquer malgré la Charte».

<sup>11</sup> Voir le numéro spécial de la Revue du Barreau canadien consacré à cette question en 1959. L'actuel juge en chef de la Cour suprême, Bora Laskin, ainsi que son ex-collègue, Louis-Philippe Pigeon (il a dû prendre sa retraite en 1979) y signent chacun un article.

<sup>12</sup> R. c. *Drybones*, (1970) R.C.S. 282.

Dans cette affaire, une disposition de la loi fédérale sur les Indiens<sup>13</sup> établissait une discrimination raciale en rendant un Indien punissable d'un délit s'il était trouvé en état d'ivresse dans un lieu public alors que toute personne d'une autre race pouvait se mettre dans un tel état dans la plus complète impunité.

Cette disposition législative ayant été jugée clairement discriminatoire, la Cour suprême la déclara inopérante, c'est-à-dire sans aucun effet, puisque le parlement fédéral avait omis de préciser qu'elle devait s'appliquer «nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*». De plus, en reconnaissant le pouvoir suprême de cette dernière sur la loi ou le règlement, certains juges de cette Cour allèrent même jusqu'à la qualifier, dans des décisions ultérieures, de «document quasi constitutionnel<sup>14</sup>».

#### B. EFFETS DU RÉGIME «QUASI CONSTITUTIONNEL».

Ce régime «quasi constitutionnel» de protection des droits de la personne comporte au moins deux avantages marquants. Premièrement, il est le mieux adapté aux traditions canadiennes fondées sur le principe de la suprématie parlementaire. En effet, si les tribunaux ont le pouvoir de déclarer inopérante une disposition législative contraire aux droits et libertés de la personne, le parlement conserve sa suprématie puisqu'il peut toujours, dans l'hypothèse où les tribunaux seraient allés trop loin, réadopter la loi annulée judiciairement en précisant qu'elle s'applique «nonobstant la déclaration ou la charte des droits».

<sup>13</sup> *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 94.

<sup>14</sup> *Hogan c. La Reine*, (1975) 2 R.C.S. 594 (opinion du juge Laskin); *P.g. du Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170 (opinion du juge Beetz); *Miller c. La Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680 (opinion du juge Laskin). Notons toutefois que dans cette dernière affaire *Miller* de même que dans l'affaire *Bliss c. P.g. du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183, la majorité a exprimé, par la voix du juge Ritchie dans les deux cas, des doutes quant à la primauté de la *Déclaration* sur la législation ordinaire. Ces doutes ne sont pas dues, croyons-nous, à la technique législative actuellement utilisée pour assurer la suprématie de la *Déclaration*. Ils reposent plutôt sur l'argument de l'illégitimité du contrôle judiciaire au Canada puisqu'aucune disposition constitutionnelle ne reconnaît formellement l'existence ou les pouvoirs de la Cour suprême. Celle-ci rappela en effet dans *Bliss* ce qu'avait déjà dit le juge Laskin dans *Curr. c. La Reine*, (1972) R.C.S. 889, p. 899, à ce sujet (cf. *Bliss*, p. 193): «... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi — par opposition à une compétence conférée par la constitution — pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*». Autrement dit, si le pouvoir de contrôle de la législation leur était conféré par la constitution, les tribunaux hésiteraient vraisemblablement moins à l'exercer et ce, même à l'intérieur d'un régime «quasi constitutionnel» de protection des droits.

Par ailleurs, compte tenu des débats passionnés que peut soulever tant à l'assemblée législative que dans l'opinion publique une disposition expressément dérogoratoire à une déclaration de droits et libertés, une telle éventualité ne risque pas de surgir souvent. De fait, la *Loi sur les mesures de guerre*<sup>15</sup> est la seule loi fédérale qui contienne une telle mention.

Deuxièmement, le pouvoir judiciaire se trouve justifié d'exercer un contrôle rigoureux de la législation sans se faire accuser de s'ériger en «gouvernement des juges» puisqu'en dernière analyse, le parlement conserve toujours sa suprématie. Or cela ne signifie aucunement que le citoyen se retrouve sans protection vis-à-vis du pouvoir politique puisque la force de l'opinion publique et l'opposition parlementaire exercent sur celui-ci, avec nos traditions démocratiques, un contrôle naturel dont l'efficacité ne saurait faire de doute. Bref, la suprématie parlementaire et la suprématie judiciaire se trouvent en heureux équilibre<sup>16</sup>.

Ainsi, par exemple, en raison des protestations fusant de toutes parts, le législateur québécois a dû retirer de son importante *Charte de la langue française*<sup>17</sup> la clause qui la mettait à l'abri de l'application de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*<sup>18</sup>.

Évidemment, ce régime n'a pas que des avantages. Les droits reconnus ne sont pas les mêmes dans tout le pays puisque chaque ordre de gouvernement a juridiction en cette matière dans les domaines qui relèvent de sa compétence exclusive. Quant à l'aspect symbolique, on peut déplorer l'absence d'une charte des droits dans la loi fondamentale du pays, c'est-à-dire dans la constitution nationale.

Mais de toutes les critiques qui peuvent être faites à l'endroit du régime actuel de protection des droits, il en est une qui nous semble plus importante. Du point de vue strictement juridique, le régime «quasi constitutionnel» de protection des droits de la personne n'a manifestement pas donné tous les résultats escomptés au cours des vingt dernières années. En effet, nos tribunaux ont adopté une attitude extrêmement conservatrice à l'égard du sens et de la portée à donner à ces droits et libertés, évitant ainsi d'avoir à déclarer une loi inopérante.

<sup>15</sup> S.R.C. 1970, c. W-2, art. 5(5).

<sup>16</sup> D.B. FOWLER, «The Canadian Bill of Rights-A Compromise Between Parliamentary and Judicial Supremacy», (1973) 21 *American Journal of Comparative Law*, 712; LEDERMAN, «Concerning a Bill of Rights for Canada and Ontario», étude faite pour l'Ontario Advisory Committee on Confederation, *Confederation Challenge*, 1967, aux pp. 280-281.

<sup>17</sup> L.R.Q. c. C-11.

<sup>18</sup> Cette clause modifiait en fait l'art. 52 de la *Charte des droits et libertés* afin que la *Charte de la langue française* soit exclue de son champ d'application. Voir P.I. n° 1 (1<sup>re</sup> lecture) 2<sup>e</sup> session, 31<sup>e</sup> législature, art. 172.

Si une loi établit une distinction fondée sur le sexe, la question de savoir si elle est inopérante ne se pose évidemment plus si on arrive toujours à la conclusion qu'une telle distinction n'enfreint pas le droit à l'égalité devant la loi reconnu dans la *Déclaration canadienne des droits*<sup>19</sup>.

En fait, nos tribunaux estiment que notre régime «quasi constitutionnel» de protection des droits fondé sur le principe de la suprématie du parlement leur interdit d'exercer quelque contrôle sur le contenu de la loi qui équivaldrait de près ou de loin à de la «législation judiciaire», c'est-à-dire à l'instauration d'un «gouvernement des juges».

Cette attitude dite de «retenue» ou, si l'on veut, de «réserve» judiciaire ne s'est pas manifestée de façon aussi aiguë en matière constitutionnelle. Comme nous l'avons déjà dit, au Canada, les compétences législatives sont réparties entre l'État fédéral et les provinces dans une constitution de type fédéral qui, nécessairement, se situe au-dessus des parlements. Il revient donc aux tribunaux, dont l'indépendance est indirectement reconnue par l'article 99 de l'*Acte constitutionnel de 1867*<sup>20</sup>, de garantir la suprématie de la Constitution sur les parlements en vérifiant, à l'occasion de litiges particuliers, si ces derniers ont exercé leur souveraineté dans un domaine de compétence qui leur est propre. Même s'ils doivent inévitablement tenir compte de certains aspects politiques dans l'exercice de leur contrôle judiciaire de la législation, les tribunaux se sentent alors relativement à l'aise puisqu'ils sont les seuls arbitres légitimes en pareille occurrence<sup>21</sup>.

C'est d'ailleurs surtout par le contrôle de la légalité constitutionnelle que la jurisprudence a pu, jusqu'à l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, protéger le citoyen contre des lois lui déniaient ses libertés fondamentales. Ainsi, certaines lois provinciales empêchant la propagation du communisme ou encore limitant la liberté de la presse furent jugées

---

<sup>19</sup> Le droit à l'égalité devant la loi est l'un de ceux dont le sens a été le plus réduit par la Cour suprême, ne signifiant guère plus aujourd'hui qu'une norme formelle d'application uniforme de la loi par les tribunaux ou les fonctionnaires chargés de l'administrer, peu importe que dans son contenu même, elle établisse des distinctions discriminatoires ou non. Voir: *P.g. du Canada c. Lavell*, (1974) R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693; *P.g. du Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170; *Bliss c. P.g. du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183.

<sup>20</sup> Il s'agit d'une reconnaissance indirecte et bien partielle puisque l'article 99 se limite aux juges de la Cour supérieure, tribunal de droit commun. Aucun tribunal ne tient son existence et ses pouvoirs directement de la Constitution au Canada. La Cour suprême du Canada elle-même a été créée par une simple loi fédérale, à savoir la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, en vertu de l'art. 101 de la Constitution.

<sup>21</sup> Louis-Philippe PIGEON, *La souveraineté du parlement, les chartes des droits et libertés et le pouvoir judiciaire*, allocution livrée au 3<sup>e</sup> Colloque québécois sur la justice administrative tenu les 23 et 24 mai 1980 à l'Université Laval.

inconstitutionnelles au motif qu'elles participaient de la nature du droit pénal par la création de nouveaux crimes, ce qui, en vertu de l'article 91(27) de la Constitution, est du ressort fédéral<sup>22</sup>.

Le contrôle judiciaire de la législation est toutefois d'une nature fort différente lorsqu'il s'agit de décider de la conformité d'une loi à une déclaration des droits et libertés de la personne. En effet, on ne demande pas aux tribunaux de déterminer si la loi relève d'un domaine de compétence fédéral ou provincial, c'est-à-dire si elle concerne par exemple la propriété et les droits privés provinciaux ou le droit pénal fédéral. En ce cas, on confronte plutôt le pouvoir judiciaire à deux questions de fond distinctes, à savoir, la loi enfreint-elle un droit fondamental reconnu d'une part, et d'autre part, dans l'affirmative, un parlement, par ailleurs compétent, a-t-il le pouvoir d'adopter une telle loi?

Si, du moins dans l'affaire *Drybones*, la Cour suprême a tranché en faveur de la suprématie de la norme de protection des droits<sup>23</sup>, elle a toujours fait montre des plus grandes hésitations en ce qui a trait à la première interrogation. En fait, on réalise alors jusqu'à quel point la tâche de déclarer une disposition législative incompatible avec un droit fondamental de la personne implique un jugement de valeur sur les objectifs ou les intentions d'un législateur ainsi que sur l'ordre des moyens pris par ce dernier pour atteindre ces objectifs.

Malgré le peu de moyens dont il dispose, le judiciaire se voit en effet contraint de tenir compte de données politiques complexes et d'évaluer l'analyse qu'a faite le législateur des faits sociaux qui l'ont amené soit à faire telle distinction fondée directement ou indirectement sur la condition sociale ou même sur le sexe<sup>24</sup>, soit à accorder tel régime spécial d'études en faveur d'un groupe ethnique ou linguistique dans une loi scolaire<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> *Switzman c. Elbling*, (1957) R.C.S. 285; *Reference: Alberta Statutes- (...) Information Act*, (1938) R.C.S. 100. Cette façon détournée de protéger les libertés publiques comporte l'inconvénient majeur, comme le notent les professeurs Chevette et Marx, voir note 3, que le débat juridique ne porte pas véritablement sur la question de savoir s'il y a eu atteinte à un droit ou à une liberté, mais sur la question du partage des compétences législatives établi dans la Constitution.

<sup>23</sup> Voir notes 12 à 14 et texte correspondant.

<sup>24</sup> Voir par ex.: *Bliss c. P.g. du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183 (distinction législative accordant aux femmes enceintes un régime spécial de prestations d'assurance-chômage mais leur refusant l'accès au régime général, jugée non discriminatoire).

<sup>25</sup> Voir par ex.: *Bloedel c. Board of Governors of the University of Calgary*, (1980) *Canadian Human Rights Reporter*, D/25 (décision du tribunal administratif des droits de la personne de l'Alberta rendue en 1980 et déclarant discriminatoire un cours d'administration offert aux autochtones en vertu d'un programme spécial subventionné par le ministère fédéral des Affaires indiennes).

De toute évidence, on fait alors face à une intrusion bien réelle du pouvoir judiciaire dans les domaines de compétence essentiellement législative.

C'est donc d'abord et avant tout parce qu'elle est consciente de cet aspect négatif du contrôle judiciaire que notre jurisprudence s'est montrée très conservatrice quant au sens à donner aux libertés publiques depuis l'entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960 et, par voie de conséquence, dans l'exercice du contrôle de la législation dérogatoire à ces libertés<sup>26</sup>.

## II.- LES MÉCANISMES DE PROTECTION ENVISAGÉS.

### A. LE RÉGIME CONSTITUTIONNEL.

S'il faut en croire notre gouvernement fédéral, la solution au conservatisme judiciaire réside dans la constitutionnalisation pure et simple de certains droits de la personne.

Il en est d'ailleurs tellement convaincu qu'il a unilatéralement élaboré une charte des droits<sup>27</sup> et qu'il compte maintenant l'imposer aux dix parlements provinciaux malgré l'opposition de huit de ces derniers, en demandant au parlement britannique de l'inclure dans la Constitution nationale par la voie d'un amendement à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*<sup>28</sup>, loi britannique qui tient lieu de constitution au Canada.

Le projet fédéral fait actuellement l'objet de débats houleux dans la population canadienne, débats d'ailleurs amplifiés par le jugement qu'a rendu la Cour suprême du Canada sur cette question le 28 septembre 1981<sup>29</sup>. Le plus haut tribunal du pays a en effet exprimé l'avis majoritaire que bien

---

<sup>26</sup> Marc E. GOLD, «Equality Before the Law in the Supreme Court of Canada: A Case Study», (1980) 18 *Osgoode Hall Law Journal*, 336, aux pp. 348 à 358 et 387 à 411; Walter S. TARNOPOLSKY, «A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada», (1978) *Lectures Law Society of Upper Canada* 161, aux pp. 177 à 181.

<sup>27</sup> Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada, déposé à la Chambre des Communes par le Ministre de la Justice le 13 février 1981 et approuvé avec certaines modifications par la Chambre des Communes le 23 avril 1981 et par le Sénat, le 24 avril 1981.

<sup>28</sup> Il s'agit en fait du *British North America Act, 1867*, S.R.C. 1970 app. II, dont seul le texte anglais est officiel.

<sup>29</sup> Suite aux pressions des autorités et des populations provinciales, le gouvernement fédéral a en fait accepté de faire tester la légalité de son projet de résolution constitutionnelle par la Cour suprême du Canada en la déposant devant cette dernière le 24 avril 1981.

que *légal* (le parlement anglais ayant, selon l'article 7 du *Statut de Westminster de 1931*<sup>30</sup>, gardé les pleins pouvoirs en matière d'amendement constitutionnel au Canada), le projet fédéral bafoue, par son unilatéralisme, le principe fédératif fondamental en vertu duquel un ordre de gouvernement ne peut imposer à un autre ordre de gouvernement des modifications ou des limitations à ses compétences exclusives. La Cour a reconnu du même coup qu'il existe une convention politique qui oblige le gouvernement fédéral à rechercher le consentement des provinces<sup>31</sup> avant de demander à Londres de procéder à des changements limitant les pouvoirs législatifs de ces derniers et qu'à défaut d'avoir obtenu un tel consentement, l'action fédérale unilatérale doit être déclarée *inconstitutionnelle*. Toutefois, les conventions constitutionnelles n'ayant aucune force obligatoire en droit, il s'ensuit que le Parlement fédéral demeure *légalement* autorisé à adopter formellement son projet de résolution et de procéder à son envoi à Londres pour adoption<sup>32</sup>.

Comme tout porte à croire à la réalisation de ce scénario, il importe au plus haut point de considérer la question suivante: dans le contexte politico-juridique canadien, le seul fait d'insérer dans la constitution certains droits et libertés publics aura-t-il vraiment pour effet de modifier en profondeur l'attitude conservatrice de nos juges à l'endroit de leur rôle d'arbitre, dès lors ultime, en la matière? Quant à nous, il y a lieu d'en douter pour plusieurs raisons reliées aux effets de la constitutionnalisation des droits de la personne.

## B. EFFETS DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL.

### 1. Effets généraux.

Tout d'abord, les droits et libertés feraient-ils partie de la constitution nationale que cela n'éliminerait en aucune façon la problématique fondamentale du contrôle judiciaire de la législation. Or, celle-ci consiste à

---

<sup>30</sup> R.S.C. 1970, app. II.

<sup>31</sup> La Cour suprême n'a toutefois pas indiqué *combien* de provinces doivent donner leur consentement pour qu'une modification à leurs compétences législatives soit conforme aux conventions constitutionnelles. Elle s'est contentée de dire que l'unanimité ne semblait pas nécessaire, mais que le consentement de deux provinces seulement n'était pas suffisant.

<sup>32</sup> De juridique qu'elle était devant les tribunaux canadiens, la contestation du projet fédéral de la part des huit provinces — seuls l'Ontario et le Nouveau-Brunswick faisant bande à part — deviendra alors purement politique. En effet, le Parlement de Westminster pourrait légalement décider que l'adoption des changements constitutionnels demandés par Ottawa est inopportune. L'existence d'une convention constitutionnelle en vertu de laquelle le parlement anglais a toujours agréé les demandes de modification constitutionnelle émanant du parlement fédéral canadien de même que des impératifs reliés aux bonnes relations diplomatiques entre les deux pays rendent toutefois une telle éventualité assez théorique.

demander à un organe non élu, donc responsable ni devant le peuple, ni devant le parlement, de mettre en échec les mesures d'un autre organe, le législatif, qui au contraire possède pleinement la légitimité qui lui accorde le suffrage populaire<sup>33</sup>.

Il faut savoir ici que la Constitution canadienne n'est pas un document démocratique au sens fort du terme. Elle n'est pas, en effet, le produit de la volonté populaire exprimée par voie de référendum national. Bien au contraire, la Constitution canadienne est composée d'une série de lois britanniques dont la première fut adoptée en 1867 et dont l'objet principal est d'établir un régime fédéral par la reconnaissance de deux ordres de gouvernement, le fédéral et le provincial, chacun détenant la pleine souveraineté dans ses domaines de compétence exclusivement désignés<sup>34</sup>.

Voilà ce qui explique l'attachement profond de notre jurisprudence pour le principe de la suprématie parlementaire, et pour cause: il s'agit du fondement même de notre régime démocratique. Contrairement au parlement en effet, la Cour suprême du Canada, c'est-à-dire le plus haut tribunal du pays, n'est même pas une institution constitutionnelle. Elle n'existe qu'en vertu d'une simple loi fédérale<sup>35</sup>.

On peut d'ailleurs prétendre que la constitutionnalisation des droits et libertés risque d'accentuer encore davantage l'attitude conservatrice de nos tribunaux. Comme nous l'avons souligné, dans le régime actuel de protection «quasi constitutionnelle» des libertés fondamentales, les tribunaux peuvent toujours justifier l'exercice de leur contrôle sur la législation en se disant que si le parlement estime qu'ils sont allés trop loin et qu'ils ont usurpé, pour ainsi dire, le pouvoir législatif, la *Déclaration canadienne des droits* lui permet de réadopter la mesure invalidée judiciairement à la seule condition de préciser que cette mesure doit s'appliquer «nonobstant ladite Déclaration». Par contre, si les droits étaient reconnus constitutionnellement et que cette clause permettant au législateur de déroger aux droits et libertés disparaissait, comme le gouvernement fédéral le propose actuellement, les tribunaux perdraient cette justification. Leur décision d'annuler une mesure législative serait donc, à toutes fins utiles, irrémédiable puisqu'il faudrait alors procéder à un amendement constitutionnel dont la procédure est toujours extrêmement complexe en régime fédéral.

---

<sup>33</sup> G.-A. BEAUDOIN, «La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux», (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 617; Henri BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L. 1972, aux pp. 281 à 286.

<sup>34</sup> Pour une excellente synthèse de l'histoire constitutionnelle canadienne, voir: Gil RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, Montréal, Québec/Amérique, 1980, 553 pp., aux pp. 33 à 159.

<sup>35</sup> Voir note 20.

On voit mal ici comment les tribunaux canadiens, dont les traditions de réserve sont profondément enracinées, changeraient tout d'un coup d'attitude pour s'ingérer dans le domaine législatif. Non seulement le projet fédéral crée, par son caractère peu démocratique et anticonstitutionnel (au sens conventionnel du terme), des divisions et des tensions énormes dans le pays, mais il ne règle en aucune façon la problématique du contrôle judiciaire de la législation dérogatoire aux libertés publiques.

Mais si notre analyse était erronée et que les tribunaux canadiens se sentaient, au lendemain de l'inclusion des droits de la personne dans la constitution nationale, investis de la mission de scruter la loi pour en éliminer toute atteinte aux droits et libertés, les citoyens, membres de groupes minoritaires ou défavorisés économiquement se retrouveraient-ils mieux protégés dans leurs droits et libertés? Rien n'est moins sûr. Au contraire, les juges canadiens ne sont pas et ne deviendront pas, dans un avenir prévisible, législateurs. Par conséquent, ils ne peuvent jouer qu'un rôle négatif en matière sociale en ce sens qu'ils ne peuvent que contrôler, c'est-à-dire empêcher une réforme sociale au motif qu'elle ne répond pas à la conception qu'ils se font de tel droit ou de telle liberté de la personne<sup>36</sup>.

Or rien ne prouve qu'ils seront plus enclins à promouvoir le principe de l'égalité de tous les citoyens que le législateur. À l'époque où les valeurs traditionnelles axées sur la notion de liberté sont de plus en plus remises en question par cette autre valeur conflictuelle qu'est l'égalité en fait et en droit des citoyens, on peut redouter un trop grand interventionnisme judiciaire dans le domaine politique et législatif.

Nos magistrats ont été formés et, il faut bien l'avouer, continuent d'être formés dans une tradition juridique plus individualiste que sociale. Ils appartiennent à une classe sociale le plus souvent privilégiée et conservatrice. En outre, il ne peuvent accéder à la magistrature qu'après avoir acquis plusieurs années d'expérience dans l'exercice de la profession d'avocat, c'est-à-dire après avoir atteint un âge certain.

Il y a donc lieu de craindre que par un contrôle trop rigoureux de la loi et du règlement, nos juges se montrent moins ouverts que les élus en matière de protection des droits dans l'examen qu'ils feront des problèmes sociaux, politiques ou économiques. Cela a d'ailleurs été démontré aux États-Unis

---

<sup>36</sup> J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, Thémis, 1973, p. 206. Aux États-Unis, comme l'expose François CHEVRETTE dans un article intitulé «Le rôle de la Cour suprême et l'équilibre constitutionnel global des pouvoirs aux États-Unis», (1977) 12 *Revue juridique Thémis* 341, les tribunaux assument un rôle positif de nature carrément législative, mais pour des raisons qui tiennent à la spécificité de leurs institutions et qui ne sont pas vraiment susceptibles d'être transposées au Canada (cf. p. 353).

où, à l'époque dite du *New Deal* du président Roosevelt, l'interventionnisme de la Cour suprême, par la voie du 14<sup>e</sup> Amendement de la Constitution garantissant le droit à l'application régulière de la loi, a eu pour effet de bloquer plusieurs mesures à portée sociale ou économique approuvées par le Congrès pour remédier aux graves problèmes qu'avait engendrés la Crise. L'attitude du plus haut tribunal de ce pays faillit alors provoquer une crise constitutionnelle qui ne trouva de remède que par le remplacement d'un de ses juges<sup>37</sup>.

Le conservatisme judiciaire américain à l'égard du droit à l'égalité a également été démontré plus récemment dans l'affaire *Bakke*<sup>38</sup> alors que la Cour suprême déclarait discriminatoire et inconstitutionnel un programme éminemment progressiste de l'Université de Californie et de l'État du même nom. Ce programme, qui consistait à réserver un nombre déterminé de places aux membres de certaines minorités défavorisées<sup>39</sup>, visait à réduire le déséquilibre numérique qui a toujours joué historiquement à leur détriment tant à la faculté de médecine de cette Université que dans la profession médicale de cet État.

La France a également eu l'occasion de goûter à la rigueur du conservatisme judiciaire dans au moins deux importantes décisions du Conseil constitutionnel, soit celle du 16 juillet 1971 portant sur la liberté d'association et celle du 27 décembre 1973 qui déclara le caractère soi-disant discriminatoire de certaines mesures fiscales<sup>40</sup>.

Bref, si un interventionnisme des tribunaux dans la législation semble peu probable du simple fait de l'inclusion des libertés publiques dans notre constitution, compte tenu de l'enracinement profond des traditions judiciaires canadiennes, il nous apparaîtrait, le cas échéant, peu souhaitable, surtout en matière de politique sociale car celle-ci relève d'abord et avant tout du pouvoir politique.

<sup>37</sup> Sur l'expérience américaine, voir: F. CHEVRETTE, *loc. cit.*, note précédente; J.F. SHAMAN, «The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication», (1975) 2 *Hastings Const. Law Quarterly* 153; «Equal Protection in Transition...», (1973) *Fordham Law Rev.* 605 (article anonyme).

<sup>38</sup> *Regents of University of California c. Bakke*, (1978) 98 S.Ct. 2733.

<sup>39</sup> Il s'agissait en l'occurrence de quatre groupes bien identifiés, soit les Noirs, les Amérindiens, les hispanophones et les Asiatiques à qui 16% des places à la faculté de médecine étaient réservées. Les dossiers de ces candidats étaient examinés par un comité d'admission distinct sur la base de critères moins rigoureux, sur le plan académique notamment.

<sup>40</sup> Pour une étude approfondie de ces deux décisions, voir: J. WOERLING, «Entre la retenue et l'activisme judiciaire: le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux», (1975) 10 *Revue juridique Thémis* 514.

## 2. *Effets particuliers dans le cas du Québec.*

À ces raisons de portée générale à l'encontre de la constitutionnalisation des droits et libertés de la personne, il faut en ajouter une plus particulière qui tient au caractère bi-national du Canada.

La francophonie est minoritaire en ce pays. Le Québec qui constitue le foyer national des Canadiens français, ne représente guère plus de 25% de la population canadienne, tandis que sur le continent nord-américain tout entier anglophone, sa représentation atteint à peine les 2%. Il s'agit en effet de comparer 5 millions de Franco-Québécois à 19 millions d'Anglo-Canadiens ou à 250 millions de Nord-Américains.

Il va donc sans dire que le maintien et l'épanouissement du fait français constituent pour le Québec une priorité absolue. En ce sens, le législateur québécois a adopté en 1977 la *Charte de la langue française*<sup>41</sup> qui prévoit, sauf exceptions, la règle de l'unilinguisme français dans toute activité publique se déroulant au Québec. Le français devient alors la langue de l'État, de la loi et de la justice comme celle du travail, de l'enseignement et des communications.

On aura pressenti que cette loi spéciale n'a pas qu'une portée culturelle. Elle a en outre une dimension sociale et économique de toute première importance puisqu'elle vise à redonner aux Franco-Québécois la place qu'ils devraient avoir sur le marché du travail chez eux, place dont l'histoire, marquée au coin de l'hégémonie anglaise, les a trop souvent écartés.

Or une charte des droits intangible, agréée ni par le peuple, ni par le gouvernement légitime du Québec comme celle que veut imposer le gouvernement fédéral, risque de porter sérieusement atteinte aux pouvoirs législatifs essentiels du parlement québécois.

Il existe en effet de nombreux conflits entre le projet fédéral de charte des droits, voué entre autres, à la promotion du bilinguisme, et la *Charte de la langue française* québécoise axée sur l'unilinguisme<sup>42</sup>. Comme, au

---

<sup>41</sup> L.R.Q., c. C-11.

<sup>42</sup> Comparer par ex.: La reconnaissance de la liberté d'expression (projet fédéral) et l'obligation d'afficher dans la seule langue française (charte québécoise); le droit de tout citoyen canadien ayant fait ses études primaires en anglais au Canada de faire instruire ses enfants à l'école anglaise au Québec (projet fédéral) et la restriction de ce droit aux seuls Anglo-Québécois déjà établis au Québec en 1977 lors de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Comparer aussi: le droit à la libre circulation des travailleurs (projet fédéral) et la réglementation québécoise interdisant l'embauche de non-résidents dans certains secteurs et visant à contrebalancer le fait que les Québécois sont beaucoup moins mobiles que les autres Canadiens en raison du caractère totalement anglophone du marché du travail canadien hors Québec.

surplus, le tribunal appelé à trancher en dernier ressort les litiges constitutionnels est composé d'une majorité de juges anglophones non québécois, nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral, la possibilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité de parties importantes de cet outil d'affirmation et de promotion socio-économique des Franco-Québécois qu'est la *Charte de la langue française* semble des plus réelles.

On notera d'ailleurs que le chapitre III portant sur l'unilinguisme français dans la loi et le système judiciaire québécois a déjà été frappé d'inconstitutionnalité par la Cour suprême du Canada en vertu de l'article 133 de la Constitution actuelle. Cet article établit la règle du bilinguisme devant les tribunaux et dans les législations fédérale, québécoise et manitobaine, les huit autres provinces pouvant fonctionner dans la seule langue anglaise dans la plus complète légalité.

Bref, le projet fédéral de charte constitutionnelle des droits liant tous les parlements, fédéral comme provinciaux, peut s'avérer une véritable menace pour la survie du fait français en Amérique du Nord. Dans cette perspective, ce qui devait assurer la suprématie de la norme de protection des droits fondamentaux n'est en réalité rien d'autre qu'un instrument de domination de la majorité sur la minorité francophone.

Cette situation, aussi inadmissible que paradoxale, ne peut faire autrement que de nous faire douter de la valeur du projet fédéral de constitutionnalisation des droits. Comparé à ce projet, le régime «quasi constitutionnel» actuel semble de loin supérieur puisqu'il a déjà réussi à assurer la suprématie de la norme de protection des droits fondamentaux dans le respect de tous et ce, tant au fédéral que dans un nombre croissant de provinces canadiennes.

## CONCLUSION

Si on désirait que les tribunaux exercent un contrôle plus serré des lois pouvant porter atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale, il faudrait, à notre avis, que non seulement on inscrive ces droits dans la constitution, mais que l'existence même de la Cour suprême et de ses pouvoirs de contrôle soit explicitement reconnue également. La Cour suprême a eu plus d'une fois l'occasion de justifier son hésitation à exercer un contrôle judiciaire réel de la loi par l'absence de telles dispositions constitutionnelles<sup>43</sup>.

En outre, pour donner une légitimité à ce contrôle qui, au départ, en est dépourvu puisque le judiciaire est un organe non élu, le processus de

---

<sup>43</sup> Voir note 14.

constitutionnalisation de même que les droits qui en font l'objet devraient recevoir l'aval de l'ensemble des divers gouvernements fédéral comme provinciaux et être suivis d'un référendum national. Il va sans dire, par ailleurs, que cette double consultation n'aurait de validité que dans la mesure où elle était faite en conformité avec le caractère à la fois binational et régional du Canada. Ce qui signifie qu'aucun changement constitutionnel majeur liant tous les parlements ne devrait être effectué sans l'accord du Québec et d'une majorité de Québécois d'une part et, d'autre part, sans celui d'une majorité de provinces dans chacune des trois autres grandes régions canadiennes — soit l'Ontario, les Maritimes et l'Ouest — et d'une majorité populaire dans chacune de ces régions<sup>44</sup>.

Dans ces conditions, les tribunaux canadiens devraient mettre de côté leur attitude traditionnelle de «retenue» ou de «réserve» tout imprégnée du principe du respect de la suprématie parlementaire, pour s'engager résolument dans la voie d'un contrôle judiciaire réel dans le domaine de la protection des droits de la personne.

Toutefois la suprématie de la norme de protection des droits par son inclusion dans une constitution nationale ne nous semble souhaitable dans le contexte canadien que si elle est tempérée par une clause permettant au parlement d'avoir le dernier mot dans les cas où l'exercice d'un contrôle judiciaire accru s'avérait excessif au point de bloquer une réforme sociale jugée essentielle.

Comme l'a si justement exprimé le professeur Brun de l'Université Laval, «la technique (actuellement) utilisée, à savoir la clause enchâssée de dérogation expresse (permettant au parlement d'avoir le dernier mot) apparaît, d'une façon générale, adaptée aux circonstances québécoises. Les droits individuels sont protégés par l'obligation qui est faite au parlement de prévenir explicitement de ses intentions de diminuer une liberté. Cependant, les intérêts de la collectivité peuvent finalement prévaloir, ce qui n'est peut-être pas un abus dans un contexte où, en certaines matières, (sociale entre autres), les volontés de la majorité ont besoin de l'assistance du droit pour pouvoir s'imposer<sup>45</sup>».

---

<sup>44</sup> Voir en ce sens: G.-A. BEAUDOIN, «Mécanismes d'élaboration d'une Constitution nouvelle...», p. 110 dans *Mécanismes pour une nouvelle constitution*, Ottawa, éd. de l'Univ. d'Ottawa, 1981, 146 p.

<sup>45</sup> Henri BRUN, «La Charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application», (1977) 37 *Revue du Barreau québécois* 179, p. 201.