

UNE CONCEPTION ORTHODOXE DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE QUI MET EN PÉRIL LE LEGS DE JACQUES-YVAN MORIN

Marie Carpentier

Volume 28, Number 6, 2023

Soirées de la justice du CRDP 2023 : les espaces de la justice

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1111819ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1111819ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Carpentier, M. (2023). UNE CONCEPTION ORTHODOXE DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE QUI MET EN PÉRIL LE LEGS DE JACQUES-YVAN MORIN. *Lex Electronica*, 28(6), 70–85. <https://doi.org/10.7202/1111819ar>

Article abstract

La disparition récente de Jacques-Yvan Morin prête à revisiter son oeuvre. Le présent texte propose quelques réflexions fort modestes à propos d'un des éléments sur lesquels il s'était brillamment penché, soit le principe de souveraineté parlementaire et la façon dont il se conjugue avec la protection des droits et libertés de la personne. On observe une modification dans la façon dont ce principe est mis en oeuvre récemment, ce qui compromet la possibilité du dialogue entre les pouvoirs et, par conséquent, le débat public qui, en l'absence d'une décision judiciaire, risquerait de ne pas avoir lieu. Le legs intellectuel et démocratique du professeur Morin, qui s'incarne notamment dans la *Charte des droits et libertés de la personne* dont le Québec s'est doté, se trouve de ce fait en péril.

© Marie Carpentier, 2024



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

é
rud
it

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

UNE CONCEPTION ORTHODOXE DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE QUI MET EN PÉRIL LE LEGS DE JACQUES-YVAN MORIN²⁴⁷

Marie CARPENTIER²⁴⁸

²⁴⁷ Cet article est le résultat des interrogations suscitées lors de la conférence intitulée « La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : un espace de traitement des plaintes et de recherche juridique » qui eu lieu le 20 octobre 2022. Il est à noter que cet article fut soumis à la révision des pairs eu égard à la politique éditoriale de la revue Lex Electronica.

²⁴⁸ Avocate, LL. D. L'auteure a été conseillère juridique à direction de la recherche à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse pendant plus d'une douzaine d'années. Les propos exprimés dans ce texte n'engagent personne d'autre.

RÉSUMÉ

La disparition récente de Jacques-Yvan Morin prête à revisiter son œuvre. Le présent texte propose quelques réflexions fort modestes à propos d'un des éléments sur lesquels il s'était brillamment penché, soit le principe de souveraineté parlementaire et la façon dont il se conjugue avec la protection des droits et libertés de la personne. On observe une modification dans la façon dont ce principe est mis en œuvre récemment, ce qui compromet la possibilité du dialogue entre les pouvoirs et, par conséquent, le débat public qui, en l'absence d'une décision judiciaire, risquerait de ne pas avoir lieu. Le legs intellectuel et démocratique du professeur Morin, qui s'incarne notamment dans la *Charte des droits et libertés de la personne* dont le Québec s'est doté, se trouve de ce fait en péril.

INTRODUCTION

[206] Le 26 juillet dernier, le professeur Jacques-Yvan Morin, « un des intellectuels qui a le plus participé à l'édification du Québec moderne »²⁴⁹, nous a quitté. Comme le notait le regretté juge Louis Lebel, il aura joué un rôle d'une importance critique dans le développement des droits et libertés de la personne au Québec (LEBEL, 2015, p. 26).

[207] Des années après avoir brillamment plaidé pour l'adoption d'une charte pour le Québec (MORIN, 1963), le professeur Morin a défendu la nécessité du contrôle juridictionnel des lois comme élément essentiel de la protection des droits et libertés de la personne (MORIN, 1994).

[208] Or, l'activité législative récente fait redouter que cette protection soit en recul.

[209] Cette tendance pourrait s'expliquer par la résurgence récente au Québec de l'adhésion à la notion de souveraineté parlementaire. On note en effet une propension à lui accorder la préséance sur les autres considérations, y compris les droits et libertés de la personne.

[210] Le principe de souveraineté parlementaire est à l'effet que le parlement dispose du pouvoir de faire toute loi (section 1). Dans sa version la plus orthodoxe, ce principe s'oppose à l'existence d'une contrainte à l'exercice du pouvoir législatif. Or en 1975, quelques années avant le Canada, le Québec s'est doté d'une *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵⁰. Ce texte a pour objectif d'implanter les droits et libertés reconnus à l'échelle internationale dans le quotidien des Québécoises et des Québécois, et interfère avec le pouvoir législatif (section 2). Dans la foulée d'une adhésion à une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire, les garanties dont s'est doté le Québec semblent sérieusement compromises (section 3), s'éloignant ainsi du projet proposé par le professeur Morin.

1. LE PRINCIPE DE SOUVERAINÉTÉ PARLEMENTAIRE

[211] La notion de souveraineté parlementaire s'intéresse aux limites du pouvoir du Parlement de faire des lois. La question est importante « pour comprendre le rôle constitutionnel des tribunaux et les modalités du contrôle judiciaire des lois » (D'ASTOUS, 2021, para. 2).

[212] La mise en œuvre du principe est plus ou moins stricte selon les juridictions. Ainsi, en droit britannique, une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire selon laquelle « le Parlement de Westminster a un pouvoir de légiférer illimité » (D'ASTOUS, 2021, para. 8) prévaut. Le corollaire en est que « les tribunaux ne peuvent vérifier que rudimentairement la validité des lois » (D'ASTOUS, 2021, para. 8).

[213] Cette notion de souveraineté parlementaire n'a pas été reçue intégralement en droit canadien (D'ASTOUS, 2021, para. 45). Ainsi, la Cour suprême reconnaît que

249 « M. Jacques-Yvan Morin », en ligne: *Société québécoise de droit international* <<https://www.sqdi.org/fr/m-jacques-yvan-morin/>>.

250 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12 [ci-après « Charte québécoise »].

l'ordre juridique canadien est régi par la suprématie de la constitution plutôt que par la suprématie parlementaire. Elle affirme :

Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la Charte avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif. Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source²⁵¹.

[214] En fait, le partage des compétences législatives dessiné dans la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵² constituait déjà une atteinte à la suprématie parlementaire²⁵³.

[215] Bien que la souveraineté demeure un « élément fondamental de la structure de l'État canadien »²⁵⁴, les tribunaux disposent du pouvoir d'examiner la validité des lois et d'en sanctionner la non-conformité à une norme constitutionnelle enchâssée. La souveraineté parlementaire ainsi limitée permet un dialogue entre les différents organes de l'État : exécutif, législatif et judiciaire²⁵⁵.

[216] La théorie du dialogue prend place quand il est possible pour les pouvoirs politiques, par un simple processus législatif, de renverser, modifier ou d'éluder une décision judiciaire invalidant une disposition législative (HOGG & BUSHELL, 1997, p. 80). Elle implique cependant que le pouvoir judiciaire puisse procéder à son analyse avant que les pouvoirs élus y répondent.

[217] Cette théorie a fait couler beaucoup d'encre au Canada (BROUILLET & MICHAUD, 2011; HOGG & BUSHELL, 1997; ROACH, 2014). Elle légitime le contrôle judiciaire de la législation en mettant l'accent sur la capacité des pouvoirs politiques d'avoir le dernier mot. Ainsi, le pouvoir judiciaire a le potentiel de provoquer le débat public qui, en l'absence d'une décision judiciaire, risquerait de ne pas avoir lieu et ce, sans pour autant contrecarrer l'atteinte de l'objectif législatif.

[218] Cette théorie du dialogue revêt une importance particulière dans le contexte de la mise en œuvre des droits et libertés garantis par les chartes. Comme l'indiquent les auteurs à l'origine de la métaphore du dialogue :

251 *Operation Dismantle c La Reine*, [1985] 1 RCS 441 à la p 445.

252 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, art 91 et s.

253 Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, 2018 CSC 48 au para 56.

254 *Mikisew Cree First Nation c Canada* (Gouverneur général en conseil), 2018 CSC 40 au para 58.

255 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493.

The Charter can act as a catalyst for a two-way exchange between the judiciary and legislature on the topic of human rights and freedoms, but it rarely raises an absolute barrier to the wishes of the democratic institutions» (HOGG & BUSHELL, 1997, p. 81).

[219] La souveraineté parlementaire est donc limitée au Canada par des mesures permettant la tenue du dialogue entre les différents pouvoirs.

[220] La Charte québécoise a évolué autour de cet objectif.

2. LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE : DU DROIT INTERNATIONAL AU QUOTIDIEN

[221] La Charte québécoise, adoptée en 1975, entrée en vigueur en 1976, a été ancrée par ses rédacteurs dans les principes du droit international (MOREL, 1987, p. 6). Ce faisant, ils ont cédé à l'invitation, formulée une décennie plus tôt par le professeur Jacques-Yvan Morin, à ne pas se tenir à l'écart du mouvement général des États en faveur de la reconnaissance et de la protection des droits de l'homme (MORIN, 1963).

[222] Encore aujourd'hui, la Charte québécoise se distingue des lois équivalentes adoptées dans les autres provinces par la diversité des droits et libertés pour lesquels elle offre des garanties : les droits et libertés fondamentaux, le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés, les droits politiques, les droits judiciaires ainsi que les droits économiques et sociaux.

[223] Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui ne régit que l'action de l'État²⁵⁶, la Charte québécoise fait partie du quotidien des justiciables québécois qui, tout comme l'État²⁵⁷, doivent respecter les principes qui y sont énoncés dans la majorité de leurs activités : à l'école, au travail, dans les commerces et dans leurs relations avec leurs voisins, par exemple.

[224] En outre, la Charte québécoise diffère de la Charte canadienne en ce qu'elle n'a pas le statut de loi constitutionnelle. Cependant, puisqu'elle porte « l'expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise »²⁵⁸, on lui attribue une qualité quasi-constitutionnelle²⁵⁹. La Cour suprême reconnaît ce statut aux lois qui visent à contrer la discrimination :

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens

²⁵⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, art 32 [ci-après "Charte canadienne"]; *SDGMR c Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 RCS 573.

²⁵⁷ Charte québécoise, supra note 4, art 54.

²⁵⁸ *De Montigny c Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51 au par 53.

²⁵⁹ Voir, notamment Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville), 2000 CSC 27 au para 27.

qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame²⁶⁰.

[225] La valeur quasi-constitutionnelle de la Charte québécoise commande une interprétation large et libérale des droits et libertés et restrictive des exceptions qui y sont énoncées. Cela étant, la Charte tire également son statut du fait que ses dispositions 1 à 38 ont préséance sur celles des autres lois du Québec²⁶¹.

[226] Ayant pour vocation de limiter l'action de l'État, le libellé de la Charte apparaît donc contrevenir directement à l'acception orthodoxe du principe de souveraineté parlementaire.

[227] L'enjeu est de taille du point de vue de la science politique et le dilemme se pose dans la plupart des démocraties : ou alors on concède aux tribunaux, pouvoir non-élu, la capacité de renverser les décisions adoptées par des représentants élus au suffrage universel, ou bien, en conformité avec la vision orthodoxe de la souveraineté parlementaire, on ne pose aucune limite à l'exercice du pouvoir législatif.

[228] La seconde alternative, qui pourrait sembler logique de prime abord parce que respectueuse du principe majoritaire, pose tout de même certains problèmes. D'une part, du point de vue éthique, il apparaît hasardeux de permettre à la majorité d'exercer le pouvoir sans aucune contrainte, même au détriment des droits et libertés des minorités non représentées. Ainsi, Tocqueville formulait le constat suivant : « le vœu majoritaire est à respecter dans le jeu démocratique mais il a des effets pervers redoutables qui se retournent contre la démocratie elle-même » (COUTEL, 2010, pp. 62-63). La Cour suprême reconnaît en effet la possibilité de la « tyrannie de la majorité », tyrannie contre laquelle protégerait les chartes²⁶² Dans cette perspective, Woerhling attribue une fonction anti-majoritaire aux droits et libertés (WOERHLING, 2005, p. 253).

[229] Une autre limite à la conception orthodoxe de la suprématie parlementaire tient au fait que le mode de scrutin actuellement en vigueur ne permet pas de s'assurer que l'exercice législatif traduise la volonté d'une véritable majorité au sens mathématique du terme.

[230] Si on ne peut, en aucun cas, remettre en cause la faculté de l'Assemblée nationale d'adopter des lois parce qu'elle ne représente pas parfaitement la majorité

260 Winnipeg School Division n° 1 c Craton, [1985] 2 RCS 150, 156. Voir également Insurance Corporation of British Columbia c Heerspink, [1982] 2 RCS 145

261 Charte québécoise, supra note 4, art 52.

262 R c Big M Drug Mart, [1985] 1RCS 295, 337.

mathématique de la population, on peut espérer que ce pouvoir ne s'exerce pas sans balise aucune.

[230] Cela étant, le caractère quasi-constitutionnel des dispositions de la Charte n'entraîne pas nécessairement une atteinte à la souveraineté parlementaire. En effet, pour D'Astous, l'exercice du pouvoir législatif ne serait pas, *de facto*, limité par ce statut :

Le statut particulier des lois quasi-constitutionnelles – et l'effet juridique qui en découle – n'est donc pas le résultat des règles procédurales dont elles sont disposées, mais plutôt des principes d'interprétation des lois ou, en l'occurrence, de leur inapplicabilité (D'ASTOUS, 2021, para 74).

[231] Ainsi, une règle inapplicable parce qu'incompatible avec une législation quasi-constitutionnelle se distingue d'une règle invalide parce qu'incompatible avec une norme constitutionnelle en ce que la seconde est réputée ne jamais avoir existé. La Cour suprême indique :

Mais lorsqu'une disposition est déclarée inapplicable en vertu [d'une disposition d'une loi quasi-constitutionnelle], il n'est pas question de sa validité. Le législateur avait le pouvoir d'adopter la disposition incompatible; il se trouve seulement qu'il a également édicté une autre règle de droit qui prévaut²⁶³.

[232] Par conséquent, le pouvoir législatif n'est pas limité par les dispositions ayant caractère quasi-constitutionnel même si elles ont préséances sur les dispositions des autres lois en vertu des règles d'interprétation.

[233] Cela étant, en adoptant la Charte québécoise, le législateur québécois a tout de même voulu tempérer l'apparente faculté du pouvoir judiciaire de contraindre les pouvoirs élus.

[234] Outre les limites intrinsèques à certains droits et libertés inscrits à la Charte, comme celle prévue à l'égard du droit à libre dispositions des biens²⁶⁴, par exemple, le législateur est ainsi autorisé à s'exempter explicitement de l'application de la Charte²⁶⁵. La Charte permet par ailleurs aux pouvoirs législatif et exécutif de justifier, *a posteriori*, une atteinte aux droits et libertés²⁶⁶.

[235] Combinées, ces deux dispositions (justificative et de dérogation) permettent aux tribunaux de se prononcer sur la conformité d'une mesure avec les droits et libertés de la personne et au pouvoir législatif de maintenir sa position malgré un avis contraire. La souveraineté parlementaire est préservée mais doit permettre le dialogue.

²⁶³ Tranchemontagne c Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées), 2006 CSC 14 au para 35.

²⁶⁴ Charte québécoise, supra note 4, art 6.

²⁶⁵ *ibid*, art 52.

²⁶⁶ *Ibid*, art 9.1.

[236] Des mesures semblables ont été prévues dans la Charte canadienne, sous réserve de certaines distinctions. Ainsi, la disposition de dérogation, notoirement surnommée « clause nonobstant », n'est applicable qu'à l'égard de certains droits et libertés²⁶⁷ et doit être renouvelée tous les 5 ans²⁶⁸. La disposition justificative, pour sa part, diffère dans son libellé²⁶⁹. Nous y reviendrons.

[237] Après avoir fait l'objet d'une constitutionnalisation progressive (MORIN, 1987), il semble bien que la vulnérabilité intrinsèque (BOSSET & COUTU, 2015) de la Charte québécoise compromette les acquis en matière de droits et libertés de la personne.

3. DES ACQUIS COMPROMIS

[238] La vulnérabilité intrinsèque de la Charte québécoise découle du fait que, malgré l'importance et la valeur fondamentale des droits et libertés qu'elle garantit, il s'agit d'une loi ordinaire. De ce fait, elle est susceptible de modification par un vote d'une majorité simple des députés de l'Assemblée nationale. Elle demeure ainsi soumise aux « possibles fluctuations et vicissitudes du jeu politique » (BOSSET & COUTU, 2015, p. 51).

[239] Cette vulnérabilité est cependant conforme à l'orthodoxie en matière de souveraineté parlementaire qui implique que « [l]e législateur ne peut, au moyen d'une disposition législative, rendre plus onéreuse l'abrogation ou la modification d'une loi ou encore prétendre assujettir l'abrogation future des lois à une procédure spéciale » (D'ASTOUS, 2021, para 9).

[240] Comme nous l'avons vu plus haut, la Charte québécoise est le fruit d'une réflexion sur le nécessaire équilibre de l'exercice des pouvoirs élus et judiciaires. En effet, sous réserve de ses exceptions intrinsèques, la présence des dispositions 1 à 38 de la Charte québécoise permet au pouvoir judiciaire de déclarer inopérantes les dispositions des autres lois qui leur seraient contraires²⁷⁰.

[241] Face à une telle éventualité, le législateur peut tenter de justifier, *a posteriori*, l'atteinte constatée par un tribunal en invoquant la clause justificative²⁷¹. Il revient alors au tribunal de décider si la justification invoquée est valable.

[242] Le législateur peut également choisir d'exempter les dispositions contraires de l'application de la Charte québécoise en recourant à la clause dérogatoire²⁷². Ce

267 *Charte canadienne*, supra note 10, art 33(1); il s'agit des libertés fondamentales (art. 2) et des garanties judiciaires (art. 7 à 15).

268 *Ibid*, art 33 (3)

269 *Ibid*, art 1.

270 Charte québécoise, supra note 4, art 52.

271 *Ibid*, art 9.1.

272 *Ibid*, art 52.

pouvoir qui, à ce jour, s'exerce sans limite légale aucune²⁷³, ne peut être sanctionné que politiquement, au moment des élections.

[243] Les pouvoirs élus et non-élu sont donc contraints à une forme de dialogue, bien que les pouvoirs élus conservent le dernier mot.

[244] Or l'équilibre démocratique offert par la Charte québécoise apparaît menacé par le recours préventif à la clause d'exemption (section 3.1), par l'expansion de la clause justificative (section 3.2) et par la façon dont les modifications récentes ont été apportées à la Charte québécoise (section 3.3).

3.1. LE RECOURS PRÉVENTIF À LA DISPOSITION DE DÉROGATION

[245] À deux reprises au cours des dernières années, le législateur a eu recours à la clause justificative pour exempter l'ensemble des dispositions d'une loi de l'ensemble des dispositions de la Charte québécoise et ce, avant même que les tribunaux aient eu l'occasion de se prononcer sur la validité desdites lois.

[246] Ainsi, le législateur a choisi d'exempter l'ensemble des dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*²⁷⁴ et de la *Charte de la langue française*²⁷⁵ de l'application des garanties offertes par l'ensemble des dispositions de la Charte québécoise. Il a également choisi de soustraire ces lois à l'examen fondé sur la Charte canadienne²⁷⁶. Rappelons cependant qu'il n'est loisible au législateur de s'exempter que de certaines dispositions de cette charte et que cette exemption doit être renouvelée aux cinq ans²⁷⁷.

[247] Le bien-fondé du fait d'en appeler préventivement à la disposition de dérogation a été questionné dans un recours dans lequel les demandeurs contestaient la validité constitutionnelle et quasi constitutionnelle de certaines dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*²⁷⁸. Sans remettre en cause la légitimité des dispositions de la loi aménageant l'exemption, le juge de la Cour supérieure s'étonne quant à « une certaine banalisation et indifférence quant à la portée réelle de l'exercice de dérogation »²⁷⁹ Le Tribunal indique :

À ce sujet, le Tribunal tient à faire preuve de clarté. À charge de redite, le législateur peut, à sa guise et ce pour des motifs purement politiques, utiliser les clauses de dérogation. Le Tribunal en convient et il ne remet pas en question la légitimité de cette façon de faire. Mais, en contrepartie, puisqu'il s'agit de neutraliser des droits et libertés fondamentaux, le simple respect de ceux-ci devrait militer

²⁷³ *Hak c Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466.

²⁷⁴ RLRQ, c. L-0.3, art. 33.

²⁷⁵ RLRQ, c. C-11, art. 213.1.

²⁷⁶ *Loi sur la laïcité de l'État*, supra, note 28, art. 34; *Charte de la langue française*, idem, art. 214.

²⁷⁷ *Charte canadienne*, supra note 10, art. 32.

²⁷⁸ *Supra*, note 28.

²⁷⁹ *Hak c Procureur général du Québec*, supra note 27 au para 768.

en faveur d'une utilisation plus ciblée de ce pouvoir qui, après tout, doit demeurer exceptionnel.

[...]

En tant que gardien de la primauté du droit, le Tribunal se doit de s'interroger sérieusement sur un recours aussi large aux clauses de dérogation. Il doit également le mettre en lumière²⁸⁰.

Cette décision fait actuellement l'objet d'un appel et de plusieurs appels incidents en Cour d'appel du Québec²⁸¹.

[248] Rappelons que les préoccupations du juge Blanchard quant à l'ampleur de la dérogation reposent sur le fait que l'ensemble de la loi est soustrait à l'ensemble des protections offertes par la Charte québécoise. Il en est de même de la *Charte de la langue française*, telle que récemment modifiée.

[249] Sans surprise, de façon concomitante, une référence au principe de la souveraineté parlementaire a été ajoutée au préambule de chacune des deux lois. Le préambule de la *Charte de la langue française* précise donc maintenant :

En vertu de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de confirmer le statut du français comme langue officielle et langue commune sur le territoire du Québec ainsi que de consacrer la prépondérance de ce statut dans l'ordre juridique québécois, tout en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne.

[250] Ces modifications législatives semblent marquer une adhésion à une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire, dans laquelle les pouvoirs judiciaires sont limités. Or, cette conception n'a jamais prévalu au Canada. En effet, « dès les origines du fédéralisme canadien, les tribunaux ont pu contrôler les sphères de compétence de chaque ordre de gouvernement » (D'ASTOUS, 2021, para 42).

[251] La volonté du législateur de soustraire les dispositions législatives à l'examen de leur conformité avec les chartes entrave l'exercice du dialogue entre les pouvoirs dont bénéficierait l'ensemble de la population. Ainsi, elle prive les tribunaux de la possibilité de donner leur avis et, du même coup, les électrices et les électeurs, entre autres, de le connaître. Or ceux-ci ont le droit de choisir leur prochaine législature avec le meilleur éclairage possible, notamment en ce qui concerne la volonté des candidats de respecter les droits et libertés.

[252] Outre une application prolifique des dispositions de dérogation, on observe une expansion des possibilités de justifier les atteintes aux droits et libertés.

280 *Ibid* aux para 757 et 769.

281 Dossiers n°s 500-09-029539-210, 500-09-029545-217, 500-09-029549-219 et 500-09-029550-217

3.2 L'ÉLARGISSEMENT DE LA JUSTIFICATION DES ATTEINTES AUX DROITS ET LIBERTÉS

[253] Au moment de l'adoption de la Charte québécoise, seuls les articles 9 à 38 bénéficiaient d'une préséance et uniquement sur les dispositions des lois à venir²⁸².

[254] La mise à jour de la Charte québécoise concomitante avec l'adoption de la Charte canadienne a donné l'occasion au législateur d'étendre la préséance aux articles 1 à 9 et sur l'ensemble des dispositions législatives, que leur adoption précède ou non celle de la Charte²⁸³. Pour atténuer les effets limitant sur l'exercice du pouvoir législatif, le législateur y a également inclus une disposition lui permettant de justifier, *a posteriori*, une atteinte aux droits consacrés par les articles 1 à 9.

[255] Au moment de son adoption en 1981, L'article 9.1 se lisait à l'époque comme suit :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

[256] La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. » Ainsi, si une disposition législative est contestée, le gouvernement doit avoir l'occasion de soutenir que celle-ci se justifie validité.

[257] L'article 9.1 de la Charte québécoise s'interprète de la même façon que l'article 1^{er} de la Charte canadienne, en tenant compte des adaptations nécessaires²⁸⁴. Il ne nous apparaît pas nécessaire de détailler ici les critères développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*²⁸⁵ et précisés à plusieurs reprises par la suite²⁸⁶ en vue de déterminer si une atteinte aux droits et libertés peut effectivement se justifier au sens de l'article 1^{er} de la Charte canadienne ou au sens de l'article 9.1 de la Charte québécoise.

[258] Mentionnons cependant que, commentant l'avis qui doit être transmis au Procureur général chaque fois que la validité constitutionnelle de tout ou partie d'une loi ou d'un règlement est en cause²⁸⁷, la Cour suprême a confirmé l'importance d'un tel exercice pour le maintien de la démocratie :

Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la Charte et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative

²⁸² LQ 1975, c. 6, art. 52.

²⁸³ Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, LQ, 1982, c. 61.

²⁸⁴ *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712.

²⁸⁵ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

²⁸⁶ *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835.

²⁸⁷ Code de procédure civile, art. 76.

adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel²⁸⁸.

[259] La disposition justificative a été modifiée en 2019²⁸⁹ et puis en 2022²⁹⁰. Elle se lit maintenant comme suit :

Les **droits et libertés de la personne** s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'importance accordée à la protection du français, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice²⁹¹. [Notre emphase.]

[260] Ainsi, l'expression « libertés et droits fondamentaux », qui renvoyait aux droits et libertés énoncés au chapitre 1^{er} de la Charte, a été remplacée par l'expression « droits et libertés de la personne ». Ce nouveau libellé élargit la portée de la disposition justificative limitée jusqu'alors aux articles 1 à 9²⁹² à l'ensemble des droits et libertés garantis par les articles 1 à 48 de la Charte. Comme l'indiquait la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans son mémoire commentant lesdites modifications, cette expansion modifie « en profondeur les mécanismes de restriction des droits protégés »²⁹³ par la Charte québécoise.

[261] Principal inspirateur intellectuel de la Charte québécoise (BOSSET & COUTU, 2015, p. 38), Jacques-Yvan Morin avait estimé qu'un élargissement de la possibilité de justifier les atteintes à l'ensemble des droits et libertés pouvait être légitime dans la mesure où il se substituerait à la possibilité de déroger aux dispositions de la Charte sans devoir s'en expliquer (MORIN, 1963, p. 52). En d'autres termes, il aurait été adéquat d'élargir la clause de justification, si la clause de dérogation était abolie. Le législateur a plutôt choisi de cumuler la faculté de justifier et de déroger à l'ensemble des droits et libertés garantis.

288 Eaton c Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241 au par. 48

289 Loi sur la laïcité de l'État, supra, note 28, a. 19.

290 Loi sur la langue officielle et commune, le français, LQ 2022, c. 14, art. 139.

291 Charte québécoise, supra note 4 art 9.1.

292 Ford c Québec (PG), supra note 38.

293 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Mémoire sur le projet de loi n°96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, (Cat. 2.412.2.4), 2021, p. 34, [en ligne :] https://www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL96_langue-officielle.pdf.

[262] Il est trop tôt pour évaluer l'ampleur des conséquences que cette modification aura sur l'exercice des droits et libertés mais, à coup sûr, il s'agit d'une régression de la protection.

3.3 LA FAÇON DONT LES MODIFICATIONS RÉCENTES ONT ÉTÉ APPORTÉES À LA CHARTE QUÉBÉCOISE

[263] L'article 9.1 de la Charte québécoise a été discrètement modifié par la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*²⁹⁴. « Discrètement », parce que les notes explicatives qui introduisent le projet de loi ne font aucune mention de cette importante modification à la Charte québécoise. En outre la CDPDJ notait :

Or, l'absence même de référence à la Charte québécoise dans l'intitulé du projet de loi ne permet pas de s'assurer que l'ensemble des personnes susceptibles d'être intéressées par les modifications proposées à la CDLP puisse participer à la présente consultation²⁹⁵.

[264] Ainsi, une rapide recherche par mots-clés parmi la quelque centaine de mémoires déposés à l'occasion de l'étude du projet de loi révèle que seulement quatre ont commenté les modifications à l'article 9.1 de la Charte parmi lesquels seulement deux ont relevé la modification concernant spécifiquement l'élargissement du champ d'applications de la disposition²⁹⁶. Elle est donc passée sous le radar. La CDPDJ indique d'ailleurs :

La Commission tient à faire part ici de sa surprise de découvrir, dans le projet de loi n° 96, une proposition de cet ordre. En effet, il est ici prévu de modifier considérablement la portée de la disposition de limitation des droits qu'on retrouve à l'article 9.1 de la CDLP. De fait, une telle modification semble dépasser largement le champ d'un projet de loi portant sur la langue officielle du Québec, le français²⁹⁷.

[265] Notons en outre que les consultations tenues pour étudier le projet de loi étaient sur invitation seulement.

[266] La CDPDJ note depuis longtemps qu'une modification de la Charte québécoise qui ne ferait pas l'objet d'un débat suffisant risquerait de souffrir d'un déficit de légitimité démocratique :

La Commission croit par ailleurs que les modifications au contenu normatif de la Charte québécoise devraient toujours faire l'objet

294 *Supra*, note 44, art. 139.

295 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *supra*, note 47, p.16.

296 *Idem* ; Quebec Community Groups Network, Mémoire présenté à la Commission de la culture et de l'éducation, Consultations particulières et auditions publiques, Projet de loi n° 96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français, 2021.

297 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *idem*, p. 31.

d'une large discussion publique, impliquant non seulement les acteurs politiques mais aussi les membres de la société civile. Dans une perspective démocratique, il en va ici de la légitimité de la Charte elle-même : des discussions plus restreintes, alors qu'il s'agit d'un texte aussi fondamental pour la collectivité, pourraient se traduire par un déficit de légitimité, susceptible de porter atteinte dans l'avenir à la mise en œuvre et à l'effectivité des modifications adoptées²⁹⁸.

[267] En outre, la tradition voulant que les modifications à la Charte québécoise fassent l'objet d'un vaste consensus des partis représentés à l'Assemblée nationale et de la société civile (BOSSET & COUTU, 2015, p. 51) n'a pas été respectée. Encore une fois, le dialogue nécessaire entre les pouvoirs élus et non-élu n'a pas eu lieu.

[268] Morin avait cependant prévenu de la nécessité d' « assurer cette loi fondamentale contre les changements intempestifs ou peu réfléchis, au gré des majorités changeantes de l'Assemblée » (MORIN, 1963, p. 32).

CONCLUSION

[269] En 1994, le regretté et visionnaire professeur Morin appelait de ses vœux la retenue et la modération dans l'exercice des différents pouvoirs, y voyant un vecteur de stabilité de notre démocratie :

C'est dans un tel système, essentiellement « mixte » et tempéré, que s'inscrit tout naturellement le contrôle des lois par rapport aux libertés et droits fondamentaux. Il implique cependant que les règles constitutionnelles s'imposent à tous et, idéalement, qu'aucun des acteurs n'abuse sciemment de la part de pouvoir qui lui est dévolue: ni le législateur, ni la majorité du moment, ni les groupes de pression, ni même le juge qui doit, le cas échéant, les ramener à l'ordre constitutionnel. La retenue et la modération de tous sont des conditions de la stabilité de l'État démocratique libéral. Une majorité parlementaire qui crierait au gouvernement des juges dès que ses desseins seraient contrecarrés par la constitution ne ferait qu'affaiblir le système qui légitime son propre pouvoir; quant à ceux qui voudraient amener les juges à refaire la constitution, par manque de confiance dans la démocratie, ils saperait les fondements mêmes de ce régime (MORIN, 1994, p. 874).

[270] Or, l'équilibre des forces en présence apparaît actuellement compromis. En effet, des modifications importantes à la protection offerte aux droits et libertés de la personne s'opèrent au nom de l'importation de la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire et au détriment d'un éventuel dialogue entre les différents pouvoirs quant à la place à accorder aux droits et libertés de la personne au sein de notre démocratie.

[271] Comme le souligne le professeur Maclure à l'égard de la prééminence nouvellement accordée à la souveraineté parlementaire « [l]es transformations esquissées touchent à la définition même des pouvoirs de l'État, ainsi qu'aux rapports entre les trois branches du pouvoir »²⁹⁹. Par conséquent, elles devraient faire l'objet d'un débat public. De fait, poursuit-il, la philosophie politique sous-jacente aux changements opérés aurait pour effet d'affaiblir le système de poids et de contrepoids inscrit dans nos institutions démocratiques. Ce faisant, ces changements menacent le précieux legs intellectuel et démocratique du professeur Morin à la société québécoise.

BIBLIOGRAPHIE

BOSSET, P. et COUTU, M., « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », 2015, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, p. 37-60.

BROUILLET, E. et MICHAUD, F.-A., « Les rapports entre les pouvoirs politique et judiciaire en droit constitutionnel canadien : dialogue ou monologue ? » dans Association des juristes d'État, (dir.), *XIXe conférence des juristes de l'État: Le juriste de l'État, au cœur d'un droit public en mouvement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 3-35.

COUTEL, C., « "Tyrannie de la majorité" selon Tocqueville et "droit des minorités", 2010, *L'Enseignement philosophique*, V60a, N6, p. 61-65

D'ASTOUS, D., « À la recherche des limites procédurales à la souveraineté parlementaire en droit canadien », 2021, *Supreme Court Law Journal* (2nd), V101, p.207-253.

HOGG, P. W & BUSHELL, A.A., « The Charter Dialogue Between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », 1997, *Osgoode Hall Law Journal*, V35, N1, p. 75-124.

LEBEL, L., « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux: La fonction démocratique des tribunaux constitutionnels », 2015, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, p. 25-35.

MOREL, A., « La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne », 1987, *Revue juridique Thémis*, V21, N1, p. 1-21.

MORIN, J.-Y., « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », 1987, *Revue juridique Thémis*, V21, N1, P. 25-70.

MORIN, J.-Y., « Le pouvoir des juges et la démocratie: Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes », 1994, *Revue Juridique Themis*, V28, N2, p. 799-874

299 Jocelyn Maclure, « La fierté n'est pas une philosophie politique », *La Presse* (25 juin 2022), en ligne: <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2022-06-25/la-fierté-n-est-pas-une-philosophie-politique.php>>.

MORIN, J.-Y., « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », 1963, *McGill Law Journal*, V9, N4, P. 273-316.

ROACH, K., « Dialogic Judicial Review and its Critics », 2004, *Supreme Court Law Journal* (2nd), V23, p.49-104.

WOERHRLING, J., « L'évolution du cadre juridique et conceptuel de la législation linguistique du Québec », dans Alexandre Stefanescu et Pierre Georgeault, (dir.), *Le français au Québec : les nouveaux défis*, Québec, Conseil supérieur de la langue française et Fides, 2005, p. 253-356.