

Les clauses dérogatoires, un recours risqué

Pierre Bosset

Number 821, Summer 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/102323ac>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre justice et foi

ISSN

0034-3781 (print)

1929-3097 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bosset, P. (2023). Les clauses dérogatoires, un recours risqué. *Relations*, (821), 45–47.

LES CLAUSES DÉROGATOIRES, UN RECOURS RISQUÉ

Conçues comme un recours exceptionnel, les clauses dérogatoires inscrites dans les chartes des droits sont utilisées de plus en plus souvent par les gouvernements de manière préventive, afin d'éviter la contestation attendue de leurs lois. Un tel usage n'est toutefois pas sans effet sur le respect des droits et libertés.

...

Pierre Bosset

L'auteur est professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal

Depuis quelques années, au Canada, le pouvoir de dérogation aux chartes des droits, qui peut théoriquement être exercé aussi bien par le Parlement fédéral que par le Parlement d'une province, semble vouloir être utilisé plus fréquemment, du moins à l'échelle provinciale. Au Québec, de nombreux débats ont ainsi cours au sujet de deux lois qui comportent des dérogations importantes aux chartes : la Loi sur la laïcité de l'État, adoptée en 2019, et la Charte de la langue française, telle que modifiée en 2022 à la suite de l'adoption du projet de loi 96. Récemment aussi, l'Ontario a tenté d'avoir recours à la clause dérogatoire pour couper court à la grève – légale – d'une partie de son personnel scolaire. Devant le tollé que ce geste a provoqué, la province a dû faire marche arrière. Ces cas sont possibles, rappelons-le, parce que les chartes québécoise et canadienne des droits prévoient toutes deux la possibilité d'insérer une disposition dans une loi rendant cette dernière effective malgré tel ou tel article des chartes.

Le pouvoir de dérogation est souvent vu comme une façon de maintenir l'équilibre entre le pouvoir des juges, chargés d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles, et celui des élu-es du peuple, dépositaires de la souveraineté parlementaire. Au Québec, le recours systématique au pouvoir de dérogation à la Charte canadienne des droits et libertés, entre 1982 et 1987 (le Québec ayant alors inséré une clause dérogatoire dans toutes ses lois en vigueur), a permis aussi de manifester avec éclat l'opposition de la province au rapatriement unilatéral de la Constitution canadienne. Cependant, le recours au pouvoir de dérogation comporte des risques inhérents qu'illustre, de manière inquiétante, l'exercice récent de ce pouvoir.

Des risques à considérer

Les dérogations que comportent les deux lois québécoises évoquées plus haut inquiètent en effet par leur portée excessive, ainsi que par la façon dont elles furent adoptées. D'entrée de jeu, il importe de souligner à quel point le champ des dérogations auxquelles l'Assemblée nationale a eu recours dans ces deux lois est vaste, le gouvernement ayant choisi d'inclure sous leur chapeau l'ensemble des droits auxquels les chartes lui permettent de déroger plutôt que de se limiter à ceux qui auraient été en lien direct avec elles¹. Outre la liberté de religion, la Loi sur la laïcité de l'État déroge donc à un très grand nombre de droits ou libertés dont plusieurs sont sans rapport avec la laïcité, comme le droit à la vie, la liberté d'association, le droit de vote ou encore la présomption d'innocence. Cette démesure inquiétante montre toute l'ampleur et la gravité du geste. Celui-ci semble d'autant plus



Photo : Adobe Stock Images

absurde que la Loi ne déroge pas uniquement à la Charte canadienne, comme cela avait été le cas dans le passé, mais également à la Charte québécoise. Ce geste de rupture avec les deux chartes, répété en 2022 lors des modifications apportées à la Charte de la langue française par le projet de loi 96, témoigne d'une tendance préoccupante. Si, dans les années 1980, l'usage de la clause dérogatoire pour s'opposer au rattachement de la Constitution canadienne pouvait se comprendre d'un point de vue politique, on voit mal comment expliquer aujourd'hui que le Québec déroge aux droits que sa propre Charte, conçue et votée par ses élu-es, reconnaît.

Par ailleurs, en dépit des discours lénifiants sur l'importance de respecter les décisions prises par les élu-es du peuple, la teneur et les conséquences des dérogations qui sont contenues dans la Loi sur la laïcité de l'État n'ont pas fait l'objet d'un examen digne de ce nom par les parlementaires. En effet, en commission parlementaire, l'étude détaillée du projet de loi ne s'est jamais rendue jusqu'aux dispositions dérogatoires, qui étaient placées à la toute fin du texte. Le recours au bâillon a forcé ensuite la tenue d'un vote sur l'ensemble du projet de loi, sans que la question des dérogations ne soit sérieusement abordée.

Notons aussi que le tribunal de première instance qui s'est penché sur la Loi sur la laïcité de l'État dans l'affaire *Hak c. Procureure générale du Québec* (2021 QCCS 1466) n'a pas caché son inquiétude ni sa perplexité face à l'usage massif que le législateur a fait des mécanismes de dérogation dans cette Loi. Le juge a souligné la portée « exorbitante » des dérogations. Il s'est dit interpellé par « l'indifférence » dont la loi fait preuve à l'endroit des droits affectés, et n'a pas hésité à affirmer que le recours aux dérogations dans cette loi était « désinvolte et inconsidéré », appelant à un usage « parcimonieux » de ce qu'à deux reprises, il qualifie de « pouvoir d'exception ». Le juge n'a cependant pas pu se prononcer sur le fond de la question, se sentant lié par une décision rendue trois décennies plus tôt par la Cour suprême du Canada (arrêt *Ford*, 1988²), suivant le principe du *stare decisis*, qui oblige les cours de niveaux inférieurs à respecter les jugements des cours supérieures. Dans ce dernier jugement, la Cour suprême s'était bornée à exiger que le législateur indique le numéro des articles des chartes auxquels il souhaite déroger sans imposer de conditions de fond particulières quant à l'usage du pouvoir de dérogation, c'est-à-dire sans exiger (par exemple) que cet usage soit véritablement nécessaire ou encore, qu'il soit bien adapté à

une situation donnée. Pour cette raison, le juge de la Cour supérieure n'a pas pu se prononcer non plus sur un usage préventif des clauses dérogatoires, qui n'est mentionné nulle part dans la Loi ou la jurisprudence. Il reviendra à la Cour d'appel du Québec et, éventuellement, à la Cour suprême du Canada de régler cette importante question lorsqu'elles seront saisies de cette contestation de la Loi sur la laïcité de l'État.

Des enjeux majeurs

Cet usage des clauses dérogatoires soulève donc des enjeux importants. L'un d'eux concerne la capacité des tribunaux à protéger le principe selon lequel les femmes et les hommes doivent être égaux dans la reconnaissance et dans l'exercice de leurs droits et libertés, un principe qu'énonce l'article 28 de la Charte canadienne. À première vue, cet article semble indiquer que l'usage du pouvoir de dérogation ne doit pas affecter de manière inégale les droits des femmes et des hommes. Cependant, l'usage massif des clauses dérogatoires a contraint le tribunal à rejeter cet argument dans l'affaire Hak mentionnée plus haut, bien qu'il ait pu convenir, sur la base de la preuve entendue, que les effets négatifs de la Loi sur la laïcité de l'État affectaient avant tout les femmes musulmanes. Il a considéré en effet que l'article 28 à lui seul ne lui permettait pas d'invalider la Loi, puisque l'usage d'un pouvoir de dérogation trop large faisait en sorte qu'il ne subsistait tout simplement « plus de droits ou de libertés à garantir également aux personnes des deux sexes ». Cette importante question méritera assurément d'être réexaminée par les tribunaux d'appel.

Un second enjeu important est assurément de savoir s'il est légitime que les parlementaires utilisent les pouvoirs de dérogation, non pas pour répondre à un jugement défavorable à une loi (c'est-à-dire après coup), mais en vue de prévenir une éventuelle contestation de leur loi devant les tribunaux. Un tel usage « préventif » du pouvoir de dérogation paraît contraire à l'esprit du droit international. En effet, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui a été ratifié par le Canada, est beaucoup plus exigeant que la Charte canadienne, qui se contente de limiter à cinq ans la durée d'une dérogation (celle-ci étant toutefois renouvelable). À titre d'exemple, pour justifier l'usage d'une clause dérogatoire, le Pacte exige qu'un danger public

exceptionnel menace l'existence de la nation. Ne sont alors permises que les seules dérogations qui sont proportionnelles à la gravité de ce danger et qui, par ailleurs, ne comportent pas de discrimination fondée notamment sur la religion. On conviendra que les dérogations contenues dans la Loi sur la laïcité de l'État ne répondent *a priori* à aucune de ces exigences.

Des pouvoirs politique et judiciaire en dialogue

Il arrive qu'en se réclamant de la souveraineté parlementaire, l'on défende un usage libre et décomplexé de la faculté des parlementaires de déroger ainsi aux chartes des droits. Ce discours est répandu aujourd'hui. Cependant, lorsqu'on envisage de soustraire une loi à la plupart des garanties fondamentales qui sont reconnues à toute personne, il importe de garder à l'esprit que la souveraineté du Parlement ne saurait se réduire à la seule règle de la majorité. Rappelons que c'est aux tribunaux, normalement, qu'il revient de juger de la conformité de telle ou telle loi avec les chartes des droits. Leur rôle consiste alors à déterminer si une atteinte à un droit garanti peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique¹. Lorsque ce n'est pas le cas, le législateur insatisfait du jugement peut ensuite recourir au pouvoir de dérogation, un geste qu'on peut considérer de façon plausible comme s'inscrivant dans le cadre d'un *dialogue* entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire. En revanche, l'usage « préventif », voire « préemptif » du pouvoir de dérogation, qui dispense d'avoir à convaincre le tribunal qu'une atteinte est justifiable dans une société libre et démocratique, transforme ce dialogue en un *monologue*. Du point de vue de l'équilibre des pouvoirs, là réside sans doute son principal vice. ■

1— L'article 33 (1) de la Charte canadienne permet au législateur de déroger à ses articles 2 et 7 à 15, tandis que l'article 52 de la Charte québécoise l'empêche de déroger aux articles 1 à 38, sauf mention expresse de la loi à l'effet qu'elle ou une de ses dispositions « s'applique malgré la Charte ».

2— *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712.

3— *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.