

DE LA PROTECTION LÉGISLATIVE ET CONSTITUTIONNELLE DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA EN GÉNÉRAL ET AU QUÉBEC

Gérald-A. Beaudoin

Volume 12, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059402ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059402ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaudoin, G.-A. (1981). DE LA PROTECTION LÉGISLATIVE ET CONSTITUTIONNELLE DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA EN GÉNÉRAL ET AU QUÉBEC. *Revue générale de droit*, 12(2), 299–309. <https://doi.org/10.7202/1059402ar>

Article abstract

Dans nos démocraties, la protection des droits de la personne s'effectue d'au moins cinq façons : par une déclaration intégrée dans la Constitution et assortie d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité, ou encore par intégration sans contrôle judiciaire; en troisième lieu cette protection peut être laissée au seul législateur; une quatrième façon consiste à inscrire une Déclaration dans la Constitution avec clause dérogatoire et enfin, une cinquième voie vise à protéger les droits par une législation spéciale à laquelle on ne peut déroger que par une déclaration expresse.

Le Canada a emprunté la cinquième voie.

Les droits de la personne sont protégés par des déclarations dans l'ordre fédéral et dans l'ordre provincial de gouvernement. De plus, plusieurs commissions des droits de la personne ont été mises sur pied par les deux ordres de gouvernement.

Même si nous n'avons pas une Déclaration des droits « intégrée » dans la Constitution, les tribunaux ont déclaré que certaines libertés sont garanties implicitement. Notre Constitution contient, au surplus, quelques dispositions expresses sur les droits démocratiques, religieux et linguistiques.

Au Canada un débat se déroule actuellement sur l'opportunité d'intégrer les droits de la personne dans la Constitution et d'emprunter la première voie. Devons-nous nous rapprocher de l'école américaine et française ou rester plus près de l'école britannique où prévalait, du moins jusqu'à tout récemment, la souveraineté parlementaire ? De plus, chez-nous ce débat est relié à la réforme constitutionnelle, ce qui lui donne une dimension additionnelle qui nous est propre.

DE LA PROTECTION LÉGISLATIVE ET CONSTITUTIONNELLE DES DROITS DE LA PERSONNE AU CANADA EN GÉNÉRAL ET AU QUÉBEC

par Gérard-A. BEAUDOIN*

RÉSUMÉ**

Dans nos démocraties, la protection des droits de la personne s'effectue d'au moins cinq façons: par une déclaration intégrée dans la Constitution et assortie d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité, ou encore par intégration sans contrôle judiciaire; en troisième lieu cette protection peut être laissée au seul législateur; une quatrième façon consiste à inscrire une Déclaration dans la Constitution avec clause dérogatoire et enfin, une cinquième voie vise à protéger les droits par une législation spéciale à laquelle on ne peut déroger que par une déclaration expresse.

Le Canada a emprunté la cinquième voie.

Les droits de la personne sont protégés par des déclarations dans l'ordre fédéral et dans l'ordre provincial de gouvernement. De plus, plusieurs commissions des droits de la personne ont été mises sur pied par les deux ordres de gouvernement.

Même si nous n'avons pas une Déclaration des droits "intégrée" dans la Constitution, les tribunaux ont déclaré que certaines libertés sont garanties implicitement. Notre Constitution contient, au surplus, quelques dispositions expresses sur les droits démocratiques, religieux et linguistiques.

* Vice-président de l'Institut international de Droit d'expression française. Professeur à la Faculté de droit et directeur associé, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa.

** Depuis que ces lignes ont été écrites une Adresse des deux chambres fédérales a été envoyée à Sa Majesté la Reine pour opérer le rapatriement de la Constitution avec intégration d'une Charte des droits dans la Constitution. Une clause dérogatoire est prévue pour la majeure partie de la Charte. Après le rapatriement nous ferons partie de la quatrième catégorie.

Au Canada un débat se déroule actuellement sur l'opportunité d'intégrer les droits de la personne dans la Constitution et d'emprunter la première voie. Devons-nous nous rapprocher de l'école américaine et française ou rester plus près de l'école britannique où prévalait, du moins jusqu'à tout récemment, la souveraineté parlementaire? De plus, chez-nous ce débat est relié à la réforme constitutionnelle, ce qui lui donne une dimension additionnelle qui nous est propre.

PLAN

Introduction

I.- Les garanties non expresses

II.- La protection expresse

A. Par des lois

B. Par la Constitution

Conclusion

INTRODUCTION

Notre étude a pour objet d'indiquer comment les droits fondamentaux sont protégés chez nous sur le plan constitutionnel et législatif. Mais, avant de ce faire, il importe de placer la protection des droits fondamentaux dans une perspective générale, voire universelle et de nous demander s'il existe plus d'une façon de protéger les droits de la personne dans un État démocratique. Nous sommes amenés à conclure qu'il y en a au moins cinq, sinon même, davantage.

Une *première* façon consiste à intégrer, à inscrire dans la Constitution du pays, dans sa loi fondamentale, une Charte ou une Déclaration des droits. Nous vient immédiatement à l'esprit le cas de la Constitution américaine et de la Constitution française. Les dix premiers amendements à la Constitution américaine, apportés à la suggestion de Thomas Jefferson, deux ans après l'adoption de la Constitution de 1787, constituent une Charte des droits connue chez nos voisins du sud sous le nom de *Bill of Rights*; d'autres amendements constitutionnels sont venus compléter cette charte constitutionnelle. Dès 1803, par l'arrêt *Marbury v. Madison*, la Cour suprême s'est reconnue un «judicial review» c'est-à-dire un contrôle sur la constitutionnalité des lois. Ce contrôle s'exerça d'abord sur le partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement et par la suite sur la compatibilité des lois avec la Charte des droits inscrite dans la Constitution.

Ces dernières décennies, la Cour «Warren» surtout s'est illustrée par un activisme en ce domaine.

La France adoptait le 26 août 1789 une *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*. La Constitution de 1791 fut suivie de plusieurs autres. Il faudra toutefois attendre la Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958 pour assister à un certain contrôle de la constitutionnalité des lois, et plus précisément au 16 juillet 1971, pour que le Conseil Constitutionnel de France, un peu à l'instar de la Cour suprême américaine, se reconnaisse un contrôle sur les conformité des lois sur les droits de la personne avec la Constitution. Le préambule de la Constitution qui réfère aux droits de la personne fait partie de la Constitution et habilite la Cour à se prononcer sur la légalité ou la conformité des lois avec ce préambule. Bref la Déclaration des droits en France a force constitutionnelle; mais ce contrôle en principe ne s'applique qu'avant la promulgation des lois.

Beaucoup d'États modernes se sont engagés sur la voie américaine ou encore française. Sur le plan continental, le Conseil de l'Europe a adopté une charte des droits fondamentaux qui a une valeur juridique et qui n'est pas seulement une source d'inspiration. Elle a une valeur normative.

Il faut ici bien distinguer entre les simples déclarations des droits, et, les déclarations qui font partie intégrante de la Constitution elle-même et qui ne peuvent être modifiées ou auxquelles on ne peut déroger que par un amendement constitutionnel formel.

Les pays qui recourent à cette première forme de protection, supplémentent souvent cette protection par des lois ordinaires.

Il y a une *seconde* façon de protéger les droits fondamentaux: c'est celle qui implique l'intégration d'une Charte ou d'une Déclaration des droits dans la Constitution ou dans son préambule, sans qu'il y ait pour autant un contrôle de la constitutionnalité des lois. Autrement dit, la Charte existe pour inspirer les législateurs, les juges, les citoyens, mais il est entendu que les Cours de justice n'exerceront pas de contrôle de la constitutionnalité des lois, le Parlement demeurant souverain. Ce fut le cas en France pendant longtemps. C'est le cas dans plusieurs autres pays.

À venir jusqu'à tout récemment du moins, la Grande-Bretagne constituait le prototype du pays où les droits fondamentaux sont d'abord et avant tout protégés par le Parlement, et ce, en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, qui, selon les écrits de Dicey, constitue le trait dominant de la constitution britannique. Alors que dans le premier système de protection ce sont les juges, en bonne partie, qui protègent les droits en exerçant un contrôle de la constitutionnalité sur la législation, dans le

troisième, ce sont surtout les parlementaires qui édictent des lois sur les droits de la personne. Les juges interprètent et appliquent ces lois et jouent un rôle important. Mais il n'en tient qu'au Parlement d'avoir le dernier mot en tout temps.

Au cours des siècles, les britanniques n'en ont pas moins adopté des textes solennels de nature à protéger leurs libertés, comme la *Magna Carta* de 1215, le *Bill of Rights* de 1689 et plus d'une loi sur l'*Habeas corpus*. Mais la suprématie parlementaire continuait de constituer un dogme.

Cependant il faut maintenant exprimer ici une réserve fort sérieuse: depuis quelques années, le Royaume-Uni s'est lui-même assujéti à la Charte européenne des droits de l'homme. Cette Charte a valeur juridique¹.

Le Canada qui a hérité du système parlementaire britannique fait partie de ce troisième système mais également d'un cinquième que nous verrons plus loin.

On peut intégrer dans la Constitution même une Charte des droits mais avec une clause dérogoire. On sait que les dispositions inscrites dans la Constitution ne peuvent être modifiées que suivant la formule d'amendement constitutionnel prévue dans la Constitution. Cette formule, d'ordinaire, est assez exigeante. Elle requiert le plus souvent une majorité qualifiée, contrairement aux amendements aux simples lois ou une majorité simple suffit.

Dans les pays à "charte intégrée", l'on est obligé de recourir à la formule d'amendement pour pouvoir y passer outre ou encore pour modifier le texte même de la charte.

On pourrait imaginer cependant l'inscription dans la Constitution d'une Charte des droits qui pourraient être modifiée par une simple majorité dans certains cas, ou, encore par une majorité qualifiée, mais, moins exigeante que pour l'amendement formel à la Constitution. Cette *quatrième* façon de protéger les droits est à mi-chemin entre le premier et le second système.

Enfin, il existe une *cinquième* façon de protéger les libertés fondamentales. C'est celle qu'ont choisi au Canada, le fédéral et les provinces, à venir jusqu'à aujourd'hui. Il s'agit pour le Parlement central et les législatures provinciales, qui sont souverains dans la sphère que leur alloue la Constitution, d'édicter des Chartes ou Déclarations des droits et libertés de la personne, et, de prévoir que ces chartes l'emportent sur toute législation ordinaire, à moins que par une clause expresse dans une loi, le

¹ Voir les arrêts *Sunday Times* (Cour européenne des droits de l'homme, 26 avril 1979) et *Handyside* (Cour européenne des droits de l'homme, 7 décembre 1976).

Parlement ou la Législature n'exprime clairement que ladite mesure s'applique nonobstant la Charte en question. On a dit du système canadien, qu'il était, pour le moment, un compromis, entre le système américain et le système britannique². Nous conservons une pleine suprématie parlementaire en ce sens que le Parlement ou une Législature peuvent modifier leur Charte par une simple loi, ou encore qu'ils peuvent y déroger expressément dans un cas donné en recourant à la clause *non obstante*; cependant, s'ils ne le font pas, les Cours peuvent annuler toute loi qui contrevient à cette Charte.

Un État unitaire peut, bien sûr, emprunter cette cinquième voie.

Il existe probablement d'autres façons de protéger les droits fondamentaux mais nous nous en tenons ici aux principales.

Examinons maintenant le cas du Canada et de ses provinces dont le Québec.

Notre étude comprendra deux parties:

- I.- La protection non expresse des droits fondamentaux au Canada.
- II.- La protection expresse des droits fondamentaux.
 - Dans les lois du Parlement fédéral et les Législatures provinciales dont le Québec
 - Dans la Constitution elle-même.

I.- LES GARANTIES NON EXPRESSES.

Le Canada est une fédération depuis 1867. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, une loi britannique de 1867, et ses amendements ainsi que certaines autres lois et des décrets ministériels constituent la partie écrite de notre Constitution. Des usages, conventions et coutumes viennent compléter notre loi fondamentale.

Les Pères de la fédération canadienne n'ont pas cru bon de s'inspirer des États-Unis sur le plan des libertés publiques mais bien plutôt de la Constitution britannique, qui, on le sait, est en grande partie non écrite.

Notre Constitution de 1867 dans son préambule réfère d'ailleurs expressément à la Constitution du Royaume-Uni et déclare qu'elle y est semblable en principe, de sorte que l'on peut conclure qu'une bonne partie de nos libertés fondamentales nous viennent du Royaume-Uni. On pense ici aux grands documents britanniques comme la *Magna Carta* de 1215, le *Bill of Rights* de 1689, les *Habeas Corpus*. D'ailleurs nos tribunaux ont référé à l'occasion à ces textes solennels qui font partie de notre droit public.

² L'expression est du professeur W. Lederman. Voir Gérald-A. BEAUDOIN, *Essais sur la Constitution*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, page 315.

Dans la célèbre affaire dite des *Lois de l'Alberta* de 1938 on a protégé la liberté de discussion dans une Législature provinciale en y voyant une garantie implicite qui existe chez nous grâce *inter alia* au préambule de notre loi fondamentale de 1867³. D'autres arrêts célèbres y réfèrent également⁴.

À quelques reprises, la Cour suprême du Canada durant la décennie 1950 s'est appuyée sur des garanties implicites pour protéger les droits de la personne dans l'ordre provincial de gouvernement.

Parce que le Canada est une fédération, c'est-à-dire un pays où les compétences législatives sont partagées entre deux ordres de gouvernement, on s'est vite demandé qui avait compétence législative sur les libertés fondamentales⁵.

L'expression «civil rights» apparaît dans la version officielle anglaise de l'article 92 de notre loi fondamentale, soit dans la liste des compétences provinciales exclusives. Certains seraient peut-être portés à penser que les droits fondamentaux deviennent en conséquence une exclusive provinciale. L'ambiguïté vient du fait qu'aux États-Unis l'expression «Civil Rights» est synonyme de «droits fondamentaux». Il n'en n'est pas ainsi au Canada. L'expression «civil rights» nous vient de l'*Acte de Québec de 1774* et se rapporte au droit civil, au droit privé. Les libertés publiques ne tombent pas non plus dans la compétence résiduaire fédérale. Au Canada, en principe, les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer sur les libertés fondamentales, selon l'aspect sous lequel on les envisage. C'est, de façon globale, ce que les Cours ont décidé, et, ce qu'affirment généralement les auteurs⁶.

De plus, les tribunaux, avant 1960 surtout, et, à plus d'une reprise ont protégé les libertés fondamentales en se basant sur le partage des compétences effectué par la Constitution⁷.

Durant la décennie 1950, à la suite d'arrêts retentissants on a même écrit que la Cour suprême avait procédé à l'établissement d'une Déclaration non écrite des droits.

³ Renvoi sur la *Loi de la presse en Alberta*, 1938, Rapports de la Cour suprême du Canada, p. 100.

⁴ Comme par exemple les affaires *Saumur*, (1953) 2 R.C.S. 299 et *Switzman*, (1957) R.C.S. 285 et *McKay*, (1965) R.C.S. 798.

⁵ Voir par exemple l'arrêt *McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662.

⁶ Voir Gérald-A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1980, pp. 123-4.

⁷ On s'est basé sur le droit pénal (compétence fédérale) dans l'arrêt *Switzman*, (1957) R.C.S. 285 et sur le droit civil (compétence provinciale) dans les arrêts *Chaput*, (1955) R.C.S. 834; *Roncarelli*, (1959) R.C.S. 121 et *Lamb*, (1959) R.C.S. 321.

C'est dire que chez nous, les tribunaux ont joué un rôle important dans la protection des droits fondamentaux même en l'absence de mesures législatives fédérales et provinciales expresses sur le sujet. Je laisse ici de côté et volontairement la question de la protection des droits linguistiques. En effet, le Canada étant un pays hétérogène, où dominent deux grandes communautés linguistiques, il est évident que la protection de la langue française et de la langue anglaise, dans les parlements, les tribunaux, les écoles et les lieux de travail revêt une extrême importance. Cependant pour importants qu'ils soient dans un pays hétérogène, les droits linguistiques ne sont pas *in se*, de par leur nature même, des droits fondamentaux classiques: autrement ils existeraient dans toutes nos démocraties, et seraient les mêmes partout, ce qui, manifestement, n'est pas le cas. Au Canada, s'ils sont fondamentaux, ou si certains les considèrent comme tels, c'est par accident, à cause de la nature même du pays.

II.- LA PROTECTION EXPRESSE.

A. PAR DES LOIS.

C'est à partir des années 1960 que le Parlement fédéral et les différentes législatures provinciales au Canada dont le Québec ont commencé à adopter des mesures précises pour protéger davantage les droits fondamentaux.

La province de la Saskatchewan, dès 1947, avait tracé la voie en adoptant une Déclaration des droits. Il s'agissait d'une déclaration statutaire, c'est-à-dire d'une loi révocable par une simple majorité parlementaire.

Puis vint 1960. En août de cette année, le Parlement fédéral adoptait la *Déclaration canadienne des droits*, à l'instigation du Premier Ministre de l'époque, Monsieur John Diefenbaker. La loi fut adoptée unanimement par les parlementaires fédéraux.

On avait parlé de l'intégrer dans le texte même de la Constitution. Vu le désaccord qui existait sur la question de «l'enchâssement» par amendement, le Premier Ministre canadien jugea bon de procéder par voie législative seulement, et, ce, dans la sphère fédérale seulement. La *Déclaration canadienne des droits* ne vise donc que les mesures fédérales. De plus le Parlement central est libre d'y déroger en le prévoyant expressément. Jusqu'ici il n'a eu recours à la clause expresse qu'en une seule occasion. Le Parlement central est également libre de la modifier, voire de l'abroger.

La *Déclaration canadienne des droits* est une déclaration solennelle qui s'applique aussi bien pour le passé que pour l'avenir. Deux juges de notre plus haut tribunal le Juge en Chef Laskin et le juge Beetz devaient écrire que si cette Déclaration ne fait pas partie de notre Constitution, elle est cependant de nature quasi constitutionnelle⁸. Si le législateur ne prend pas la peine de déclarer dans une instance donnée qu'il y déroge, cette loi l'emporte sur la législation sous examen.

L'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit que le ministre fédéral de la Justice doit examiner toute proposition de loi ou de règlement afin de constater si l'une de ses dispositions est incompatible avec la *Déclaration canadienne des droits* et il doit signaler toute semblable incompatibilité à la Chambre des députés. De plus, les Cours conservent leur contrôle à *posteriori*. Ils peuvent déclarer une loi fédérale inopérante.

Pendant dix ans, cette loi de 1960 ne devait pas recevoir de la part des tribunaux, une signification autre que celle d'un simple code d'interprétation. Pendant dix ans, aucune mesure fédérale ne fut jugée inopérante. Puis vint l'arrêt *Drybones* de 1970, qui, le premier, dans nos annales, fit de la Déclaration de 1960, une loi bien spéciale qui assurait à nos droits fondamentaux une protection plus efficace que toute autre loi⁹. Qualifié d'arrêt du siècle, il est demeuré isolé jusqu'ici. La Cour Suprême se partagea. Le raisonnement des dissidents dans l'affaire *Drybones* devint en bonne part le raisonnement des majorités dans les arrêts qui suivirent. Cependant cet arrêt n'a pas été formellement répudié¹⁰.

Cette Déclaration de 1960 protège les libertés fondamentales classiques.

Les provinces ont également emboîté le pas. Ainsi par exemple le législateur québécois a adopté en 1975 la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il s'agit d'une mesure de fort bonne tenue et fort complète. Cette mesure s'applique pour les lois québécoises à venir. Le législateur peut y déroger et il l'a fait en de rares occasions.

Le Parlement fédéral et les législatures provinciales, comme le Québec, ont en outre édicté des lois établissant différentes Commissions et organismes pour protéger les droits fondamentaux dans l'ordre fédéral et l'ordre provincial de gouvernement. Ces Commissions jouent un rôle fort

⁸ M. le juge en chef Laskin dans l'affaire *Hogan*, (1975) 18 C.C.C. (2^e Éd.) 65 p. 81. M. le Juge Beetz dans l'arrêt *Canard*, (1976) 1 Rapports de la Cour suprême, p. 170.

⁹ (1970) Rapports de la Cour suprême du Canada, p. 282.

¹⁰ Voir les notes du Juge Laskin dans l'affaire *Lavell*, (1974) Recueil des arrêts de la Cour suprême, p. 1349.

important ainsi que ne manqueront pas de le souligner Mesdames Rita Cadieux et Madeleine Caron.

Plusieurs législateurs y sont allés de lois spéciales pour protéger les libertés comme les mesures sur la littérature haineuse, le droit à l'intimité et la loi sur l'écoute électronique.

Sur le plan législatif tant dans l'ordre fédéral de gouvernement que provincial, la protection des droits est nettement assurée. La législation est abondante. Il existe des lacunes bien sûr. Mais un premier jugement de valeur nous amène à conclure que la protection «législative» impressionne.

B. PAR LA CONSTITUTION.

Nous n'avons pas de Déclaration des droits «enchassée» dans la Constitution. Dans le texte de notre Constitution de 1867, cependant existent certaines garanties, expresses celles-là, qui portent sur les droits démocratiques, les droits confessionnels et les droits linguistiques. C'est ainsi par exemple que l'article 20 prescrit une session annuelle au Parlement fédéral, et, l'article 50, un retour obligatoire à l'électorat à toute période n'excédant pas cinq ans; le mandat d'un député au Parlement fédéral, sauf cas d'urgence ne peut excéder cinq ans; l'article 93 protège l'école élémentaire confessionnelle dans chaque province pour les catholiques et pour les protestants; l'article 51 assure la représentation par la population au Parlement central de la fédération; l'article 133 protège le français et l'anglais au Parlement fédéral et à l'Assemblée nationale du Québec; l'article 23 de la loi constitutionnelle du Manitoba est au même effet¹¹.

Au Canada, la question de l'intégration d'une Charte des droits dans la Constitution a été débattue depuis des années. C'est ainsi par exemple, que le sujet a figuré à l'ordre du jour de presque toutes les grandes conférences constitutionnelles qui se sont tenues depuis 1968.

À l'été 1980, tout de suite après le référendum québécois, la question de la Charte des droits revint à l'avant-scène. Elle fut l'un des douze points à l'ordre du jour de la Conférence constitutionnelle de septembre 1980.

La question de l'intégration d'une charte des droits dans la Constitution est devenue au Canada un problème important. Le Premier Ministre canadien désire inscrire une Charte des droits fondamentaux et des droits linguistiques dans la Constitution canadienne. Plusieurs Premiers Ministres provinciaux s'opposent à l'enchâssement des droits; le Premier Ministre

¹¹ Voir les arrêts *Blaikie*, (1980) 2 Rapports de la Cour suprême, p. 1016 et *Forest*, (1980) 2 Rapports de la Cour suprême, p. 1032.

québécois s'oppose surtout (mais non exclusivement) à l'enchâssement des droits linguistiques; ils veulent laisser aux législatures le dernier mot, sur ces plans.

À la suite de l'échec de la Conférence de 1980 le Premier Ministre canadien en octobre dernier choisissait d'aller de l'avant avec le rapatriement et la charte des droits. Saisie du problème la Cour suprême doit se prononcer sur la légalité de cette démarche à laquelle s'opposent huit provinces. Il n'entre pas, bien sûr, dans le cadre de notre étude de considérer ici la question de légalité. Nous laissons ce soin à la Cour qui prend le temps nécessaire pour se prononcer sur ce point fondamental.

Les mois qui viennent indiqueront si le Canada modifiera ou non sa manière de protéger les droits fondamentaux.

CONCLUSION

En 1787, Thomas Jefferson, auteur de la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776, et alors, Ambassadeur à Paris s'était plaint à son ami James Madison considéré comme le «Père de la Constitution» américaine d'une lacune fort grave dans la Constitution des États-Unis soit, l'absence d'une charte des droits fondamentaux¹². Les dix premiers amendements à la Constitution américaine, rapidement adoptés en 1789, ratifiés en 1791 et suivis de plusieurs autres, remédièrent à ce silence. Jefferson après son élection à la présidence, se plaignit du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour suprême¹³. Le Président Jefferson et le célèbre Juge en Chef John Marshall de la Cour suprême, on le sait, étaient à «couteaux tirés»¹⁴. Le Président Jefferson a-t-il cru qu'une Déclaration dans la Constitution suffirait pour protéger les droits fondamentaux, que les cours n'auraient pas à prononcer l'incompatibilité, que la Déclaration serait source d'inspiration pour le législateur, un guide sûr, et dès lors, suffisant, et, qu'on aurait nul besoin de l'intervention des cours? La chose est fort possible! D'autant plus peut-être que Jefferson semble avoir eu la même attitude pour le partage des compétences¹⁵. Mais, de nos jours, on sait bien que pour le partage législatif le contrôle de la constitutionnalité s'avère essentiel, sinon le fédéralisme risque de demeurer lettre morte; on sait que le partage est plus qu'une déclaration d'intention ou qu'il est plus qu'une source d'inspiration. Pour nous il est source de droit, il a une valeur normative fondamentale.

¹² *Thomas Jefferson on democracy* par Saul K. Padover, 1939 New York, p. 67.

¹³ *Idem*, p. 152. *Lettre à Adams*, en 1804; *Lettre à Jarvis*, 1820.

¹⁴ *Idem*, pp. 178-9.

¹⁵ *Idem*, p. 152. *Lettre à Adams*.

Aussi convient-il de s'interroger sur la question même de l'intégration des droits dans une Constitution.

De nos jours les chartes intégrées dans les Constitutions tendent à donner naissance à un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Ce contrôle de la constitutionnalité peut être timide dans certains pays, alors que dans d'autres il est ou devient plus accentué. À cet égard, il est fort intéressant de comparer la protection judiciaire des droits en France et aux États-Unis, avant la V^e République et après la V^e République et la protection des droits au Royaume-Uni avant la Déclaration européenne des droits et après cette dernière.

Au Canada, le débat porte principalement sur la façon de protéger les droits. Nous faisons notre propre cheminement en observant ce qui se déroule en Europe, et, en particulier, aux États-Unis, en Angleterre et en France. Nous avons une école pro-intégration¹⁶ et une école anti-intégration¹⁷. La première y voit une meilleure protection pour les droits et ne craint pas que nos juges soient trop activistes. La seconde craint le pouvoir potentiel qui est laissé aux juges et préfère s'en remettre aux assemblées parlementaires.

En soi, le débat, chez nous, nous rappelle ce qui s'est passé aux États-Unis et en France et dans d'autres pays. Il n'est pas particulier au Canada. Cependant il revêt chez nous une dimension additionnelle à cause de la présence de deux grandes communautés linguistiques et de deux systèmes de droit. Ce problème est lié à la réforme constitutionnelle elle-même.

¹⁶ Voir W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e Édition, Carleton Library, 1975.

¹⁷ Voir D.A. SCHMEISER, *Civil Liberties in Canada*, Oxford University Press, 1964 et un discours de l'honorable L.-P. Pigeon (ancien juge à la Cour suprême) le 24 mai 1980 au troisième colloque québécois sur la justice administrative à l'Université Laval de Québec.