

Étude n° 6

LA DYNAMIQUE JURIDIQUE DE LA CHARTE

M^e Michel Coutu, LL.D., conseiller juridique
(Direction de la recherche et de la planification,
Commission des droits de la personne
et des droits de la jeunesse)
et professeur agrégé, École de Relations industrielles (Université de Montréal)

M^e Pierre Bosset, LL.M., M.Phil., directeur
(Direction de la recherche et de la planification,
Commission des droits de la personne
et des droits de la jeunesse)

Les auteurs s'expriment à titre personnel

TABLE DES MATIÈRES

LA DYNAMIQUE JURIDIQUE DE LA CHARTE.....	248
1 L'INTERPRÉTATION DE LA CHARTE PAR LES TRIBUNAUX	248
1.1 La période initiale (1975-1982) : la méfiance de la communauté des juristes.....	249
1.2 L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés (1982-1990) : des percées importantes.....	250
1.3 L'influence du Tribunal des droits de la personne du Québec (1991-) : des acquis à consolider	253
1.4 Remarques sur le rôle de la Cour d'appel.....	258
2 L'AMBIGUÏTÉ DE LA « QUASI-CONSTITUTIONNALITÉ ».....	264
3 LA CHARTE ET LE DROIT CIVIL.....	272
4 LA CHARTE ET LE <i>CODE DU TRAVAIL</i>	277
5 LA CHARTE ET LE DROIT INTERNATIONAL	280
5.1 Le droit international et l'activité de la Commission	282
5.2 Les tribunaux et le droit international : un bilan contrasté	285

LA DYNAMIQUE JURIDIQUE DE LA CHARTE*

Les études 1 à 5, publiées en même temps que celle-ci, montrent que l'application et la mise en œuvre des droits et libertés ne sont ni neutres, ni détachées des réalités socio-politiques sous-jacentes. Mais la mise en œuvre des droits et libertés fait aussi appel à la discipline du droit. Cette sixième et dernière étude porte précisément sur la dynamique juridique de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En retraçant l'évolution de cette dynamique d'ensemble, nous voulons contextualiser le portrait des droits et libertés que dressent les cinq études précédentes. Cette étude permettra aussi d'étayer plusieurs des recommandations qui figurent dans le Bilan, notamment celles qui sont relatives à la constitutionnalisation de la Charte.

Nous chercherons d'abord à retracer les grandes tendances ayant présidé à l'interprétation judiciaire de la Charte depuis 1975. Comme nous le verrons, trois grandes périodes interprétatives peuvent être dégagées, chacune caractérisée par une approche distincte de la Charte et de sa spécificité. Dans une deuxième section, nous constaterons toute l'ambiguïté du statut « quasi constitutionnel » reconnu à la Charte québécoise au sein de la hiérarchie des normes juridiques, « quasi constitutionnalité » qui illustre, une fois de plus, la réticence des tribunaux à reconnaître la spécificité de la Charte québécoise. Dans la même perspective, nous ferons également état des rapports existant entre la Charte et deux autres textes législatifs importants, le *Code civil du Québec* et le *Code du travail*. Enfin, nous chercherons à situer la Charte québécoise par rapport au corpus de normes internationales sur les droits et libertés de la personne.

1 L'INTERPRÉTATION DE LA CHARTE PAR LES TRIBUNAUX

Afin de saisir l'évolution de l'interprétation de la Charte québécoise depuis son adoption, trois grandes étapes seront ici démarquées :

* L'essentiel de cette étude fut réalisé en 2001-2002.

- § la période initiale (1975-1982) : la méfiance de la communauté des juristes
- § l'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982-1990) : des percées importantes
- § l'influence du Tribunal des droits de la personne du Québec (1991-) : des acquis à consolider.

1.1 La période initiale (1975-1982) : la méfiance de la communauté des juristes

La période initiale se caractérise par la méfiance évidente de certains juges des tribunaux de droit commun à l'endroit de la Charte québécoise, vue même par quelques magistrats comme représentant une loi d'exception sujette à une interprétation restrictive (notamment en ce qu'elle porterait atteinte au principe de la liberté contractuelle)¹. Cette méfiance transparaît en particulier dans le domaine du droit à l'égalité, qui représente pourtant l'un des axes fondamentaux de la Charte.

Par exemple, on refusa de considérer la grossesse comme protégée par le critère du sexe² alors qu'il est pourtant évident que la maternité constitue une caractéristique fondamentale du sexe féminin; la notion de « condition sociale » fit l'objet d'une définition circonspecte, qui privait en fait ce critère de toute réelle utilité³; le critère du handicap fut régulièrement interprété en référence à la définition de ce terme dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*⁴, ce qui revenait à enlever toute portée pratique à l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap dans le domaine de l'emploi. Certes, bon nombre de décisions furent rendues pendant la même période qui marquent au contraire une avancée dans l'interprétation de certaines dispositions de la Charte. Mais l'absence de consensus quant aux règles d'interprétation de la Charte québécoise, la résistance de certains secteurs de la magistrature et le faible intérêt dont témoigne alors la communauté des juristes à l'endroit de la Charte québécoise (ce qu'atteste une production doctrina-

¹ *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78.

² *Breton c. Société canadienne des métaux Reynolds Ltée*, [1981] 2 C.H.R.R. 532 (C.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Aristocrat Apartment Hotel*, [1978] C.S. 1073.

³ *Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie Price Ltée*, J.E. 81-866 (C.S.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292.

⁴ *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7. Ainsi : *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78.

le modeste en termes quantitatifs) eurent pour résultante que celle-ci ne se vit pas insuffler le dynamisme nécessaire à un texte de nature fondamentale⁵.

1.2 L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés (1982-1990) : des percées importantes

La seconde période interprétative, caractérisée par l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par les bouleversements constitutionnels, politiques et socio-juridiques qui accompagnent celle-ci, sera rapidement balisée par les règles d'interprétation posées par la Cour suprême du Canada en matière de libertés et droits fondamentaux. En particulier, la Cour suprême insiste alors sur la nécessité d'une interprétation « large et libérale » plutôt qu'étroite et formaliste⁶, principe qui aura tôt fait d'être étendu à l'ensemble des instruments relatifs aux droits de la personne au Canada⁷ – dont la Charte québécoise. Si, par ailleurs, l'adoption de la Charte québécoise, comme nous venons de le souligner, n'avait guère suscité d'intérêt chez les juristes, il en va tout autrement de la Charte canadienne, qui entraîna au Québec comme ailleurs au Canada, une vaste production doctrinale.

Ajoutons que par rapport aux codes provinciaux des droits de la personne (ce qui, dans la perspective de la Cour suprême, inclut la Charte québécoise), la Cour suprême poursuivit un travail d'harmonisation qui pose problème eu égard à la spécificité de la Charte québécoise mais influa cependant sur l'interprétation de celle-ci, orientant graduellement les interprètes juridiques dans une direction plus libérale que lors de la période précédente.

Par exemple, la Cour posa le principe d'une interprétation objective et par ailleurs restrictive des dispositions permettant à l'employeur, en matière de discrimination au travail, d'invoquer les qua-

⁵ André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, p. 54.

⁶ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R.c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁷ *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 1 R.C.S. 150; *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

lités et aptitudes requises par l'emploi⁸; admit le principe de la discrimination par effet préjudiciable⁹; analysa la notion de la « discrimination systémique » et les conséquences juridiques qui en découlent¹⁰; favorisa une interprétation non formaliste des critères de discrimination¹¹, etc.

L'impact de la Charte canadienne sur l'interprétation de la *Charte des droits et libertés de la personne* a été vu dès le départ comme très important, ce que soulignait la Cour d'appel du Québec dans *Johnson c. Commission des affaires sociales*¹². Eu égard aux aspects susmentionnés, l'adoption de la Charte canadienne créa une dynamique nouvelle, à l'opposé de l'approche restrictive qui caractérisa l'attitude de la Cour suprême à l'endroit de la *Déclaration canadienne des droits*. Très novateur par rapport à la période précédente, ce mouvement d'ensemble eut également des retombées positives sur l'attention portée désormais à la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Pour autant, les normes d'interprétation et les orientations substantives mises de l'avant par la Cour suprême du Canada ne transformèrent pas radicalement l'attitude des tribunaux québécois de droit commun, attitude marquée par une oscillation *de facto* entre approche formaliste et approche contextuelle. De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération. On s'en remit surtout à une analyse conceptuelle peu

⁸ Dans le cadre d'une décision rendue peu avant l'adoption de la Charte canadienne : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

¹⁰ *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

¹¹ *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 219.

¹² *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

adaptée à l'interprétation d'un texte novateur de valeur fondamentale. À titre d'illustration, on a ainsi décidé :

- § que le second alinéa de l'article 20 de la Charte (distinctions *a priori* discriminatoires faites par une association sans but lucratif) ne nécessite pas un examen *objectif* du rapport liant la finalité de l'association à la distinction en cause¹³;
- § que la nécessité d'établir un lien de causalité entre la distinction et le critère de discrimination forçait à démontrer que ce critère représente bien la *cause efficiente* du préjudice subi, ce qui revenait à mettre l'accent – en dépit des prétentions contraires – sur *l'intention* plutôt que sur *l'effet* de la pratique examinée¹⁴;
- § que la liberté religieuse n'impliquait nulle mesure d'accommodement de la part de l'employeur¹⁵;
- § que le motif du « handicap » n'inclut que le fait d'être objectivement handicapé et ne protège aucunement une personne contre le fait d'être à tort perçue comme étant handicapée et de ce fait inapte à occuper un emploi¹⁶.

Certes, pendant la même période, un certain nombre de décisions des tribunaux de droit commun reflètent au contraire le choix d'une méthode d'approche résolument contextuelle et contribuent, de ce fait, au développement d'une jurisprudence adaptée à la nature fondamentale de la Charte québécoise. Le tableau global n'en demeure pas moins insatisfaisant. La Cour d'appel du Québec, en particulier, ne semble pas avoir assumé le rôle d'interprète cohérent, informé et énergique qui aurait dû normalement être le sien. Nous reviendrons sur ce sujet plus loin.

¹³ *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1983] C.A. 363, décision infirmée par *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Brossard*, [1988] 2 R.C.S. 279.

¹⁴ *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.). En l'occurrence des surveillantes de cellules municipales étaient payées moins cher que les policiers effectuant le même travail au même endroit. La Cour d'appel en vient à la conclusion (le juge Jacques étant dissident) que le sexe des personnes impliquées n'était pas la « cause efficiente » de l'inégalité de traitement.

¹⁵ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ekco Canada Inc.*, [1983] C.S. 968.

¹⁶ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961.

Face à ce déficit de leadership dans la mise en œuvre de la Charte québécoise, déficit que déplorèrent de nombreux intervenants en commission parlementaire, face également aux tensions entre approche formaliste et approche contextuelle se manifestant au niveau de l'ensemble des tribunaux de droit commun, l'Assemblée nationale instituait en 1989 le Tribunal des droits de la personne du Québec, lequel commença à rendre des décisions à partir d'octobre 1991.

1.3 L'influence du Tribunal des droits de la personne du Québec (1991-) : des acquis à consolider

La troisième période d'interprétation de la Charte québécoise (depuis 1991) se caractérise par l'impact tout à fait fondamental de la jurisprudence du Tribunal des droits de la personne sur la lecture d'ensemble de la Charte. Certes le Tribunal ne possède qu'une compétence limitée, relative aux dispositions de la Charte visant la discrimination, y compris les programmes d'accès à l'égalité (art. 10 à 19 et 86 et s.) et l'exploitation d'une personne âgée ou handicapée (art. 48). Toutefois, cette juridiction porte sur l'un des axes majeurs de la Charte et oblige par ailleurs – puisque le droit à l'égalité représente une modalité de « particularisation des divers droits et libertés de la personne »¹⁷ – le Tribunal à procéder, suivant le cas, à l'interprétation d'autres dispositions de la Charte.

Dans une large mesure, le Tribunal des droits de la personne a répondu aux attentes du législateur, en élaborant un corpus jurisprudentiel impressionnant, situant adéquatement la Charte dans son contexte d'énonciation (notamment en référence aux principes du droit international¹⁸), développant une jurisprudence non seulement largement cohérente¹⁹ mais également créatrice. On signa-

¹⁷ *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, 3036 (T.D.P.).

¹⁸ V. plus loin, section 5 (« La Charte et le droit international »).

¹⁹ La tension entre logique formelle et logique substantive s'est parfois manifestée au sein même du Tribunal (quant à l'interprétation des motifs du handicap et des antécédents judiciaires). Des approches divergentes existent également en matière de traitement de la preuve, l'accent étant mis dans certaines décisions, par emprunt au droit civil, sur l'importance d'un *lien* de causalité (entre le motif de discrimination et l'acte reproché), dans d'autres sur un traitement *autonome* de la preuve, propre au champ des droits et libertés – avec l'insistance sur les règles spécifiques (preuve *prima facie* de discrimination) régissant l'administration (... suite)

lera à cet égard le développement d'une véritable « jurisprudence sociologique²⁰ » se déployant à plusieurs niveaux : par exemple, au regard de la délimitation du *contenu conceptuel* des motifs de discrimination. L'analyse sociologique permet alors de dégager les traits essentiels d'une situation alléguée discriminatoire (par exemple, la recherche de logements par les assistés sociaux) et de rattacher cette situation au domaine d'application du critère de discrimination en cause (en l'occurrence, la condition sociale)²¹.

À de nombreux égards, le Tribunal clarifie les règles et principes applicables en tenant compte des valeurs que promeut la Charte et du contexte juridique et socio-économique qui conditionne l'application des normes en matière de droits et libertés de la personne. Il ne saurait être question de passer en revue toutes les avancées qui découlent à la fois de l'audace et de la rigueur dont a fait preuve le Tribunal dans l'interprétation de la Charte. Mentionnons simplement, à titre d'illustrations :

- § la détermination des principes et concepts applicables en matière de harcèlement sexuel²²;
- § l'octroi d'une « juridicité » réelle à la notion de condition sociale²³;
- § le développement, d'un point de vue pratique, des notions d'accommodement raisonnable et de contrainte excessive²⁴;

de la preuve. Il n'empêche que les principes mis de l'avant par les différents membres du Tribunal sont, dans l'ensemble, largement convergents.

²⁰ La « jurisprudence sociologique » ne doit pas être confondue avec la sociologie du droit, discipline visant à étudier l'interaction entre le droit et la société, et non à déterminer le sens des concepts ou la portée des normes juridiques.

²¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bia-Domingo) c. Sinatra*, (1999) C.H.R.R. D/218 (T.D.P.Q.); *C.D.P.Q. c. Gauthier*, [1994] R.J.Q. 253.

²² *Commission des droits de la personne du Québec c. Habachi*, [1992] R.J.Q. 1439 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne c. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 (T.D.P.).

²³ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ianiro* [1997] 29 C.H.R.R. D/79 (T.D.P.Q.). Mais voir : *Québec (Procureur général) c. Lambert*, C.A.M. 500-09-004457-974, 1^{er} mars 2002, renversant [1997] R.J.Q. 726 (T.D.P.).

²⁴ *Commission des droits de la personne du Québec c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Emballage Polystar Inc.*, [1997] 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.).

§ la clarification des règles d'application de l'article 20 (notamment quant à l'exception relative aux qualités et aptitudes requises par l'emploi)²⁵; etc.

Même si, du point de vue de l'interprétation de la Charte, le Tribunal des droits de la personne a largement atteint les objectifs attendus, cela ne signifie pas – compte tenu du statut hiérarchique subordonné du Tribunal et de sa juridiction limitée – que la sphère des droits et libertés de la personne au Québec connaisse, considérée globalement, une interprétation d'ensemble suffisamment cohérente et adaptée à la nature unique du document²⁶. Examinons brièvement ici le rôle assumé par la Cour d'appel du Québec, qui décide sur appel du bien-fondé des décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec²⁷.

La Cour d'appel du Québec a rendu des décisions marquantes ces dernières années en matière de droits et libertés de la personne. L'une des plus importantes demeure sans doute l'arrêt de principe relatif au *handicap*²⁸, qui a tranché le débat existant au niveau du Tribunal des droits de la personne, en faveur d'une interprétation contextuelle plutôt que formelle de ce motif; en outre dans cette décision confirmée par la Cour suprême du Canada²⁹, la Cour d'appel livre une définition large et souple du critère du handicap, dont l'impact a été immédiat, notamment en matière de discrimination au travail. Dans une autre décision relative au critère de la *condition sociale*, la Cour d'appel confirme la portée attribuée par le Tribunal des droits de la personne à ce motif en regard de la situation des assistés sociaux; elle reconnaît du même souffle la pertinence de l'analyse

²⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Lachine*, [1998] R.J.Q. 658 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, [1995] 22 C.H.R.R. D/325 (T.D.P.).

²⁶ André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Éditions Thémis, 1989, pp. 1-24.

²⁷ Charte, art. 132.

²⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Montréal*, [1998] R.J.Q. 305 (C.A.).

²⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665.

sociologique sur laquelle le Tribunal fonde sa jurisprudence³⁰. En matière de discrimination fondée sur la *grossesse*, la Cour d'appel, favorisant encore une fois une approche contextuelle, établit – comme l'avait fait le Tribunal des droits de la personne – un rapport direct entre les exigences de disponibilité eu égard au contrat à durée déterminée et la discrimination fondée sur la *grossesse*³¹. Dans le domaine des *antécédents judiciaires*, la Cour d'appel a tranché un débat ayant cours depuis plusieurs années en arbitrage de griefs, et portant à la fois sur l'application de l'article 18.2 de la Charte québécoise et sur les exigences posées par la *Loi sur la Sûreté du Québec*, en optant pour une dissociation des conditions d'accès à l'emploi et des conditions de maintien en emploi³². Enfin, en matière de *droit au respect de la vie privée*, la Cour d'appel a décidé que l'obligation imposée à un cadre d'une entreprise, comme condition d'une promotion, de déménager de Québec à Montréal avec toute sa famille était contraire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 5 de la Charte³³. De même, l'obligation de résidence sur le territoire de la municipalité imposée à une salariée a été jugée, compte tenu des circonstances, incompatible avec la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁴. Enfin, tenant compte de l'article 5 de la Charte québécoise, la Cour d'appel a restreint le droit pour l'employeur de surveiller les faits et geste d'un salarié absent du travail pour raison de santé³⁵.

À côté de ces décisions favorisant une interprétation dynamique de la Charte et par ailleurs ouverte à la prise en considération de l'environnement social, économique, politique sous-tendant le texte, un nombre à peu près égal de décisions pointent toutefois dans une direction opposée, pour divers motifs. Certaines décisions sont fondées *de facto* sur la volonté d'assurer la *primauté des principes généraux du droit civil* sur les normes fondamentales ou « quasi constitutionnelles » de la Charte

³⁰ *Whittom c. C.D.P.Q.*, [1997] R.J.Q. 1823 (C.A.).

³¹ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.).

³² *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215 (C.A.).

³³ *La Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).

³⁴ *Godbout c. Ville de Montréal*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), décision confirmée par la Cour suprême du Canada : [1997] 3 R.C.S. 844.

québécoise; cette orientation a pour résultat concret une interprétation formaliste ou restrictive de la Charte. Ainsi, une décision du Tribunal des droits de la personne³⁶ en matière de discrimination fondée sur l'âge a été écartée : la Cour d'appel a rejeté l'articulation du fardeau de la preuve élaborée par le Tribunal et centrée sur la notion de preuve *prima facie* de discrimination, pour s'en remettre plutôt aux règles civilistes relatives à la preuve par présomption³⁷. À cet égard, il importe de souligner que la Cour suprême du Canada, faisant peu de cas, dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, de la primauté de la Charte québécoise sur le droit commun, y compris le droit codifié, a assujéti l'ensemble de la procédure rémédialrice découlant de la Charte aux principes généraux de la responsabilité civile³⁸. Cette croyance en la primauté des fondements du droit civil par rapport à la Charte – certes rarement formulée comme telle en termes explicites – explique par ailleurs le raisonnement tenu par certains membres de la Cour d'appel, qui sont tentés de recourir à des notions de droit civil (par exemple « l'ordre public ») pour protéger des droits fondamentaux, quitte à s'astreindre à une lecture plutôt restrictive des garanties contenues dans la Charte³⁹.

D'autres décisions de la Cour d'appel s'appuient plus directement sur une volonté d'interpréter la Charte de manière très prudente, sinon carrément conservatrice. Souvent, on retrouve dans ces décisions une lecture du texte qui fait abstraction du contexte spécifique d'énonciation de la *Charte des droits et libertés de la personne*, de son caractère de norme fondamentale et des conséquences du choix interprétatif sur la société, eu égard aux valeurs et principes qui sous-tendent la Charte. Ainsi, dans la décision *Maksteel inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la*

³⁵ *Syndicat des travailleurs(euses) de Bridgestone-Firestone de Joliette c. Bridgestone-Firestone Canada Inc.*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.).

³⁶ *Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec-Cartier*, [1994] R.J.Q. 2729 (T.D.P.).

³⁷ *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, REJB-98-09715 (C.A.).

³⁸ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345. Signalons ici que la Cour d'appel, à la majorité, avait pourtant défendu la position contraire, celle d'une autonomie du régime d'indemnisation prévue par la Charte et de sa prépondérance sur le droit commun.

³⁹ *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

*jeunesse*⁴⁰, la Cour d'appel a d'abord prétendu qu'une obligation d'accommodement n'existe qu'en matière de discrimination *indirecte*⁴¹. La Cour estime ensuite que le Tribunal des droits de la personne⁴² a fait un mauvais usage du concept de discrimination indirecte pour rattacher une obligation d'accommodement à l'article 18.2 de la Charte, et « étendre la protection accordée [par cette disposition] à une situation allant bien au-delà de ce que son texte prévoit clairement »⁴³. La Cour d'appel se livre ensuite à une interprétation littérale et formaliste⁴⁴ de l'article 18.2 de la Charte, pour conclure que « la protection de l'article 18.2. de la Charte ne s'étend pas à un congédiement dont le motif réel est l'indisponibilité d'un employé en raison de son emprisonnement »⁴⁵.

1.4 Remarques sur le rôle de la Cour d'appel

La jurisprudence de la Cour d'appel semble osciller constamment, on le voit, entre une interprétation large ou libérale de la Charte québécoise et une interprétation formaliste ou restrictive. Au-delà des choix de politiques (y compris de politique juridique) et de valeurs en cause, il en résulte une absence de constance, un déficit de cohérence dans l'interprétation de la Charte. La Cour d'appel reflète, dans ce parcours sinueux face à la Charte, le pluralisme idéologique présent dans la société québécoise quant à la portée qu'il convient d'attribuer aux droits et libertés de la personne. Sans doute les divergences au sein de la Cour d'appel reflètent-elles également les divisions qui existent au sein de la communauté des juristes québécois.

⁴⁰ *Maksteel inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2001] R.J.Q. 28 (C.A.), en appel devant la Cour suprême du Canada.

⁴¹ La Cour d'appel ne fait pas mention des arrêts *BCGSEU* (9 septembre 1999) et *Grismer* de la Cour suprême du Canada (16 décembre 1999), qui ont pourtant mis de côté la distinction entre la discrimination directe et indirecte.

⁴² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maksteel Québec inc.*, [1997] R.J.Q. 2891 (T.D.P.Q.).

⁴³ Décision précitée de la Cour d'appel, ¶ 41.

⁴⁴ La Cour le reconnaît d'ailleurs expressément : « une interprétation libérale, semblable à celle qu'il est permis de faire au sujet des motifs de l'article 10, choquerait violemment le libellé même de la disposition » (¶ 50).

⁴⁵ *Ibid.*, ¶ 47.

Dans l'intérêt de la prévisibilité et de la cohérence du droit, impératifs fondamentaux pour tout ordre juridique⁴⁶, en particulier lorsqu'il est question de normes fondamentales de nature constitutionnelle, on doit se demander si un plus grand degré de systématisme dans l'interprétation de la Charte québécoise ne peut pas être recherché, sans pour autant oblitérer le pluralisme⁴⁷.

En 1989, l'Association québécoise de droit comparé tenait un colloque sur le thème du *Rôle des tribunaux d'appel et la question d'une Cour suprême du Québec*. Il n'y fut pas spécifiquement question des droits et libertés de la personne. Certains des éléments discutés peuvent toutefois contribuer à la formulation d'une réponse à la question que nous venons de soulever. D'autant que les constats faits à cette occasion nous semblent toujours décrire adéquatement les difficultés vécues par la Cour d'appel. Celle-ci doit remplir deux missions : une mission de *révision*, limitée à la vérification du bien-fondé des décisions des instances inférieures, et une mission de *régulation* ou de *direction* (suivant l'expression de M. le juge Vallerand), axée vers l'énonciation du droit, vers sa mise en cohérence et sa systématisation. Pour le juge Vallerand :

« [une cour de direction doit] statuer définitivement sur les questions importantes et controversées. Et cela, elle doit le faire avec une autorité qui s'impose. [...] Cette exigence fait que pareille cour doit comporter un nombre de juges restreint qui, lorsque la question l'exige, siégeront tous, auront le loisir d'examiner à fond les questions d'intérêt général qu'on leur soumet, de réfléchir, de discuter collégalement, de développer une philosophie commune des choses, ce qui n'exclut pas le pluralisme à l'intérieur des débats, voire parfois des arrêts. »⁴⁸

Or il était évident pour les participants (vu l'accroissement des appels et le faible nombre de renvois – en matière civile notamment – acceptés par la Cour suprême) que la Cour d'appel n'était

⁴⁶ Guy GILBERT, « Pour une Cour suprême du Québec », (1990) 31 *Cahiers de Droit* 525, p. 530. (Pour un exposé classique en philosophie du droit, v. Gustav RADBRUCH, « Legal Philosophy », dans *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Cambridge, Harvard University Press, 1950, p. 45-224.)

⁴⁷ Claude VALLERAND, « Pour la restauration de la Cour de révision », (1990) 31 *Cahiers de Droit* 563.

⁴⁸ Le juge Vallerand définit ainsi cette « œuvre de direction » : « l'examen collégial, profond et réfléchi des grandes questions de droit ou alors de celles qui, sinon grandes, sont controversées, par une instance suprême dont l'autorité s'imposera pour, sauf rare pourvoi à la Cour suprême du Canada, la finalité du droit et en fin de compte la gouverne des instances inférieures et de toute la société ». C. VALLERAND, « Pour la restauration de la Cour de révision », *loc. cit.*, p. 564.

plus en mesure d'assumer simultanément ces deux missions de manière adéquate. La Cour semblait trop accaparée par sa mission de révision pour pouvoir se consacrer véritablement à son rôle d'énonciation et de mise en cohérence du droit⁴⁹.

Des solutions visant à la réforme de la justice d'appel au Québec ou en Ontario furent avancées par trois des quatre conférenciers invités⁵⁰. En Ontario, le Rapport Zuber⁵¹ recommanda la formation d'une cour d'appel intermédiaire, chargée de la révision (quant à l'appréciation des faits, en particulier) des décisions des tribunaux inférieurs, et d'un tribunal de dernier ressort, la « Cour suprême » de l'Ontario, dont le rôle, à travers l'examen des appels les plus complexes, aurait consisté « en l'élaboration d'une jurisprudence logique et cohérente »⁵². Cette recommandation n'a pas été suivie par le gouvernement ontarien. Pour ce qui est du Québec, tant le juge Vallerand que le bâtonnier Gilbert se montrèrent favorables à la division de la Cour d'appel en une cour d'énonciation du droit (composée d'un nombre très limité de juges) et une cour de révision des décisions (leurs propositions respectives se différenciant uniquement sur la question de l'appellation des tribunaux ainsi constitués)⁵³.

Près de quinze ans se sont écoulés depuis la conférence de l'AQDC. Qu'en est-il de la situation actuelle ? La situation de la Cour d'appel du Québec paraît en gros être demeurée la même. La Cour est toujours constituée de plus de 20 juges et il n'existe pas de structure intermédiaire d'appel. D'un côté, la Cour suprême du Canada entend un nombre très limité d'appels en provenance du Québec : des 130 demandes d'autorisation de pourvoi entendues pour le Québec en l'an

⁴⁹ Guy GILBERT, « Pour une Cour suprême du Québec », *loc. cit.*, p. 528 et s.

⁵⁰ Pour le Québec, voir les contributions précitées du juge Vallerand et du bâtonnier Guy Gilbert. Le juge Lacourcière, de la Cour d'appel de l'Ontario, fit état du « Rapport Zuber », favorable à une réforme du processus d'appel au Québec. Voir : Maurice N. LACOURCIÈRE, « L'exemple de l'Ontario », dans (1990) 31 *C. de D.* 551-562. Contra : Patrick H. GLENN, « Pour une Cour d'appel », dans (1990) 31 *C. de D.* 537-550.

⁵¹ T.G. ZUBER, *Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 1987. [cité par Maurice N. LACOURCIÈRE, *loc. cit.*, p. 555n].

⁵² *Ibid.*, pp. 561 et s.

⁵³ Pour le juge Vallerand : Cour d'appel (énonciation), Cour de révision; pour le bâtonnier Gilbert, Cour suprême du Québec (énonciation), Cour d'appel (révision).

2000, seules 18 ont été accordées⁵⁴. Pour l'ensemble du Canada, la Cour a rendu 72 jugements cette année-là. De l'autre, la Cour supérieure du Québec a vu l'ouverture de 88 757 dossiers en matière civile et de 1 597 dossiers en matière criminelle et pénale⁵⁵. Vu l'accès très fermé, exceptionnel, à la Cour suprême et le nombre considérable d'affaires traitées par la Cour supérieure, on ne s'étonnera pas du volume très important d'activité de la Cour d'appel : en 1999, 2 071 dossiers ouverts en matière civile et 458 en matière pénale et criminelle. Pour le seul premier trimestre de l'année 2000, la Cour d'appel a rendu 173 jugements.

Une Cour d'appel débordée, peu en mesure d'assumer pleinement son rôle de cour d'énonciation et de mise en cohérence du droit, cela se vérifie-t-il également en matière de droits de et libertés de la personne ?

A priori, une réponse affirmative paraît devoir s'imposer. Comme nous venons de le mentionner, les décisions de la Cour d'appel s'appuient tantôt sur une interprétation dynamique et novatrice de la *Charte des droits et libertés de la personne*, tantôt sur une interprétation restrictive et « formaliste ». En tentant de faire la synthèse de ces décisions, il est difficile de trouver le fil conducteur qui permettrait de les mettre en cohérence. L'observateur externe a plutôt l'impression d'un affrontement non résolu entre principes contradictoires. Cette impression contraste avec celle qui se dégage d'une lecture des décisions de la Cour suprême en matière, par exemple, de discrimination où, malgré certains revirements jurisprudentiels, le souci de systématisation transparaît nettement.

Les statistiques confirment-elles cette impression générale ? D'abord quant à l'importance du rôle de la Cour d'appel du Québec comme tribunal (*de facto*) de dernière instance en matière de droits et libertés de la personne. Sur la dizaine de demandes d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada relatives à des litiges dans lesquels la Commission des droits était ou est par-

⁵⁴ Cour suprême du Canada, *Bulletin des procédures* (édition spéciale : statistiques), 2001.

⁵⁵ QUÉBEC. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport annuel 1999-2000*, Publications du Québec, 2000, pp. 55 et s.

tie⁵⁶, seules quatre ont été acceptées, les deux premières autorisations accordées ayant conduit aux décisions *Ville de Brossard*⁵⁷ et *Ville de Montréal*⁵⁸. La plupart des demandes d'autorisation d'appel présentées par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ont été rejetées, et ce sur des sujets aussi importants que la compétence d'enquête de la Commission lorsqu'un grief est susceptible d'être entendu par un arbitre⁵⁹, la preuve *prima facie* de la discrimination au travail⁶⁰, l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur les croyances religieuses⁶¹, la présence d'un comportement discriminatoire lors d'une arrestation policière s'étant soldée par la mort du suspect⁶², etc. C'est dire que, mis à part deux décisions, c'est la Cour d'appel qui fait office de tribunal de dernière instance quant à l'activité judiciaire générée par l'intervention de la Commission.

Pour autant, ce n'est pas la Cour d'appel qui assume le rôle d'instance énonciatrice du droit relatif aux libertés et droits de la personne. En matière de droit à l'égalité, ce rôle revient de fait au Tribunal des droits de la personne du Québec, qui interprète, applique et délimite la portée effective du droit à l'égalité et fréquemment, par ce biais, des normes fondamentales que renferme la Charte et ce, dans un dialogue constant avec la jurisprudence pertinente de la Cour suprême. Celle-ci rendant des décisions qui, pour la plupart, s'inscrivent dans un contexte normatif et socio-juridique différent de celui du Québec, le Tribunal bénéficie, à travers ce dialogue, d'une marge

⁵⁶ V. les rapports annuels de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

⁵⁷ *Commission des droits de la personne c. Brossard (Ville)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

⁵⁸ *Ville de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2000] 1 R.C.S. 665.

⁵⁹ *CDPDJ c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun, C.A.M. 500-09-007442-981*, 20 septembre 1999, autorisation d'appel refusée : [2000] 1 R.C.S. ix. Mais voir *Québec (Procureur général) et Centrale des syndicats du Québec c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*. [2002] R.J.Q. 588 (C.A.), autorisation d'appel accordée le 14 novembre 2002 (CSC 29188).

⁶⁰ *CDPDJ c. Compagnie minière Québec-Cartier*, précitée (note 36), autorisation d'appel refusée : [1999] 3 R.C.S. vii.

⁶¹ *CDPDJ c. Autobus Legault inc.*, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.), autorisation d'appel refusée : [1999] 3 R.C.S. vii.

⁶² *CDP c. Communauté urbaine de Montréal*, autorisation d'appel refusée : [1988] 1 R.C.S. vii.

d'interprétation qui se révèle nécessairement fort large⁶³. De ce dialogue, la Cour d'appel, sauf références obligées ou sélectives, est singulièrement absente.

La Cour d'appel est intervenue à plusieurs reprises pour mettre de côté des jugements du Tribunal des droits de la personne qu'elle crut erronés. Mais ces interventions n'ont pas eu pour effet, à ce qu'il nous semble, de modifier l'orientation générale du Tribunal. D'une part, la Cour a vu elle-même certaines de ses interprétations – trop restrictives ou formalistes – rectifiées par la Cour suprême du Canada. D'autre part, pour les raisons que nous avons précédemment mentionnées, la Cour d'appel ne possède pas l'autorité d'un tribunal d'énonciation (de détermination, de direction, si l'on préfère) du droit. N'assumant dans les faits qu'un rôle de révision, elle n'est pas en mesure de mettre en cohérence et de systématiser le droit, surtout dans un domaine aussi complexe que celui des droits et libertés de la personne. Cette situation, à l'évidence, laisse une place de tout premier plan – en matière de droit à l'égalité – au Tribunal des droits de la personne, qui dispose du temps et des ressources (notamment, la présence de ses assesseurs) pour construire patiemment une jurisprudence à la fois cohérente et très informée. Le TDPQ a comblé le vide, si l'on veut, avec brio. Mais la jurisprudence du Tribunal, qui demeure un tribunal de première instance et que certains considèrent avec hauteur comme un simple « tribunal administratif », ne risque-t-elle pas à la longue de souffrir d'un déficit de légitimité auprès de ses divers auditoires (les praticiens du droit du travail, par exemple) ? Ce risque serait éventuellement réduit si cette jurisprudence était appuyée et s'appuyait sur un travail, tout aussi ou même davantage informé, systématique, cohérent, d'un tribunal assumant un rôle de cour de dernière instance dans le contexte québécois.

⁶³ Nous ne partageons nullement la lecture peu charitable que fait Denis Nadeau du travail interprétatif, d'une haute qualité – nous l'avons fréquemment souligné – du TDPQ. L'auteur met cependant bien en lumière (en formulant toutefois une condamnation sans appel qui s'appuie sur des jugements de valeurs discutables) la marge d'interprétation dont dispose *de facto* le Tribunal. Denis NADEAU, « Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence », (2000) 60 *R. du B.* 387-474.

2 L'AMBIGUÏTÉ DE LA « QUASI-CONSTITUTIONNALITÉ »

La formule généralement retenue par la jurisprudence et la doctrine pour caractériser la Charte québécoise, à l'instar des lois anti-discrimination du Canada anglais, est celle de « loi fondamentale à caractère quasi constitutionnel⁶⁴ ». Cette formule paraît relever de l'hybride, de la notion floue; elle semble situer la Charte au-dessus de la loi ordinaire (mais où précisément ?) sans lui attribuer pour autant valeur de norme constitutionnelle.

La Cour suprême du Canada a elle-même paru hésiter avant d'adopter une terminologie précise. L'arrêt *Heerspink* qualifia les lois sur les droits de la personne de « lois fondamentales », et la Cour eut successivement recours aux notions de « lois de nature spéciale, pas vraiment de nature constitutionnelle », de lois « d'une nature qui sort de l'ordinaire », de loi possédant « une nature exceptionnelle ». En 1985, dans l'arrêt *Singh*, le juge Beetz écrivait même à propos de la *Déclaration canadienne des droits* et des « chartes des droits provinciales » que « comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés ». Par la suite, la Cour a opté définitivement pour l'expression lois à « caractère fondamental et quasi constitutionnel » (en anglais : *of a fundamental and quasi constitutional status*). Cette expression est celle utilisée de manière systématique depuis 1991 par le Tribunal des droits de la personne du Québec et reprise dans des arrêts récents de la Cour d'appel du Québec.

⁶⁴ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366; *Action Travail des femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156; *Robichaud c. Conseil du Trésor du Canada*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, 3035 (T.D.P.Q.).

Quant à la doctrine, voir : Madeleine CARON, « La Charte québécoise, complément indispensable de la Charte constitutionnelle », dans *Vos clients et la Charte – Liberté et égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, pp. 301-320; Pierre CARRIGNAN, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491, p. 522; André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, p. 21; Gérald-A. BEAUDOIN, « De la suprématie de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des autres Chartes sur le droit canadien, fédéral et provincial », dans *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 25-41, pp. 38 et s.

Pour autant, un certain flou quant à la nature intrinsèque de la Charte québécoise n'en demeure pas moins : si la notion de « quasi-constitutionnalité », qui n'est pas totalement inusitée hors du contexte canadien⁶⁵, marque à l'évidence une distance par rapport au domaine proprement constitutionnel, il n'en va pas de même de l'expression « loi fondamentale », normalement réservée aux normes spécifiquement constitutionnelles⁶⁶.

Pour tenter de saisir de manière davantage adéquate le statut de la Charte québécoise⁶⁷, il faut s'arrêter brièvement au concept de « constitution ». Les théoriciens du droit qui se sont attachés à élucider le concept de constitution ont constaté rapidement que ce concept possède un caractère tout à fait polysémique. La délimitation du domaine constitutionnel s'avère fort difficile, le droit positif n'offrant généralement ici que « le spectacle de la plus grande incertitude et de la plus grande incohérence »⁶⁸.

Prenons cependant pour point de départ la distinction entre constitution *formelle* et *matérielle*, distinction classique en théorie du droit constitutionnel. La caractéristique essentielle de la constitution formelle réside dans le fait qu'un ensemble de normes écrites se voient explicitement désignées par le constituant comme ayant valeur de constitution (par exemple, au Canada, la *Charte canadienne des droits et libertés*). En règle générale, la supériorité formelle des normes constitutionnelles repose sur la rigidité plus ou moins grande de la procédure de modification et

⁶⁵ V. en droit américain : William N. ESKRIDGE, John FERREJOHN, « Super-Statutes », (2001) 50 *Duke Law Journal* 1215-1265, p. 1264 et s.

⁶⁶ André MOREL, « La coexistence des chartes canadiennes et québécoises : problème d'interaction », *op. cit.* (note 5), p. 58.

⁶⁷ Nous semblent particulièrement éclairantes les études de : Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 25; André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, pp. 65-89; Daniel TURP, « La suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés » dans *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, *op. cit.*, pp. 45-57; Michèle RIVET, Sylvie GAGNON, « Quelques considérations sur la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et le droit carcéral », dans *Droits de la personne : L'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 113-142; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 807 et s.

⁶⁸ Paul BASTID, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 25.

d'abrogation, ainsi que sur la primauté de la norme constitutionnelle sur la loi ordinaire, qui ne se révèle toutefois effective qu'à la condition qu'existe un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, *i.e.* qu'existe un tribunal compétent pour entendre les litiges d'ordre constitutionnel⁶⁹. Par opposition, la constitution matérielle réunit un ensemble de normes, revêtues ou non de la forme constitutionnelle, qui ont pour objet de régir les organes supérieurs de l'État et de déterminer leur mode de fonctionnement, leurs sphères de compétence et leur relation réciproque et, en outre, de délimiter « la position fondamentale de l'individu par rapport à la puissance étatique »⁷⁰.

Les deux définitions, formelle et matérielle, de la constitution ne coïncident pas⁷¹. Une norme matériellement constitutionnelle (par exemple, relative au droit électoral ou parlementaire⁷²) peut fort bien ne pas revêtir la forme constitutionnelle, alors qu'à l'inverse une règle formellement constitutionnelle peut ne concerner en rien la création de normes juridiques générales et donc échapper au domaine d'application de la constitution entendue au sens matériel. La constitution matérielle assume également un rôle important du point de vue de l'organisation de la puissance étatique, même dans les États possédant une constitution écrite. À plus forte raison, le concept de constitution matérielle demeure-t-il fondamental pour l'étude du fait constitutionnel dans les États de tradition britannique, où la constitution se compose d'un ensemble de règles, écrites ou coutumières, dépourvues de toute forme constitutionnelle : tel est bien entendu le cas du Québec, si l'on excepte, précisément (car elle bénéficie de la primauté sur la loi ordinaire), la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷³.

⁶⁹ Louis FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc3favo.htm>

⁷⁰ Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e édition, Bad Homburg von der Höhe, Hermann Gentner Verlag, 1960, p. 504. V. aussi Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 300 et s.

⁷¹ Michel TROPER, article « Constitution », dans André-Jean ARNAUD, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, p. 69 et s.

⁷² Par exemple, au Québec, la *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3.

⁷³ Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle constitution du Québec », dans Jacques-Yvan MORIN, José WOEHLING, *Demain le Québec. Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Québec, Éditions du Septentrion, 1994, 145-214, pp. 148 et s.

La seule distinction entre constitution formelle et matérielle ne permet pas, toutefois, de cerner de manière adéquate la portée du terme « quasi constitutionnel » en contexte canadien et, par conséquent, le statut véritable de la Charte québécoise. Il nous faut introduire une manière différente d'aborder les phénomènes constitutionnels, d'ordre axiologique. En se plaçant sur le terrain des principes éthiques et politiques fondamentaux, nous pouvons concevoir qu'une norme juridique se voit élevée à la dignité de norme fondamentale ou prééminente, non parce qu'elle revêt une « forme » constitutionnelle déterminée (dont les caractéristiques, comme nous l'avons vu, sont la rigidité et la primauté), non plus parce qu'elle porte spécifiquement sur l'organisation de la puissance publique, mais essentiellement parce qu'elle affirme et garantit certaines *valeurs* déterminées, jugées primordiales dans le cadre d'une société démocratique et libérale⁷⁴.

Ce ne sont pas des caractéristiques formelles qui ont amené la Cour suprême à attribuer, indistinctement, un rang quasi constitutionnel et « fondamental » aux divers *Human Rights Act* et autres lois anti-discrimination canadiennes, à la *Déclaration canadienne des droits*, et, en bout de ligne, à la Charte québécoise. À l'évidence, la présence ou l'absence d'une clause de prépondérance ne joue ici aucun rôle, puisque dans les arrêts *Winnipeg School Division c. Craton*⁷⁵ et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*⁷⁶, la Cour suprême est d'avis que les lois anti-discrimination, même en l'absence de toute disposition à cet effet, doivent prévaloir sur toute autre loi en cas de conflit, à moins d'une mention expresse au contraire de la part du législateur.

Si l'ensemble des lois touchant au domaine des droits et libertés de la personne se voient reconnaître un statut fondamental ou quasi constitutionnel, c'est sur la base de critères autres que formels : la nature et l'objet spécifique de ces lois, le fait qu'elles protègent des valeurs fondamentales tels le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination, voilà qui dicte, dans la perspective de la Cour

⁷⁴ C'est essentiellement en ce sens qu'il faut comprendre l'expression « lois fondamentales » employée au second alinéa du Préambule de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.Q. 2000, c. 46 : « Considérant que l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres ».

⁷⁵ *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

suprême, la reconnaissance d'un tel statut. C'est cette idée que le juge Lamer exprime avec une netteté particulière, en se référant au *Code des droits de la personne* de la Colombie-Britannique : « le peuple a clairement indiqué à travers sa juridiction qu'il considère cette loi, et les valeurs qu'elle cherche à affirmer et protéger, comme plus importantes que toutes les autres lois, mis à part les lois constitutionnelles ».

Dans le « quasi constitutionnel », c'est donc foncièrement la notion de *constitution comme valeur* qui est présupposée, et non un quelconque critère formel. On rejoint ici la vision idéale du fait constitutionnel, tel qu'exprimé par exemple à l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

Au regard des énoncés susmentionnés de la Cour suprême du Canada, le défaut de forme constitutionnelle ne joue par conséquent et tout au plus qu'un rôle *négatif* : il ne permettrait pas d'attribuer un rang constitutionnel aux diverses lois anti-discrimination et à la Charte québécoise, parce qu'elles peuvent être modifiées, révisées ou abrogées comme toute loi ordinaire. En outre, au regard de l'ordre juridique canadien, un seul texte relatif aux libertés et droits fondamentaux se trouve placé au sommet de la pyramide des normes, soit la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les lois anti-discrimination, la Déclaration canadienne et même la Charte québécoise occupent de ce point de vue une position subordonnée : c'est bien cette perspective qui conduisait un auteur à remarquer que « ces chartes viennent toutes, à leur façon, compléter la Charte constitutionnelle, occupant des champs laissés vacants, comme par exemple, certains droits collectifs, certains droits économiques et sociaux, le droit de propriété, et les relations privées entre les individus »⁷⁷. La Charte québécoise aurait donc un certain statut fondamental en ce qu'elle participe des valeurs affirmées dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout en ne possédant qu'une vocation complémentaire par rapport à celle-ci, ce qui la ramène au domaine conceptuellement vague

⁷⁶ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

⁷⁷ Gérald-A. BEAUDOIN, « De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial », *loc. cit.*, p. 38.

de la *quasi-constitutionnalité*. Qui plus est, elle ne serait en rien foncièrement différente des lois anti-discrimination du reste du Canada. La Cour suprême n'affirme-t-elle pas, dans une décision récente, que « la Charte [québécoise], *au même titre* que les lois des autres provinces *qui lui font pendant*, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle » ?⁷⁸

Cette problématique de la complémentarité et de l'identité ne rend pas compte de manière adéquate de la spécificité de la Charte québécoise, du moins si l'on envisage la place qu'occupe celle-ci au regard de l'ordre juridique québécois. L'assimilation de la Charte québécoise aux lois anti-discrimination du reste du Canada ne peut être que la résultante d'une lecture superficielle.

Même si elle remplit également cette fonction, la Charte québécoise a pour objet bien davantage que la lutte contre la discrimination dans certains domaines spécifiques. Comme l'indique son préambule, elle vise à « affirmer solennellement les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation ». L'*ampleur* même de la Charte québécoise suffit à écarter toute comparaison avec les lois anti-discrimination. Les caractéristiques formelles dont elle bénéficie – c'est-à-dire la *préséance* des articles 1 à 38 sur la législation ordinaire (article 52 de la Charte québécoise) – indique bien la place prépondérante qu'elle occupe au sein de l'ordre juridique québécois, place qui est sans commune mesure avec celle que tient en droit fédéral la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁷⁹ ou en droit ontarien le *Code des droits de la personne* – et ce, sans nier l'importance et la signification propres de ces deux derniers instruments.

En outre, les *valeurs* consacrées par les deux Chartes ne sont pas identiques, bien qu'il existe un certain nombre de recoupements. La Charte canadienne, comme l'a relevé Guy Rocher⁸⁰, est de prime abord un document qui s'inscrit dans le cadre du libéralisme classique, consacrant un cer-

⁷⁸ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345.

⁷⁹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R. 1985 (Canada), c. H-6.

⁸⁰ Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al., (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1-18.

tains nombre de libertés traditionnelles propres aux démocraties libérales (libertés de conscience, de pensée, de religion, de réunion pacifique, etc.; garanties judiciaires, libertés d'établissement). Elle fait silence sur l'existence de droits économiques et sociaux, ce qui méconnaît l'une des caractéristiques essentielles des démocraties occidentales depuis la fin de la Deuxième guerre mondiale, soit le rattachement de ces démocraties à « l'État-Providence », au *Welfare State*. Sur deux aspects, il est vrai, la Charte canadienne prend ses distances avec la conception libérale classique. En premier lieu, la Charte canadienne participe du principe du constitutionnalisme, en ce sens que ce n'est plus le Parlement, mais les tribunaux, chargés du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui assument le rôle de gardiens de la Constitution. En second lieu, la Charte canadienne prend appui sur une conception matérielle, et non uniquement *formelle* (comme le veut le libéralisme classique) de l'égalité entre les citoyens. L'article 15 de la Charte canadienne est à cet égard d'une importance capitale; il a été le vecteur d'une interprétation dynamique, adaptée à l'hétérogénéité culturelle, ethnique, religieuse toujours croissante de la société canadienne. Qui plus est, le dynamisme dont est porteur l'article 15, joint au rôle explicite de gardiens de la constitution attribués en particulier aux juges de la Cour suprême du Canada, a infléchi dans une direction novatrice l'interprétation d'un certain nombre de libertés (par exemple, la liberté d'expression ou de religion)⁸¹.

La Charte québécoise ne se distingue pas moins de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur nombre de points essentiels. Le rapport à la démocratie sociale, à l'État social, semble ici capital. En particulier, la proclamation des droits économiques et sociaux, même relativement timide lorsque comparée aux textes internationaux pertinents ou aux normes constitutionnelles de nombreux pays européens⁸², a pour conséquence que, sur le plan axiologique, la Charte québécoise porte une dynamique fort différente de celle de la Charte canadienne. La différence évidente quant aux sources rédactionnelles – largement issues du droit international dans le cas de la Charte québécoise,

⁸¹ Michel COUTU, *Les libertés et droits fondamentaux, entre individu et société* (étude n° 3).

⁸² Pierre BOSSET, *Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte ?* (étude n° 5).

s'inscrivant bien davantage dans la tradition anglo-saxonne des *Bills of Rights* dans le cas de la Charte canadienne – est d'ailleurs éloquente à cet égard.

Par ailleurs, si l'on tient à ranger la Charte québécoise dans la catégorie de la quasi-constitutionnalité, c'est qu'on la met sur le même pied que les lois anti-discrimination du reste du Canada. Or leur inscription dans l'ordre juridique provincial n'est pas du même ordre. La Charte québécoise revêt pour l'ordre juridique québécois le caractère d'un acte fondateur, d'une norme fondamentale au sens plein du terme : en attestent l'ampleur des droits garantis par la Charte et sa prépondérance sur la législation ordinaire. Norme fondamentale de l'ordre juridique québécois, il est évident que la Charte non seulement fait partie, mais occupe une position prééminente dans la constitution matérielle du Québec, alors qu'au sein de l'ordre constitutionnel canadien elle se place – mais là seulement – dans une position subordonnée.

Enfin, sur le plan formel, il est aisé de relever le défaut de forme constitutionnelle de la Charte québécoise (absence de rigidité, prépondérance limitée et sujette à une dérogation expresse). Mais de ce point de vue la Charte canadienne souffre aussi d'un déficit évident : certes, elle connaît un degré très élevé de rigidité, mais sa prépondérance peut néanmoins, pour l'essentiel, être contournée – à certaines conditions – par une simple loi votée à la majorité. Au regard de la théorie constitutionnelle classique, la Charte canadienne revêt aussi, sous cet aspect du moins, le caractère d'une « quasi-constitution ». Une telle possibilité de dérogation serait en effet inconcevable dans les pays (comme les États-Unis ou l'Allemagne) où la constitution bénéficie d'une prééminence incontournable.

Laissant de côté la forme pour s'intéresser avant tout à la substance, il s'impose selon nous de reconnaître la Charte québécoise pour ce qu'elle représente pour la société québécoise : une loi fondamentale *possédant un caractère constitutionnel*. C'est au demeurant ce qu'affirme, sans la moindre ambiguïté, l'Assemblée nationale du Québec⁸³ :

⁸³ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.Q. 2000, c. 46 [les italiques sont de nous].

« CONSIDÉRANT que l'État du Québec est fondé sur des *assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales* et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres;

[...]

CONSIDÉRANT l'engagement résolu du Québec à respecter les droits et libertés de la personne; [...] ».

Certes, de larges zones d'ombre, peu compatibles avec un énoncé de cet ordre, demeurent : la prépondérance limitée de la Charte québécoise, à la merci d'une loi ordinaire, la faible garantie juridique des droits sociaux et économiques, l'absence de garanties procédurales quant à la révision d'un texte à vocation constitutionnelle. Autant d'éléments qui, dans l'intérêt de la société québécoise, devraient impérativement être clarifiés ou améliorés. Ajoutons seulement ici que cette préoccupation, fort présente lors des consultations préalables à la rédaction de ce Bilan, s'inscrit dans la continuité de la position prise par la CDPDJ devant la Commission Bélanger-Campeau sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, en 1990. La Commission des droits de la personne du Québec (devenue depuis la CDPDJ) y soulignait en effet que :

« seule la constitutionnalisation des droits et des libertés est en mesure d'assurer la plus haute et la plus complète garantie contre toute atteinte. Comme un texte constitutionnel se situe au sommet de la hiérarchie juridique et n'est modifiable que suivant une procédure d'amendement particulièrement exigeante, en y énonçant solennellement les droits de la personne, on en assurerait incontestablement la protection contre les actes du Parlement et de l'Exécutif, plus vulnérables aux fluctuations politiques »⁸⁴.

3 LA CHARTE ET LE DROIT CIVIL

En matière d'interprétation de la Charte, une question importante est celle de son rapport général au droit commun et, en particulier, au *Code civil du Québec*. La question peut paraître superflue étant donné que la Charte prévoit elle-même sa prépondérance sur la législation, suivant son article 52. Le *Code civil* ne bénéficiant pas d'une telle primauté explicite, sa position subordonnée par rapport à la Charte, au regard de la hiérarchie des normes, devrait être évidente. Or, les

⁸⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Mémoire sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* (1990), p. 7.

choses ne sont pas aussi limpides. D'une part, les dispositions d'ordre public du *Code civil* bénéficient d'une certaine prépondérance – dont les contours ne semblent pas toutefois parfaitement délimités par la jurisprudence – sur la législation, du moment que sont en cause des notions de droit privé⁸⁵. D'autre part, la Disposition préliminaire du *Code civil*, en précisant que celui-ci « régit en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens », pose d'une manière pour le moins ambiguë le problème des rapports entre les deux ensembles normatifs⁸⁶.

Une disposition préliminaire avait été rédigée dans une version initiale, présentée en 1982 dans le cadre d'un projet de loi portant réforme au *Code civil* du droit des personnes, sans toutefois faire référence à la Charte québécoise. Cette omission de la primauté de la Charte fut signalée en commission parlementaire⁸⁷. En 1984, le législateur proposa, dans le Projet de loi n° 20 portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des personnes, des successions et des biens, une formulation amendée qui, en ce qui concerne le lien à la Charte québécoise, fut reprise dans la version définitive de la Disposition préliminaire, adoptée en 1991.

Le choix terminologique relatif à « l'harmonie » du *Code civil* et de la Charte québécoise en regard des rapports de droit privé ne s'est pas révélé des plus heureux. Il demeure en effet difficile de penser en termes de subordination les relations entre deux ensembles normatifs présentés

⁸⁵ *Doré c. Ville de Verdun*, [1999] 2 R.C.S. 862.

⁸⁶ La complexité du problème est relevée par A. Popovici : « Cette “harmonie”, qui peut paraître évidente au premier abord, est, elle aussi, colorée par le principe de cohérence [du droit civil] et devient plus évanescence suite à une seconde lecture ». Adrian POPOVICI, « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine », (1995) 29 *Revue juridique Thémis*. V. aussi Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans *Pertinence renouvelée du droit des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 51 : « Qu'en est-il de cette harmonie suggérée ? constatée ? ordonnée ? Quels sont les rapports entre le Code et la *Charte* ? Depuis huit ans je suis à la recherche de cette harmonie [...] et je ne l'ai pas encore trouvée ».

⁸⁷ Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil* du Québec », 44 *Revue de droit de McGill*, 539-565, p. 548.

comme devant s'harmoniser⁸⁸. Les *Commentaires du ministre de la Justice*, lesquels suivant la jurisprudence et la doctrine bénéficient d'une certaine autorité juridique, ne sont pas des plus explicites. On se contente d'y souligner que le *Code civil* régit le droit privé « mais qu'il le fait en harmonie avec les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne*, loi de caractère fondamental qui inspire aussi le *Code civil* et qui exprime maints droits dont la portée et l'exercice sont prévus au *Code civil* »⁸⁹. Le commentaire, quelques lignes plus loin, se fait plus précis quant à la position du *Code civil* au sein de l'ordre juridique québécois : « Le second alinéa établit la portée du *Code civil* comme fondement du droit privé et sa position privilégiée dans l'ensemble de notre système législatif »⁹⁰.

La jurisprudence des tribunaux de droit commun s'est orientée dans la direction d'une simple « harmonisation » des principes du Code et de la Charte, en laissant généralement dans le vague la question des rapports entre les deux documents au regard de la hiérarchie des normes⁹¹. Le *Code civil* se voit parfois considéré, tout simplement, comme « loi fondamentale du Québec »⁹², ou, plus fréquemment (*de facto* semble-t-il sur un pied d'égalité avec la Charte) comme un ensemble législatif d'une nature fondamentale. On soulignera ainsi que le droit civil est « régi par le *Code civil du Québec* et par la Charte québécoise qui, dans les domaines de la compétence de la législature du Québec, constituent le fond du droit⁹³ » ou que « le *Code civil du Québec* est, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, une loi fondamentale; il constitue le droit

⁸⁸ V. cependant Maurice DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) *Revue juridique Thémis* 31, pp. 82 et s.

⁸⁹ *Commentaires du Ministre de la Justice*, p. 1.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Sous l'angle du rapport de la Charte avec le droit civil, A. Popovici s'exprime ainsi : « je crois que les tribunaux ont plutôt interprété la *Charte* comme un “statute” [...] visant à préciser certains aspects du droit de la responsabilité civile, à la remorque duquel elle a été reléguée. Elle n'a eu qu'un effet édulcoré. Si on lui reconnaît un caractère *normatif et non déclaratoire*, c'est un effet beaucoup plus marquant qu'elle aurait dû et devrait avoir comme moteur et pilier d'une nouvelle approche de la responsabilité civile » (« De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté », *loc. cit.*, p. 53).

⁹² *Québec (Procureur général) c. Tribunal d'arbitrage de la fonction publique*, [1998] R.J.Q. 2771 (C.S.).

⁹³ *St-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf inc.*, [1999] R.J.Q. 2268 (C.A.).

commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public »⁹⁴. Dans cette perspective, la Charte québécoise apparaît comme une source (parmi d'autres) *d'inspiration* du droit civil⁹⁵. Le problème se posera, par ailleurs, d'une harmonisation, qui peut « causer certaines difficultés », entre les principes du Code et les droits garantis par la Charte, par exemple entre les droits de copropriété et la liberté de religion⁹⁶. Quant à la doctrine, elle voit fréquemment entre la Charte et le Code un rapport de réciprocité interprétative; parfois même, elle voit « dans la disposition préliminaire la volonté du législateur de rattacher les deux textes dans un rapport égalitaire et de placer le *Code civil* en haut de la hiérarchie des normes législatives »⁹⁷.

Même si, dans bon nombre de cas, la problématique de l'harmonisation a conduit à des décisions jurisprudentielles conformes aux normes et principes de la Charte, il n'en reste pas moins que l'ambiguïté de la disposition préliminaire ou, du moins, de sa réception par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, a aussi eu certains effets ne reflétant pas adéquatement, à notre avis, la primauté de la Charte sur le droit civil. Parmi ces situations, citons : la subordination des règles de preuve en matière de discrimination au sens de la Charte, au régime civiliste de la preuve, sans adaptation de celui-ci à la nature spécifique et à l'objet de la Charte⁹⁸; l'inféodation des mesures de redressement prévues en cas d'atteinte aux droits et libertés de la personne (article 49 C.Q.), au régime général civiliste de la responsabilité, encore une fois sans tenir compte de la nature spécifique et de l'objet de la Charte⁹⁹; l'interprétation parfois restrictive de droits ou de li-

⁹⁴ *Doré c. Verdun*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par la Cour suprême : [1997] 2 R.C.S. 862.

⁹⁵ *Drouin c. La Presse Ltée*, 19 novembre 1999 (C.S.), REJB 1999-15772.

⁹⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.).

⁹⁷ Doctrine citée par Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil* du Québec », *loc. cit. supra*, p. 556n. En fait, la situation apparaît si obscure que Popovici est amené à formuler la question suivante :

« S'il y avait une primauté ou une prééminence quelconque entre la *Charte* et le Code, qui l'emporterait ? Est-ce la *Charte* qui doit être conforme au Code ou le Code qui doit être conforme à la *Charte* ? » A. POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », *loc. cit.*, p. 62).

⁹⁸ *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, REJB-98-09715 (C.A.).

⁹⁹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345.

bertés garantis par la Charte, au bénéfice d'une interprétation, fort souple en comparaison, de notions civilistes floues ou indéterminées (telles la notion « d'ordre public »¹⁰⁰), le tout ayant pour effet de faire écran à la pénétration, pourtant légitime et juridiquement fondée, du champ du droit civil par les normes fondamentales, « quasi » constitutionnelles, relatives aux libertés et droits de la personne.

En 1991, dans ses *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)*¹⁰¹, la Commission avait insisté sur l'importance de ne pas confondre la position respective de la Charte et du *Code civil* du point de vue de la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique québécois. Rappelant que du fait de l'article 52, la Charte québécoise jouit d'une « supériorité de principe, semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »¹⁰², la Commission expliquait sa compréhension de « l'harmonie » entre les deux ensembles normatifs (Charte et *Code civil*). Les deux textes, observait-elle, ont une valeur fondamentale, mais cette notion ne revêt pas la même signification dans les deux cas. Dans le cas du *Code civil*, le caractère fondamental tient au rôle qu'assume ce texte dans l'organisation du droit commun. Dans le cas de la Charte, le caractère fondamental découle plutôt de la « place unique qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes juridiques »¹⁰³. En conséquence, ajoutait la Commission, la Disposition préliminaire du *Code civil* « ne saurait être vue comme une banale invitation à concilier les deux textes en interprétant le Code, lorsque possible, d'une manière compatible avec la Charte »¹⁰⁴, une position irréconciliable avec la primauté conférée à la Charte. Il en va de même de cette autre lecture des textes, suivant laquelle la disposition préliminaire représenterait une déclai-

¹⁰⁰ *Godbout c. Ville de Longueuil*, J.E. 95-1848, DTE-95T-1163, (C.A., j. Baudouin). On notera que la situation apparaît ici en tout point similaire à celle prévalant en droit français. V. Louis FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc3/ccc3fav.htm>), p. 8.

¹⁰¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le projet de loi 125 (Code civil du Québec)* (1991).

¹⁰² Jean-Maurice BRISSON, « Introduction » au *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, Soquij, 1986, p. iv.

¹⁰³ *Id.*, p. 5.

¹⁰⁴ *Ibid.*

ration interprétative signifiant que l'ensemble du Code serait d'office conforme à la Charte. Pour la Commission, concluait-on, la disposition préliminaire devait plutôt être lue comme la « confirmation solennelle de la primauté de la Charte ».

Près d'une décennie après ces commentaires, force est de constater qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine demeure bien loin de formuler en des termes aussi nets que le voulait la Commission, les rapports entre Code et Charte. En fait, l'ambiguïté persiste quant à la position exacte qu'occupent respectivement la Charte et le *Code civil* dans l'ordre juridique québécois. Cette situation ne saurait perdurer. Un texte ne peut vraiment avoir valeur constitutionnelle s'il ne prévaut pas, d'une manière incontestable, sur la législation, même codifiée. Selon nous, l'attribution d'un statut constitutionnel explicite à la Charte aurait pour effet de lever l'ambiguïté persistante quant aux rapports Charte-*Code civil*. Ceci ne signifierait pas, bien entendu, que le *Code civil* ne puisse pas pour autant être considéré comme le fondement du droit commun avec toutes les conséquences juridiques que cela comporte, ces conséquences devant cependant se conformer elles-mêmes aux normes fondamentales, prépondérantes, de la Charte.

4 LA CHARTE ET LE CODE DU TRAVAIL

L'articulation des rapports entre la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code du travail* pose des problèmes de même ordre que celle des rapports entre la Charte et le *Code civil*. La Charte énonce un nombre important de normes fondamentales en matière de rapports de travail, normes qui doivent guider l'interprétation et l'application du *Code du travail*, mais aussi l'énonciation législative de ses dispositions. Ces normes relèvent soit du domaine des libertés et droits fondamentaux (tels la liberté d'expression et d'association), du droit à l'égalité (non-discrimination, interdiction du harcèlement, absence de discrimination dans les conditions de travail, égalité de traitement, etc.) et des droits économiques et sociaux (droit de toute personne à des conditions de travail justes et raisonnables, qui respectent sa santé et sa sécurité).

Comme pour le *Code civil*, une manière erronée de se représenter l'articulation des rapports entre la Charte et le *Code du travail* serait de concevoir ceux-ci sur le strict plan de la complémentarité.

rité. Alors que le *Code du travail* pose les principes généraux applicables en matière de droit des rapports collectifs de travail, la *Charte des droits et libertés de la personne* ferait office, en quelque sorte, de loi complémentaire, venant préciser certaines règles (l'absence de discrimination, notamment) applicables au rapport salarié. Dans un document intitulé *Pour un Code du travail renouvelé (Orientations ministérielles)*, le ministère du Travail décrivait de la manière suivante les rapports entre la Charte et le Code :

« Il faut accepter que certaines règles substantives ou pratiques régissant l'exercice du droit d'association et la détermination des conditions de travail applicables à une collectivité de personnes interfèrent avec les droits individuels, *précisément parce que le Code, sorte de loi cadre ou de Charte, accorde la préséance à la protection des droits collectifs*. Cette observation impose notamment la recherche d'un équilibre, difficile à établir, entre les droits d'une association accréditée et ceux des personnes qui, prises individuellement, en sont membres ou du moins, cotisantes. *Elle impose aussi de prendre conscience que d'autres outils législatifs, sont précisément là pour répondre, dans le domaine du travail, à la mission de protéger les droits individuels. Il en est ainsi de la Charte des droits et libertés de la personne, au premier chef [...]* ».¹⁰⁵

Cet extrait illustre bien une conception en termes de « complémentarité » des rapports entre la Charte et le *Code du travail*. On y retrouve deux affirmations avec lesquelles nous ne pouvons qu'être fortement en désaccord.

Tout d'abord, le *Code du travail* se voit qualifié de « Charte », ce qui non seulement peut être source de confusion, mais accorde au Code un caractère fondamental qu'il ne possède pas. En disant cela, nous ne voulons pas nier l'importance du Code pour l'encadrement des rapports collectifs de travail, mais seulement mettre en évidence un abus de langage, qui ne décrit nullement de manière adéquate la position respective du *Code du travail* (loi subordonnée) et de la Charte des droits (loi fondamentale), au regard de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique québécois. La référence à la Charte sous le vocable « autre outil législatif » apparaît également, dans ce contexte, inadéquate.

¹⁰⁵ QUÉBEC. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Pour un Code du travail renouvelé (Orientations ministérielles)*, Québec, 2000, pp. 11-12 [les italiques sont de nous].

Ensuite, peut-on vraiment comparer le *Code du travail* et la Charte des droits en voyant dans le premier la consécration des droits collectifs, et dans la seconde, à l'inverse, l'affirmation opposée des droits individuels ? Il est courant d'opposer les droits individuels aux droits collectifs. Toutefois, cette dichotomie appartient davantage à la philosophie politique qu'à la science du droit. Un auteur souligne le besoin de « relativiser l'une des dichotomies les plus artificielles à avoir cours dans les débats juridiques actuels, et certainement l'une des moins fécondes. [...] La dichotomie entre droits individuels et droits collectifs contribue moins à éclairer le débat qu'à l'obscurcir »¹⁰⁶. Le *Code du travail* consacre un certain nombre de droits subjectifs, susceptibles d'être exercés individuellement, mais il a surtout pour objet d'attribuer des droits subjectifs à des entités collectives, les syndicats. Mais la *Charte des droits et libertés de la personne* envisage autre chose que l'octroi de droits uniquement « individuels ». La liberté d'association, par exemple, a par définition une portée collective; le droit à l'égalité dans l'emploi a fréquemment aussi une portée collective, dirigée vers l'accès à l'égalité de groupes historiquement discriminés (les femmes, les minorités ethniques et religieuses, etc.). Il est donc réducteur d'associer Charte et droits individuels, *Code du travail* et droits collectifs. Il faut plutôt parler de compatibilité, le *Code du travail* ayant pour objet, en tant que loi ordinaire soumise à la Charte, d'en étendre les principes fondamentaux (en l'occurrence la liberté d'association, le droit à l'égalité, le droit à des conditions de travail justes et raisonnables, etc.) au domaine des rapports collectifs de travail.

Bien que la complémentarité entre les deux textes ne soit pas inexistante, les rapports entre la Charte et le Code doivent être envisagés en termes de *subordination*¹⁰⁷. En tant que loi « ordinaire », le Code demeure subordonné à la *Charte des droits et libertés de la personne*, loi fondamentale au regard de l'ordre juridique québécois, à la fois du fait de la nature fondamentale des

¹⁰⁶ Pierre BOSSET, « Synthèse des débats », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Guy ROCHER, Jean M. LAPIERRE, Jean Denis GAGNON (dir.), *Le droit à l'égalité et les tribunaux d'arbitrage*, Actes du « Forum Droits et Libertés » du 28 avril 2000, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 264.

¹⁰⁷ Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 114 : « Contrairement aux lois du travail [...], les chartes et lois sur les droits de la personne nichent au faîte de la hiérarchie des normes ».

valeurs et principes dont elle est porteuse, et de sa prépondérance explicite sur la législation ordinaire, telle que l'a voulue l'Assemblée nationale.

Il ne s'agit pas ici d'un pur énoncé de principe. La subordination du *Code du travail* par rapport à la Charte emporte au moins deux conséquences juridiques primordiales. D'une part, toute disposition du *Code du travail* qui entre en conflit avec la Charte (sauf disposition expresse au contraire) est dépourvue d'effets juridiques en vertu de l'article 52 de la Charte. D'autre part, les normes et valeurs affirmées par la Charte doivent guider l'interprétation et l'application du *Code du travail* : notamment, précise l'article 53 de la Charte, « si un doute surgit dans l'interprétation de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte ». En outre, tel que mentionné, et en ajoutant que la Charte, vu son statut de loi fondamentale, fait partie de la constitution matérielle du Québec, le législateur doit lui-même avoir à l'esprit les normes et valeurs portées par la Charte, lorsqu'il énonce les dispositions de la loi, en l'occurrence les dispositions du *Code du travail*.

Au surplus, il importe que l'interprétation et l'application du *Code du travail* se fondent sur les normes garanties par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Certes, le Commissaire du travail et le Tribunal du travail, d'une part, et les tribunaux d'arbitrage, d'autre part, se réfèrent à l'occasion aux normes contenues dans la Charte québécoise. Toutefois le recours à la Charte au sein de ces instances est loin d'être systématique. Cela dépend en partie du fait que les rapports entre la Charte et le *Code du travail* ne sont pas articulés de manière suffisamment explicite. À notre avis, la reconnaissance explicite du caractère constitutionnel de la Charte aurait pour effet de remédier à cet état des choses.

5 LA CHARTE ET LE DROIT INTERNATIONAL

Le droit international des droits et libertés a eu une influence déterminante sur la philosophie d'ensemble de la Charte, ainsi que sur la formulation de plusieurs de ses dispositions¹⁰⁸. Néan-

¹⁰⁸ *La Charte québécoise des droits et libertés : Bilan et recommandations* (vol. 1 du Bilan), pp. 1-14.

moins, aucune mention de cette filiation ne figure dans la Charte. On peut se demander si le droit international a eu un impact sur la vie concrète de la Charte, sur la façon dont celle-ci a été interprétée, appliquée, mise en œuvre au cours des vingt-cinq dernières années.

En principe, l'interprétation et l'application de la Charte québécoise pouvaient difficilement rester aveugles au droit international des droits et libertés. Depuis 1975, les violations des droits de la personne ne relèvent plus du domaine réservé de chaque État. Les situations qui étaient autrefois considérées comme appartenant au domaine sacro-saint de la « compétence nationale » des États sont maintenant assujetties à un certain contrôle international. Ce contrôle prend des formes diverses, dont l'efficacité reste variable : instances juridictionnelles¹⁰⁹, comités d'experts¹¹⁰, mécanismes politiques¹¹¹. L'entrée en vigueur récente du Statut du Tribunal pénal international est une étape supplémentaire dans ce processus qui voit, depuis la fin de la Deuxième guerre mondiale, la protection des droits et libertés devenir graduellement un sujet d'intervention légitime pour la communauté internationale. Le statut établit le principe d'une juridiction universelle et permanente sur les crimes contre l'Humanité, les crimes de guerre et le crime de génocide¹¹².

Parallèlement, l'ouverture graduelle du système des Nations Unies aux organisations non gouvernementales¹¹³ (ONG) permet à des acteurs non-étatiques, nationaux et transnationaux, de

¹⁰⁹ Dont la Cour européenne des droits de l'homme représente sans doute l'exemple le plus achevé. (Voir : Andrew DRZEMCZEWSKI, Jens MEYER-LADEWIG, « Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 6 (1994), pp. 81-86.)

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité contre la torture, Comité des droits de l'enfant. NATIONS UNIES, *Manuel relatif à l'élaboration des rapports sur les droits de l'homme*, Doc. N.U., HR/PUB/91/1 (1992).

¹¹¹ Tel l'examen confidentiel, par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, formée de représentants des États, de situations de violations « flagrantes et massives » des droits de l'homme : Résolution 1503 du Conseil économique et social, Doc. N.U., E/4832/Add.1 (1970).

¹¹² *Statut du Tribunal pénal international*, Doc. N.U., A/CONF./183/9 (1998). Le Statut est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

¹¹³ NATIONS UNIES. SECRÉTAIRE GÉNÉRAL, *Arrangements et pratiques régissant l'interaction des organisations non gouvernementales dans toutes les activités du système des Nations Unies*, Doc. N.U., A/53/170, 10 juillet 1998, ¶ 8.

jouer un rôle de plus en plus actif dans la défense et la promotion des droits de la personne et ce, dans le cadre même de l'ONU. Au cours des dernières années, des ONG québécoises ont participé, notamment, à l'examen de certains rapports périodiques soumis par le Québec et le Canada en application des conventions internationales sur les droits de la personne¹¹⁴. La participation des ONG à l'examen, voire à la préparation de ces rapports exige des ressources importantes¹¹⁵, mais elle est devenue un élément important du travail des comités d'experts de l'ONU.

Néanmoins, la pénétration des normes internationales au sein des institutions québécoises demeure inégale, comme nous le verrons maintenant.

5.1 Le droit international et l'activité de la Commission

En tant qu'« institution nationale » (pour le Québec) de promotion et de protection des droits de l'homme, la Commission joue un rôle important dans la mise en œuvre des normes du droit international des droits de la personne. Selon les « Principes de Paris », adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies, les institutions nationales doivent promouvoir l'harmonisation de la législation nationale avec les instruments internationaux, contribuer aux rapports que les États doivent présenter aux organes compétents des Nations Unies, ainsi que coopérer avec l'ONU dans les domaines de la promotion et de la protection des droits de l'homme¹¹⁶.

¹¹⁴ V. l'importante contribution des ONG à l'examen du troisième rapport du Canada sur la mise en œuvre du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* : Doc. N.U., E/C.12/1998/NGO/4. (pour les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, voir : E/C.12/Add.31.)

¹¹⁵ Pierre BOSSET, *Civil Society Participation in the Process of Monitoring The Domestic Implementation of International Human Rights Norms: Issues and Prospects*, conférence, Human Rights Linkages Initiatives, Ottawa (26-27 novembre 1999), pp. 9-13.

¹¹⁶ NATIONS UNIES. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, *Principes concernant le statut des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme* [« Principes de Paris »], Doc. N.U. A/RES/48/134, 20 décembre 1993 (annexe).

Deux arguments juridiques justifient le recours aux documents internationaux pour interpréter les dispositions de la Charte québécoise et, au besoin, promouvoir les principes qui y sont affirmés. D'une part, le Québec n'est pas censé légiférer d'une manière incompatible avec ses engagements internationaux. Les lois québécoises, dont la Charte, doivent donc s'interpréter d'une manière compatible avec ceux-ci, notamment en cas d'ambiguïté¹¹⁷. D'autre part, le droit international a exercé une influence manifeste sur le contenu de la Charte, ce qui éclaire la Commission sur le « contexte d'énonciation »¹¹⁸ de la Charte et permet d'orienter ses interventions.

Le recours au droit international permet à la Commission, tantôt de préciser le contenu des droits et libertés énoncés dans la Charte, tantôt de faire ressortir la nature et la portée des engagements internationaux du Québec¹¹⁹. Après vingt-cinq ans, il est permis d'affirmer que ce recours au droit international enrichit grandement le contenu des interventions de la Commission, en plus de contribuer à la promotion d'une vision dynamique et progressiste des principes de la Charte. Par ailleurs, il renforce la légitimité de l'action de la Commission, en lui permettant de s'inscrire dans le cadre d'un mouvement auquel participe l'ensemble de la communauté mondiale.

Les normes du droit international ont enrichi de façon significative les interventions de la Commission dans de nombreux domaines. En *matière linguistique*, par exemple, la Commission, situant la Charte dans le contexte des pactes et conventions des Nations Unies, a mis en garde le gouvernement contre une utilisation abusive de la notion de droits collectifs, rappelé que les droits fondamentaux, selon les pactes internationaux, doivent être reconnus à tous sans discrimination, et finalement, contesté ce qui semblait être le postulat d'un projet de législation linguistique antérieur à la loi 101, à savoir que c'est le fait de parler français qui conférerait aux citoyens

¹¹⁷ Madeleine CARON, « L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation et d'application de la Charte des droits et libertés de la personne », *Revue québécoise de droit international* (1984), vol. 1, pp. 307-317.

¹¹⁸ Daniel TURP, « Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », (1984) 18 *Revue juridique Thémis* 353-411.

¹¹⁹ Madeleine CARON, *Le droit international des droits de la personne : son application au Québec par la Commission et le Tribunal des droits de la personne*, conférence, Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international, Université de Montréal, 16 mars 1994.

du Québec le statut de Québécois¹²⁰. En matière de *libertés syndicales*, la Commission a attiré l'attention du législateur sur l'incompatibilité apparente de certains aspects du régime de négociation des conventions collectives du secteur public avec les normes prévues dans les conventions internationales du travail, lesquelles garantissent implicitement le droit de grève¹²¹. En matière de *lutte contre le racisme*, la Commission a rappelé que la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, ratifiée par le Canada avec l'accord du Québec, comporte l'obligation de prendre des mesures concrètes et positives pour réprimer et punir les actes de propagande haineuse. Se fondant sur les engagements prévus dans cette convention, la Commission a recommandé au législateur d'insérer dans la Charte un délit civil d'incitation à la discrimination¹²². En *matière religieuse*, la question controversée du foulard islamique fut abordée par la Commission à la lumière, notamment, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et des interprétations officielles du Comité des droits de l'homme de l'ONU, lesquelles rappellent que la liberté de religion se manifeste aussi par l'observation des règles vestimentaires¹²³. Enfin, en matière de *droits de l'enfant*, la Commission a soutenu que le projet de loi fédéral C-3 sur le système de justice pénale pour adolescents entrainait en conflit, sous certains rapports, avec la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ratifiée par le Canada en 1991¹²⁴.

¹²⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Mémoire concernant le Projet de loi (n° 1) sur la langue française* (1977).

¹²¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le Projet de loi n° 37, Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (1985). La Commission se fondait alors sur la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, ratifiée par le Canada le 23 mars 1972.

¹²² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Déclaration sur les mouvements racistes et l'incitation à la discrimination* (1994). La Commission se fondait sur l'art. 4 de la Convention.

¹²³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques* (1994), cité dans *Le pluralisme religieux au Québec, un défi d'éthique sociale* (document de réflexion, 1995). La Commission se fondait sur l'art. 18 du Pacte et sur l'*Observation générale n° 22* du Comité des droits de l'homme.

¹²⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des Communes sur le Projet de loi C-3, Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (1999). Les prétentions de la Commission ont cependant été rejetées par la Cour d'appel : *Renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénale pour les adolescents*, C.A.M. 500-09-011369-014, 31 mars 2003.

Signalons par ailleurs que la Commission assume l'un des rôles importants confiés aux institutions nationales par les Principes de Paris, celui de contribuer aux rapports que le Québec soumet aux organes des Nations Unies compétents en matière de droits et libertés. En l'occurrence, les rapports d'activités de la Commission sont préparés sous son autorité exclusive. Immédiatement après avoir été transmis aux autorités gouvernementales (lesquelles les intègrent, avec ou sans aménagements, aux rapports officiels du Québec), ils sont rendus accessibles au public. Cette façon de faire respecte les attributions respectives des autorités gouvernementales et de la Commission, et préserve la capacité de critique de celle-ci¹²⁵.

5.2 Les tribunaux et le droit international : un bilan contrasté

Le parcours des tribunaux québécois face au droit international n'est pas aussi aussi linéaire, et certainement moins ancré dans l'histoire de la Charte, que celui de la Commission.

Il faut attendre la création du Tribunal des droits de la personne, en 1990, pour voir les normes du droit international commencer à jouer un rôle véritable dans la jurisprudence. Dès sa première décision, le Tribunal rappelle alors la similarité de langage entre la Charte québécoise et le texte de plusieurs conventions internationales¹²⁶. Il rappelle aussi que la présomption voulant que le Québec ne soit pas censé légiférer d'une manière incompatible avec ses engagements internationaux¹²⁷. Le Tribunal annonce alors ses couleurs : le recours aux normes du droit international des

¹²⁵ Hailou WOLDE-GIORGHIS, *Préparation des rapports nationaux sur les droits de l'homme : l'exemple du Québec*, conférence, Agence de coopération culturelle et technique de la Francophonie, Bordeaux (France), 14 octobre 1994. (De 1976 à 1987, la Commission assumait la préparation du rapport officiel du Québec et faisait partie de la délégation chargée de présenter le rapport du Canada auprès des Nations Unies.) Soulignons que la Commission peut aussi servir d'interlocuteur direct à certaines instances de l'ONU. Voir, p. ex. : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Réponses aux questions posées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (1998).

¹²⁶ *Commission des droits de la personne (Marcil) c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 (T.D.P.), conf. à [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.) [ci-après « *Marcil* »].

¹²⁷ *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-La-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.). À noter qu'un engagement international préalable du Québec n'est pas nécessaire à l'invocation du droit international, le Tribunal ayant occasionnellement recours à des textes non ratifiés par le Québec : v. ainsi *Commission des droits de la personne (Hachey) c. Habachi*, [1992] R.J.Q. 1439 (T.D.P.) [mention du Code de pratique pour (... suite)]

droits et libertés lui servira à décrire le contexte d'affirmation des droits et libertés, ainsi que comme et comme instrument d'interprétation de la Charte¹²⁸.

Invoquées quasi systématiquement par les juges du Tribunal, les normes du droit international ont depuis souvent aidé celui-ci à circonscrire la portée de la Charte face à une situation particulière. Par exemple, le droit international permettra au Tribunal de délimiter la portée du droit à l'égalité en matière de sexualisation des postes¹²⁹. Il servira de même à retenir la responsabilité juridique d'une commission scolaire pour des actes de harcèlement racial commis par des élèves à l'endroit d'un enseignant. Dans cette dernière affaire, le Tribunal citera abondamment, entre autres, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Dans cette convention, les États se sont engagés à ne pas permettre aux institutions publiques d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager; ils s'y sont aussi engagés à prendre des mesures efficaces, dans le domaine de l'enseignement, pour lutter contre les préjugés raciaux. Inspiré par ces textes, le Tribunal jugera que la commission scolaire mise en cause avait l'obligation de prendre des mesures énergiques contre le harcèlement. La commission scolaire fut jugée responsable pour la période où elle était demeurée passive devant les comportements racistes des élèves à l'endroit de l'enseignant¹³⁰.

Le recours à la jurisprudence internationale a aussi permis de mettre en lumière un élément crucial de l'interprétation juridique du droit à l'égalité, soit la symbiose existant entre ce droit, garanti par l'article 10, et les autres droits et libertés. Sur ce point, le Tribunal citera la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle le droit à l'égalité reconnu par la *Convention euro-*

la dignité de l'homme et de la femme au travail, adopté par le Conseil des communautés européennes (1991)].

¹²⁸ *Marcil* (T.D.P.), précitée (note 126).

¹²⁹ *Commission des droits de la personne (Chiasson et autres) c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P. Gaspé 115-53-000001-946 (J.E. 96-387) : le Tribunal a recours à la *Déclaration universelle* et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* pour situer le concept de « dignité » mentionné dans l'article 4 de la Charte ainsi que dans le Préambule.

¹³⁰ *Commission des droits de la personne (Kafé) c. Commission scolaire Deux-Montagnes*, [1993] R.J.Q. 1297 (T.D.P.).

principe de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique à l'ensemble des droits reconnus¹³¹. En somme, chacun des droits et libertés reconnu doit pouvoir s'exercer sans discrimination. Transposé dans le contexte de la Charte québécoise, ce principe a des conséquences juridiques concrètes. Par exemple, pour un enfant handicapé, le droit à l'instruction publique gratuite, prévu à l'article 40 de la Charte, comporte normalement le droit de faire partie d'une classe ordinaire, sans exclusion fondée sur son handicap¹³².

Depuis sa création, le Tribunal des droits de la personne prône une « interprétation large et libérale de la Charte, éclairée par le droit international des droits de l'Homme »¹³³. Pour sa part, la Cour d'appel du Québec a souligné que, si la simple ratification d'une convention internationale par le pouvoir exécutif, comme c'est le cas au Canada, ne confère pas à cette convention force de loi ni d'effet contraignant en droit interne (à moins qu'elle n'ait été subséquemment intégrée à celui-ci par une loi du Parlement), cela ne signifie pas nécessairement que cette convention n'est d'aucune utilité en droit interne. En effet, la mention d'une convention internationale dans le préambule d'une loi crée selon la Cour une « interdépendance » entre les deux textes : en cas de besoin, la convention internationale pourra guider les tribunaux dans l'interprétation de la loi interne. La Cour a également rappelé qu'en cas de doute ou d'ambiguïté, il peut être présumé que le législateur entend respecter les engagements internationaux du pays¹³⁴.

Le recours au droit international pour l'interprétation et l'application de la Charte devant les tribunaux de droit commun demeure encore marginal. Par ailleurs, il produit des résultats variables, y compris parfois au sein même de la Cour d'appel¹³⁵. Juges et avocats pourraient utilement être

¹³¹ Cour eur. d. h., *Affaire linguistique belge*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A, vol. 8.

¹³² *Marcil*, précitée (note 126). Mais voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

¹³³ Page d'accueil du site Web du Tribunal, www2.lexum.umontreal.ca/qctdp/fr/presentation.htm.

¹³⁴ *Renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénale pour les adolescents*, précité (note 124), pp. 89-93.

¹³⁵ Comparer p. ex., dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033 (C.A.) (conf. à 2002 CSC 84, 19 décembre 2002) l'opinion du juge Baudouin, quant au poids à accorder aux normes du droit international, à celle du juge Robert, dissident.

davantage sensibilisés aux sources internationales de la Charte, et mieux outillés pour y avoir recours. Les programmes universitaires de droit et ceux de formation permanente des avocats, de même que les programmes de perfectionnement de la magistrature, devraient en tenir compte. Mais une prise de conscience salutaire de l'intime parenté liant la Charte québécoise aux normes du droit international exigerait aussi une mention explicite de cette filiation dans le préambule de la Charte, à l'instar de certaines lois anti-discrimination provinciales pourtant influencées à un bien moindre degré que la Charte québécoise par le droit international¹³⁶.

¹³⁶ V. les lois suivantes :

- § *Code des droits de la personne de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. H-19 : « Attendu que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables [...] est conforme à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclamée par les Nations Unies » (préambule, al. 1);
- § *Code des droits de la personne du Manitoba*, L.R.M., c. H-175 : « Attendu que les Manitobains reconnaissent la valeur et la dignité individuelles de tous les membres de la famille humaine et que ce principe constitue le fondement de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, de la *Charte canadienne des droits et libertés* et d'autres engagements nationaux et internationaux, que les Canadiens respectent » (préambule, al. 1);
- § *Loi sur les droits de la personne (Île-du-Prince-Édouard)*, R.S.P.E.I., c. H-12 : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, en accord avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclamée par les Nations Unies »; « Considérant qu'en 1968 l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard a adopté An Act Respecting Human Rights (une Loi sur le respect des droits de la personne) en réponse à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* votée par l'Assemblée générale des Nations Unies » (préambule, al. 1 et 3).