

## Droits Fondamentaux et Développement Économique; une Perspective Historique Québécoise

PIERRE ISSALYS

Faculté de Droit, Université Laval, Québec, Canada

Email: pierre.issalys@fd.ulaval.ca

**Résumé:** Quelle relation le développement historique de l'économie du Québec et du Canada a-t-il entretenu avec le thème des droits fondamentaux? En quoi cette relation éclaire-t-elle la place qu'occupe ce thème dans la culture juridique contemporaine du Québec et du Canada? Le présent texte apporte des éléments de réponse à ces questions. Pendant une première phase historique, la construction de l'économie a commandé l'évolution de l'ordre juridique; le thème des droits fondamentaux émerge alors par intermittences et n'interagit que tardivement avec le système économique. Pendant une seconde phase, la question des droits fondamentaux accède à une position centrale dans l'ordre juridique; la conception et la mise en œuvre des droits fondamentaux subissent cependant des interférences en raison des réorientations de l'économie. Le texte conclut que la tension majeure et la résistance la plus significative auxquelles s'est heurtée la progression des droits fondamentaux au Québec et au Canada est la forme du développement économique.

**Mots-clés:** Droits et Développement Économique; Histoire du Droit; Droits Économiques et Sociaux.



## **Droits Fondamentaux et Développement Économique; une Perspective Historique Québécoise**

PIERRE ISSALYS

### **BASIC RIGHTS AND FREEDOMS AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A HISTORICAL PERSPECTIVE FROM QUEBEC**

[1] Le Canada, aux yeux de l'étranger, se présente traditionnellement comme un pays immense et froid, aux vastes paysages naturels, jeune et riche, économiquement avancé, relativement égalitaire, pleinement démocratique, paisible, pacifique et soucieux des droits humains fondamentaux. En tant que partie de l'ensemble politique canadien, le Québec projette à peu près la même image, avec en plus la marque d'un particularisme culturel tenace mais de moins en moins affirmé. Le juriste étranger peut discerner dans ce tableau général les traces d'une culture juridique complexe, dont la formation s'est poursuivie sur trois siècles et qui tire de l'hétérogénéité de ses éléments une bonne capacité de répondre aux besoins sociaux, de réguler les tensions et de susciter l'adhésion.

Tout indique que ce tableau convenu devra, à brève échéance, être revu et corrigé.

[2] Sous l'impact cumulé des changements climatiques, de l'évolution démographique et d'un bouleversement politique et économique, le Québec et le Canada de 2050 seront vraisemblablement méconnaissables pour ceux qui y auront vécu durant la seconde moitié du XXe siècle. Leur littoral, leur climat et leur milieu naturel paraissent voués à subir d'amples et profondes modifications. Celles-ci seront en partie attribuables à l'exploitation irrationnelle des énergies fossiles et des ressources minières et à une indifférence persistante devant les impératifs de la protection

de l'environnement et la croissance des inégalités. Ces choix de développement reflètent à leur tour, pour une part, l'évolution des données démographiques et de la culture politique. Certains aspects de cette nouvelle culture politique font déjà craindre une perte sensible de qualité de la vie démocratique<sup>1</sup>.

Dans ces conditions, il y a lieu de s'interroger sur la physionomie que prendra la culture juridique canadienne et québécoise à mesure qu'elle réagira à ces transformations de son milieu physique, social, économique et politique. Le présent texte n'a pas d'ambitions aussi larges. Il cherche plutôt à rappeler comment s'est formée, jusqu'ici, cette culture juridique, en s'attardant à l'un de ses aspects centraux : la question des droits fondamentaux. Le caractère central de cette question n'apparaît d'ailleurs pas seulement sur le terrain juridique. En effet, elle a occupé au cours des dernières décennies et occupe toujours une place centrale sur le terrain politique. C'est notamment pour cette raison que la culture juridique est exposée à subir les effets de l'évolution en cours dans la culture politique canadienne et québécoise.

La question des droits fondamentaux entre également en interaction avec les réalités du développement économique. Les disparités de ce développement d'un point à l'autre de la planète et les effets de ces disparités sur la mise en œuvre des droits fondamentaux – voire sur la conception même de ces droits – sont des données de base du droit international contemporain.

---

1 Voir notamment: Peter RUSSELL et Lorne SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009. Les critiques de l'usage du pouvoir par l'actuel gouvernement fédéral n'ont cessé de s'accumuler depuis son entrée en fonction en 2006 : manœuvres électorales illicites ou douteuses, escamotage de mesures législatives hétéroclites dans de gigantesques projets de loi de nature prétendument budgétaire, attitude cavalière envers le Parlement, relations tendues avec les instances de contrôle administratif et parlementaire et avec le Pouvoir judiciaire, musèlement du personnel scientifique de l'administration publique, culture du secret, exploitation politique du thème sécuritaire, nominations hautement partisans dans tous les appareils publics fédéraux, criminalisation des manifestations collectives de contestation politique...

Du point de vue du droit interne également, les écarts de développement dans l'espace, mais aussi dans le temps, se répercutent sur la conception et la mise en œuvre des droits fondamentaux. D'où la pertinence de questions comme celles-ci : Quelle relation le développement historique de l'économie du Québec et du Canada a-t-il entretenue avec le thème des droits fondamentaux? En quoi cette relation éclaire-t-elle la place qu'occupe ce thème dans la culture juridique contemporaine du Québec et du Canada? Telles sont les questions auxquelles le présent texte se propose d'apporter des éléments de réponse.

[3] Ces éléments de réponse laissent entrevoir deux phases historiques d'inégale durée. La première correspond à la formation, par reconstructions et élargissements progressifs, d'un système économique relativement intégré, à la dimension du Canada actuel. Dans une large mesure, la construction de l'économie programme, pendant cette phase, l'évolution de l'ordre juridique lui-même. Pendant cette première phase, le thème des droits fondamentaux émerge, se formule et s'estompe par intermittences et n'interagit qu'assez tardivement avec le système économique.

Le basculement dans la seconde phase peut se situer dans des décennies 70 et 80 du XX<sup>e</sup> siècle. La question des droits fondamentaux y accède alors à une position centrale dans la culture juridique; l'évolution de l'ordre juridique est reprogrammée en fonction de la construction de ces droits. La conception et la mise en œuvre de l'appareil des droits fondamentaux se heurte cependant, sur plusieurs plans, à des interférences induites par les réorientations successives de l'économie du Québec et du Canada.

Émerge ainsi un schéma certes sommaire, mais peut-être utile à la poursuite d'analyses plus fines, opposant une phase de construction de l'économie et d'intermittence des

droits fondamentaux (I) et une autre de construction des droits fondamentaux et d'interférence de l'économie (II).

## I - CONSTRUCTION DE L'ÉCONOMIE ET INTERMITTENCE DES DROITS FONDAMENTAUX

[4] La construction d'un système économique, dans l'aire géographique aujourd'hui occupée par le Canada, a été dominée par la délimitation de son espace. Cette aire géographique, en effet, a posé dès l'origine et pose encore aujourd'hui dans une mesure significative le problème de son immense étendue et de sa densité relativement faible d'occupation humaine. La définition et l'autonomisation d'un espace constitué en entité politique permettant l'organisation et le guidage de l'activité économique ont déterminé et limité, dans un premier temps, l'émergence et la formulation du thème des droits fondamentaux (A). Les tensions à propos de la nature et de la réalisation de ces droits ont essentiellement tourné autour de l'idéal de liberté. Par la suite, de manière intermittente, la compréhension dominante de cet idéal a été remise en question, sous la pression notamment de l'évolution du système économique (B).

### A. *Espace et construction de l'économie*

[5] Le domaine colonial que s'est constitué la France en Amérique du Nord, entre 1534 et 1763, posait déjà de manière exemplaire le problème de l'étendue extrême et de la faible densité d'occupation. L'extension de ce domaine colonial répondait en grande partie aux possibilités et nécessités du commerce des fourrures. La perspective de développement de cette exploitation était rigoureusement mercantiliste. Le peuplement et la mise en culture de certaines zones résultaient principalement du souci de fournir une « base » à un réseau distendu de postes de commerce.

Cette « base » permettait, à titre accessoire, de poursuivre des activités de défense, de diplomatie et d'évangélisation. Étroitement dépendante de la métropole pour son maintien, son financement et son approvisionnement, cette implantation coloniale n'entretenait avec les colonies antillaises de la France que des liens commerciaux de modeste envergure.

L'organisation administrative, juridique et sociale de la Nouvelle-France, principal noyau de peuplement dans cet ensemble colonial, était calquée sur celle d'une province de la France d'Ancien Régime<sup>2</sup>. Elle comportait de ce fait la centralisation des pouvoirs entre les mains du Roi et de ses ministres, un régime foncier reproduisant sous une forme simplifiée et allégée les composantes de la féodalité, ainsi qu'un encadrement très contraignant des activités économiques non agricoles. L'effet produit par ces différentes données était cependant modifié par les contraintes géographiques. La distance de Versailles à Québec rendait plus sensibles les effets négatifs de la centralisation, mais en amortissait quelque peu la rigueur. Quant au régime féodal, les conditions matérielles de la colonie excluaient qu'il engendre, comme en France, une véritable caste de privilégiés. Il impliquait nécessairement une structure sociale inégalitaire, mais divers facteurs en tempéraient les effets<sup>3</sup>. En particulier, le contexte de pénurie persistante et la dureté du climat tendaient à égaliser les conditions sociales, tandis que les activités liées à la traite des fourrures offraient à certains une alternative sur le plan du mode de vie, de la participation à l'économie et de l'encadrement social.

---

2 Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, t. I, p. 3-34.

3 Guy FRÉGAULT, *La civilisation de la Nouvelle-France*, Montréal, Pascal, 1944, c. III et IV; Benoît GRENIER, *Brève histoire du régime seigneurial*, Montréal, Boréal, 2012, c. 5.

La Nouvelle-France formait ainsi une société hiérarchisée, réglementée et en outre soumise, pendant la plus grande partie de son parcours historique, aux exigences de la guerre contre certains peuples amérindiens et contre l'Angleterre et ses colonies. Ses habitants ignoraient encore très largement, tout comme leurs compatriotes métropolitains, la notion de droits fondamentaux; plus que les Français de métropole, ils avaient cependant une expérience concrète de la liberté individuelle<sup>4</sup>.

[6] Le passage du Canada sous la domination britannique, par l'effet du Traité de Paris de 1763, n'a pas empêché pas cette configuration sociale de se maintenir très largement pendant trois quarts de siècle<sup>5</sup>. Certes, on aurait pu penser que la réception du droit public anglais dans les anciennes possessions françaises modifierait considérablement les bases juridiques du rapport entre l'individu et l'État en mettant en évidence un certain nombre de libertés individuelles<sup>6</sup>. La Grande-Bretagne n'était-elle pas considérée, vers 1760, comme le pays des libertés<sup>7</sup>? À mesure que s'approchait la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, cependant, il devenait de plus en plus apparent que son régime constitutionnel faisait d'elle, en réalité,

4 Marc CHEVRIER, « La République néo-française », (2009) 17:3 *Bulletin d'histoire politique* 29-58.

5 Les historiens divergent sur la rapidité avec laquelle s'est accomplie la transition socioéconomique de la féodalité vers le capitalisme : cf. Gérald BERNIER et Daniel SALÉE, *Entre l'ordre et la liberté. Colonialisme, pouvoir et transition vers le capitalisme dans le Québec du XIXe siècle*, Montréal, Boréal, 1995, c. II et III; Gilles PAQUET et Jean-Pierre WALLOT, *Un Québec moderne 1760-1840. Essai d'histoire économique et sociale*, Montréal, HMH, 2007, c. 1.

6 Sur la réception du droit anglais et sa coexistence avec le droit privé français au Québec, voir : John BRIERLEY, « Reception of English Law in the Canadian Province of Quebec », p. 103-137 dans Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

7 Michel MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : la *Gazette de Québec*, 1764-1774 », (2013) 47 *Revue juridique Thémis* 319-355.

un État aristocratique<sup>8</sup>. Trouvant en Nouvelle-France une structure sociale marquée par le régime féodal, les dirigeants britanniques s'en sont rapidement accommodés. Une élite de commerçants et grands propriétaires fonciers d'origine britannique a su acquérir une emprise totale sur l'appareil administratif et judiciaire de la colonie, en s'assurant la collaboration des seigneurs français restés sur place après la conquête et en s'intégrant elle-même au système seigneurial (préservé, en même temps que le droit privé français, par une loi de 1774)<sup>9</sup>. Le gouvernement britannique a contribué à instituer et maintenir cet état de choses, tant qu'il lui a paru favorable à son objectif essentiel : l'intégration du Canada au système économique impérial, fondé sur le mercantilisme<sup>10</sup>.

[7] Cette intégration à l'Empire britannique comportait aussi, certes, une dimension idéologique impliquant la promotion des « libertés britanniques », fondamentalement coutumières, telles qu'on pouvait les pratiquer à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>11</sup>. C'est ainsi

8 Édouard TILLET, *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 351-407.

9 Gérald BERNIER et Daniel SALÉE, précité, note 5; Donald FYSON, « Domination et adaptation. Les élites européennes au Québec, 1760-1841 », p. 167-196 dans Claire LAUX, François-Joseph RUGGIU et Pierre SINGARAVÉLOU (dir.), *Au sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Bruxelles/Berne, Peter Lang, 2009. La loi britannique ayant définitivement fixé les sources historiques du droit privé applicable au Québec est le *Quebec Act*, 14 Geo. III, c. 83, auj. *Acte de Québec*, LRC (1985), App. II, n° 2 [en ligne : [www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst\\_ActedeQuebec\\_1774](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst_ActedeQuebec_1774)].

10 Cet objectif a été mis en relief dès le premier texte relatif au gouvernement des territoires cédés par la France lors du Traité de Paris : la proclamation de George III en date du 7 octobre 1763, auj. *Proclamation royale*, LRC (1985), App. II, n° 1 [en ligne : [www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/Rbritannique\\_proclamation1763](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/Rbritannique_proclamation1763)].

11 Yvan LAMONDE, « Le lion, le coq et la fleur de lys : l'Angleterre et la France dans la culture politique du Québec (1760-1820) », p. 162-182 dans Gérard BOUCHARD et Yvan LAMONDE (dir.), *La Nation dans tous ses états : le Québec en comparaison*, Montréal, L'Harmattan, 1997; David MURRAY, « Law and British Culture in the Creation of British North America », p. 64-75 dans Philip BUCKNER et Douglas FRANCIS (dir.), *Canada and the British World : Culture, Migra-*

que furent introduits dans la « province de Québec » l'imprimerie, une certaine liberté de la presse, l'*habeas corpus* (du moins en temps de paix) et, à compter de 1791, une assemblée représentative élue sur la base d'un suffrage masculin très étendu<sup>12</sup>. Ces mesures ont facilité l'émergence, entre 1774 et 1840, d'un espace public culturel et politique dans lequel la question des libertés civiles et politiques a pu être mise en débat<sup>13</sup>. Cet espace public était par ailleurs intégré à un espace plus large, du fait de son ouverture au mouvement général des idées dans le « laboratoire politique » nord-atlantique formé à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle par la Grande-Bretagne, la France et les États-Unis<sup>14</sup>.

---

*tion, and Identity*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2006; Michel MORIN, « Les revendications des nouveaux sujets, francophones et catholiques, de la Province de Québec, 1764-1774 », p. 131-187 dans G. Blaine BAKER et Donald FYSON (dir.), *Essays in the History of Canadian Law XI. Quebec and the Canadas*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

- 12 Jacques-Yvan MORIN et José WOEHRLING, précité, note 2, p. 83-116. À propos de l'*Acte constitutionnel* de 1791, 31 Geo. III, c. 31, *auj. LRC* (1985), App. II, n° 3 [en ligne : [www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst1791](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst1791)] , voir : Pierre TOUSIGNANT, « Les aspirations libérales des réformistes canadiens-français et la séduction du modèle constitutionnel britannique », p. 229-238 dans Sylvain SIMARD (dir.), *La Révolution française et le Canada français*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1991; Henri BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970; Gilles GALLICHAN, « La *Lex parliamentaria* ou le Bas-Canada à l'école parlementaire », (1986) 25 *Cahiers de la Société bibliographique du Canada* 48-58.
- 13 John HARE, *La pensée socio-politique au Québec, 1784-1812. Analyse sémantique*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977; Yvan LAMONDE, *Histoire sociale des idées au Québec*, Montréal, Fides, 2000, vol. I, c. II; Nova DOYON, *Formation des cultures nationales dans les Amériques. Le rôle de la presse dans la constitution du littéraire au Bas-Canada et au Brésil au début du XIX<sup>e</sup> siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, c. 3.
- 14 Jean-Pierre WALLOT, « Frontière ou fragment du système atlantique : des idées étrangères dans l'identité bas-canadienne au début du XIX<sup>e</sup> siècle », (1983) 18 *Communications historiques de la Société historique du Canada* 1-29; Jacques RUELLAND, « La philosophie des Lumières à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle au Québec », p. 53-68 dans Harel MALOUIN (dir.), *Essais de philosophie politique québécoise (XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles)*, Montréal, Université du Québec à Montréal, 1992; Jean-Pierre BOYER, « Le Québec à l'heure des révolutions atlantiques », p. 355-424 dans Thomas PAINE, *Les droits de l'homme*, Sillery, Septentrion, 1998; Michel DUCHARME, *Le concept de liberté au Canada à l'époque des révolutions atlantiques, 1776-1838*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2010, c. 1 et 2.

Dans ce mouvement général des idées politiques et sociales, la participation des élites politiques et intellectuelles du Canada se réclamait essentiellement du « pôle britannique ». La référence au modèle constitutionnel britannique, tout en étant sincère, se révélait indispensable comme argument rhétorique (de légitimité et d'acceptabilité) et dialectique (de délégitimation de l'adversaire). Cette apparente unanimité, à propos notamment des libertés reconnues par ce modèle constitutionnel (parlementarisme, monarchie limitée, *rule of law*, consentement à l'impôt, procès par jury, etc.), ne pouvait cependant dissimuler que pour les uns, le modèle était celui dominé en Grande-Bretagne, jusqu'en 1832 au moins, par l'aristocratie, alors que pour les autres le modèle devait se prêter à l'ascension au pouvoir politique des nouvelles classes bourgeoises, de plus en plus influentes sur les terrains économique et intellectuel<sup>15</sup>.

[8] L'intégration de l'espace public canadien au mouvement transatlantique des idées politiques et sociales a par ailleurs introduit, dans le débat sur le régime constitutionnel et sur l'ampleur et le sens des libertés individuelles, d'autres modèles et d'autres valeurs. C'est le cas notamment du modèle républicain, dont la diffusion et l'influence ont été remises en valeur par l'historiographie récente<sup>16</sup>. Alors que l'historiographie classique du XIX<sup>e</sup> siècle

---

15 Pierre-Stanislas Bédard, député à l'Assemblée législative du Bas-Canada entre 1792 et 1812, illustre particulièrement bien cette lecture libérale du système constitutionnel britannique. Voir : Fernand OUELLET, « Pierre-Stanislas Bédard », *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. VI, p. 45-53 [en ligne : [www.biographi.ca](http://www.biographi.ca)]; John HARE, « Le développement d'une pensée constitutionnelle au Québec, 1791-1814 », (1975) 45 *Revue de l'Université d'Ottawa* 5-25; F. Philippe REID, « La pensée constitutionnelle de Pierre-Stanislas Bédard », (2011) 19 :3 *Bulletin d'histoire politique* 58-69.

16 Janet AJZENSTAT et Peter J. SMITH (dir.), *Canada's Origins : Liberal, Tory, or Republican?*, Ottawa, Carleton University Press, 1995; Louis-Georges HARVEY, *Le printemps de l'Amérique française. Américanité, anticolonialisme et républicanisme dans le discours politique québécois, 1805-1837*, Montréal, Boréal, 2005; Michel DU-

canadien dépeint l'évincement progressif de modèles conservateurs (associés à l'aristocratie *tory*, au système seigneurial du Bas-Canada, ou même à l'idéologie élitiste *whig*) et le triomphe final du modèle libéral (proche du libéralisme britannique de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle), ces travaux récents remettent en lumière le rôle non négligeable joué par les idées républicaines, notamment pendant le second tiers du siècle.

Le passage momentané, entre 1800 et 1850, d'une polarisation conservatisme/libéralisme à une polarisation libéralisme/républicanisme correspondrait d'assez près à une étape du glissement observable sur le plan économique. On discerne en effet à la même époque, dans les deux Canadas, l'affaiblissement graduel d'un régime économique strictement colonial, reposant, d'une part, sur une agriculture qui n'émerge qu'imparfaitement de la subsistance et, d'autre part, sur un secteur commercial fondé sur une ressource naturelle (la fourrure, puis le bois)<sup>17</sup>. À ce régime a succédé un capitalisme commercial qui tendait à intégrer l'ensemble des secteurs de l'économie dans un réseau d'échanges élargi. Pour accéder à une position hégémonique, le capitalisme libéral n'avait pas besoin d'élargir le registre des « libertés britanniques » : il lui suffisait de faire évoluer les institutions de manière qu'elles puissent répondre à ses exigences (union des deux Canadas sous un Parlement à majorité anglophone 1840; rationalisation de l'appareil administratif central 1840; indépendance judiciaire 1843; gouvernement responsable 1848<sup>18</sup>). Sur le plan du droit privé

---

CHARME, précité, note 14; Marc CHEVRIER, Louis-Georges HARVEY *et alii* (dir.), *De la République en Amérique française. Anthologie pédagogique des discours républicains au Québec 1703-1967*, Québec, Septentrion, 2013.

17 Fernand OUELLET, *Le Bas-Canada, 1791-1840. Changements structureaux et crise*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1976, Intro. et c. 5; Gilles PAQUET et Jean-Pierre WALLOT, précité, note 5.

18 Toutes ces évolutions surviennent par l'effet ou dans le cadre d'une nouvelle constitution octroyée en 1840 par le Parlement britannique : *l'Acte d'Union*, 3-4

bas-Canadien, il exigeait en revanche des transformations plus profondes, simplifiant les sources du droit, élargissant la sphère de l'autonomie contractuelle et assouplissant le régime foncier (abolition du système seigneurial 1854<sup>19</sup>, codification du droit privé 1866<sup>20</sup>).

[9] Cet « ordre libéral » fondé sur les « libertés britanniques » s'est vu implicitement consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867<sup>21</sup>. Ce texte avait pour objet le plus manifeste la redéfinition de l'espace dans lequel cet ordre était appelé à se déployer. L'introduction du fédéralisme permettait, d'une part, d'amortir les effets de la minorisation accrue de l'élément francophone et, d'autre part, d'intégrer, à plus ou moins brève échéance, l'ensemble des colonies britanniques du continent. La référence expresse aux « principes de la constitution du Royaume-Uni » dispensait sans doute, aux yeux de la plupart des contemporains, d'avoir à énoncer des droits fondamentaux dans la constitution du nouvel État colonial. Les textes célèbres mais très peu nombreux ayant affirmé les libertés historiques du peuple anglais prenaient ainsi valeur de principes constitutionnels au

---

Vict., c. 35, auj. LRC (1985), App. II, n° 4 [en ligne : [www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst1840](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst1840)]

19 *Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada*, 18 Vict., c. 3 (Canada); sur cette abolition et ses motifs, voir : Benoît GRENIER, précité, note 3, c. 6 et Rémi GUERTIN, *L'implantation des premiers chemins de fer du Bas-Canada*, Québec, Éd. GID, 2014.

20 *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, 29 Vict., c. 41 (Canada); voir : Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », p. 43-62 dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 et Richard LARUE, « Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada : Notes sur le problème de l'égalité », p. 147-161 dans Pierre BOULLE et Richard LEBRUN (dir.), *Le Canada et la Révolution française*, Montréal, Centre interuniversitaire d'études européennes, 1989.

21 Cette constitution, adoptée par le Parlement britannique en 1867 (30-31 Vict., c. 3) est toujours en vigueur sous le nom de *Loi constitutionnelle de 1867*, LRC (1985), App. II, n° 5 [en ligne : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

Canada et dans chacune de ses provinces<sup>22</sup>. Par dérogation à cette filiation britannique revendiquée, apparaissaient cependant des droits constitutionnels collectifs, reconnus au bénéfice des minorités locales catholiques et protestantes en matière d'enseignement, ainsi que des droits linguistiques invocables dans certaines institutions parlementaires et judiciaires<sup>23</sup>.

[10] Tout au long du parcours qui, de la réception du droit public anglais en 1763 jusqu'à l'institution d'un État colonial fédératif en 1867, accompagne l'évincement progressif du modèle féodal et mercantiliste au profit d'un modèle capitaliste centré sur l'industrie, la question des droits fondamentaux ne surgit que par intermittences, dans des moments de crise politique. Certes, il faut mettre à part le moment d'enthousiasme constitutionnel suscité, en 1784-1792, par l'émulation des révolutions atlantiques; le thème des droits politiques du citoyen se répand alors dans un espace politique momentanément pacifié. Cette courte période acquiert par ailleurs une portée fondatrice, puisqu'elle accrédiitera définitivement l'idée que les « nouveaux sujets » que sont encore les Français du Canada ont hérité eux aussi des droits et libertés séculaires du peuple anglais, garanties par les principes immanents du droit public de la Grande-Bretagne. Venant s'inscrire dans la continuité historique de ce droit public, les Canadiens de l'époque sont appelés, comme l'avaient été les Anglais du XIII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle, à défendre ou à faire progresser leurs droits et libertés par à-coups, à l'occasion de crises qui menacent ces droits et libertés. Les motifs récurrents de la

22 Ces textes se résument pour l'essentiel à la Grande Charte de 1215, à la *Petition of Right* de 1628, au *Bill of Rights* de 1689 et à l'*Act of Settlement* de 1701.

23 L'*Acte de l'Amérique du nord britannique* de 1867, précité, note 21, art. 93 et 133. Sur la notion d'« ordre libéral » comme concept organisateur et hégémonique de l'État au Canada, voir : Ian McKAY, « The liberal-order framework : A prospectus for a reconnaissance of Canadian history », (2000) 81 *Canadian Historical Review* 617-645.

« crise » et de l' « intermittence » sont ainsi associés dès le départ au thème des droits fondamentaux. Le cours des événements montrera qu'en général, ces moments de crise et de surgissement intermittent de la question des droits fondamentaux ont été définis comme des moments d' « insurrection réelle ou appréhendée »<sup>24</sup>.

[11] Ainsi, dès les années 1775-1783, l'invasion par les révolutionnaires américains et la poursuite de la guerre contre eux servirent de justification à la mise en vigueur de la loi martiale pendant un peu plus d'un an, après quoi, l'*habeas corpus* étant considéré comme inapplicable dans la colonie, des personnes soupçonnées de sympathies pour les *Insurgents* furent emprisonnées sans procès pendant plus de trois ans<sup>25</sup>.

---

24 Bien que cette expression n'ait été employée dans la législation canadienne qu'entre 1914 (*Loi des mesures de guerre*, SC 1914, 2<sup>e</sup> sess., c. 2, art. 4) et 1988 (*Loi sur les mesures d'urgence*, LC 1988, c. 29), elle décrit assez bien les circonstances de crise ayant, bien avant 1914, entraîné d'importantes atteintes à des droits fondamentaux; voir : F. Murray GREENWOOD, « L'insurrection appréhendée et l'administration de la justice au Canada : le point de vue d'un historien », (1980) 34 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 57-93; F. Murray GREENWOOD, « The Drafting and Passage of the War Measures Act in 1914 and 1927 : Object Lessons in the Need for Vigilance », p. 291-327 dans Wesley PUE et Barry WRIGHT (dir.), *Canadian Perspectives on Law and Society. Issues in Legal History*, Ottawa, Carleton University Press, 1988.

25 Jean-Marie FECTEAU et Douglas HAY. « Government by Will and Pleasure Instead of Law » : Military Justice and the Legal System in Quebec, 1775-1783 », p. 129-171 dans F. Murray GREENWOOD et Barry WRIGHT (dir.), *Canadian State Trials*, vol. 1, Toronto, University of Toronto Press, 1996. L'inapplicabilité de l'*habeas corpus* dans la Province de Québec aurait été un effet du célèbre art. 8 de l'*Acte de Québec*, précité, note 9, restaurant l'application du droit français en matière de « propriété et droits civils » (*property and civil rights*); plus tard comprise comme référant exclusivement au droit privé, l'expression « droits civils » pouvait également viser, à l'époque, les libertés civiles et donc la garantie de l'*habeas corpus*. Une justification plus convaincante aurait été une loi britannique de 1777 permettant l'emprisonnement sans procès, sur la base de soupçons de haute trahison, dans les colonies d'Amérique; les exigences de forme prévues par cette loi n'ont cependant pas été respectées lors des emprisonnements de 1779 au Québec : F. Murray GREENWOOD (1980), précité, note 24, p. 24-27.

[12] De même, pendant presque toute la durée des guerres opposant la Grande-Bretagne à la France (1793-1815) et aux États-Unis (1812-1814), les gouverneurs du Bas-Canada obtinrent de l'Assemblée le vote de lois suspendant l'*habeas corpus* (réintroduit dans la province par une loi de 1784), limitant le droit des accusés en attente d'un procès d'obtenir leur libération sous caution et autorisant l'internement administratif de toute personne accusée ou même soupçonnée de « pratiques séditeuses » ou de trahison. Calqués sur des lois britanniques contemporaines, ces textes, réadoptés annuellement, se distinguaient cependant de leurs modèles par l'imprécision plus grande des motifs d'accusation et la plus grande facilité de les appliquer à des parlementaires<sup>26</sup>.

[13] Le thème des droits fondamentaux des sujets britanniques ressurgit ensuite avec force dans la décennie 1830, aussi bien cette fois dans le Haut-Canada que le Bas-Canada. Il constitue alors l'arrière-plan de revendications visant à réformer les institutions politiques des deux colonies de manière à renforcer le pouvoir de l'Assemblée élue face au gouverneur et aux deux organes qui lui sont étroitement liés, le Conseil législatif et le Conseil exécutif. L'insuccès de ces revendications, en raison de l'intransigeance des positions respectives, de la puissance des oligarchies et des louvoiements de la politique coloniale du gouvernement britannique, débouche en 1837-1838 sur la radicalisation d'une partie des contestataires, sur

---

26 C'est à la faveur de ces lois d'exception et dans le climat d'intense francophobie qui les entourait que fut exécuté en 1797 un Américain pour espionnage au profit de la France et que furent détenus sans jugement, en 1810, Pierre Bédard et plusieurs autres parlementaires du « Parti canadien » en conflit ouvert avec le gouverneur à propos notamment du contrôle des finances publiques; voir F. Murray GREENWOOD, *Legacies of Fear. Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, c. 7 et 11. Jean-Marie FECTEAU, F. Murray GREENWOOD et Jean-Pierre WALLOT, « Sir James Craig's « Reign of Terror » and Its Impact on Emergency Powers in Lower Canada, 1810-1813 », p. 323-378 dans F. Murray GREENWOOD et Barry WRIGHT (dir.), précité, note 25.

des soulèvements armés et, dans le Bas-Canada, sur la suspension de la constitution de 1791 et des libertés publiques. En se tournant vers les idéaux de démocratie, de république et d'indépendance nationale, le mouvement de contestation laisse entre les mains de ses adversaires l'étendard des « libertés britanniques » : c'est au nom de la préservation de ces libertés que sera justifiée leur suspension momentanée en 1838-1839.

[14] Ainsi, après une brève apparition dans le discours des Patriotes de 1837-1838<sup>27</sup>, le thème des droits de l'homme et de la garantie républicaine de ces droits par une constitution fondée sur la souveraineté du peuple est durablement évincé par l'instauration de l'ordre politique et économique libéral. Cette instauration s'amorce, très significativement, en tant que résorption d'une crise : elle s'engage à la faveur de la suspension temporaire des institutions parlementaires normales du régime constitutionnel britannique. Ses premières étapes sont en effet franchies sous le régime du Conseil spécial, qui gouverne le Bas-Canada pendant la période d'exception de 1838-1841<sup>28</sup>. Le rétablissement d'institutions représentatives, la minorisation définitive de l'élément francophone, la formation progressive d'un espace économique intégré, la transposition

---

27 La Déclaration d'indépendance du Bas-Canada, de février 1838, tout en insistant sur les droits du peuple et sur le « gouvernement libre » du pays sous un régime républicain, proclame l'égalité des droits entre tous les « citoyens », y compris « les Indiens », la liberté de conscience et de religion, l'abolition de la peine capitale sauf en cas de meurtre, la liberté et l'immunité de la presse, le droit au procès par jury en matière criminelle, le droit du peuple à « l'éducation générale et publique », le secret du vote et le suffrage universel masculin : Marc CHEVRIER, Louis-Georges HARVEY *et alii* (dir.), précité, note 16, p. 62-65. Sur les ambiguïtés du discours républicain, voir Michel DUCHARME, précité, note 14, p. 122-129.

28 Antonio PERREAULT, *Le Conseil spécial 1838-1841*, Montréal, Eugène Doucet, 1943; Jacques MONET, *La première révolution tranquille : le nationalisme canadien-français, 1837-1850*, Montréal, Fides, 1981; Brian YOUNG, « Positive Law, Positive State : Class Realignment and the Transformation of Lower Canada 1815-1866 », p. 50-63 dans Allan GREER et Ian RADFORTH (dir.), *Colonial Leviathan : State Formation in Mid-Nineteenth Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1992.

complète des conventions constitutionnelles britanniques, l'accession à l'autonomie interne au sein de l'Empire parachèvent la mise en place de l'ordre libéral entre 1841 et 1873. C'est pendant cette période de « normalisation » politique que le Canada prend le caractère d'une démocratie libérale dans laquelle, en raison de la référence aux « libertés britanniques », la question des droits fondamentaux est considérée comme toujours - déjà réglée, comme un acquis implicite.

### B. Développement et critique de l'économie

[15] À peine nuancé par la reconnaissance de quelques droits collectifs de nature circonstancielle, cet « ordre libéral » va confirmer, pendant les 70 premières années de la constitution de 1867, son caractère essentiellement individualiste. Chacun, en théorie, était titulaire de ces « libertés britanniques » en suspension dans l'ordre juridique et pouvait les revendiquer pour son propre compte. Telle était la conception des droits qui a présidé, entre 1867 et 1900, au progrès rapide de l'industrialisation du pays et, dans les décennies suivantes, à l'épanouissement du capitalisme industriel<sup>29</sup>. À cette conception faisait écho une hostilité de principe à l'intervention de l'État dans l'économie<sup>30</sup>. Ce libéralisme économique affiché s'accommodait néanmoins depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle d'un soutien multiforme de l'État au développement des chemins de fer,

29 Jean HAMELIN et Yves ROBY, *Histoire économique du Québec 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971, p. 261-291 ; Paul-André LINTEAU, René DUROCHER et Jean-Claude ROBERT, *Histoire du Québec contemporain*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Boréal, 1989, t. I, c. 18 à 24 ; W.M. EASTERBROOK et Hugh AITKEN, *Canadian Economic History*, Toronto, Toronto University Press, 1988, c. XXI ; Kenneth NORRIE, Douglas OWRAM et Herbert EMERY, *A History of the Canadian Economy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Nelson, 2008, p. 212-231.

30 David SCHNEIDERMAN, « A.V. Dicey, Lord Watson, and the Law of the Canadian Constitution in the Late Nineteenth Century », (1998) 16 *Law and History Review* 495-526.

à la faveur d'un « nationalisme technologique »<sup>31</sup>. L'antiétatisme se révélait particulièrement intense au Québec, sous l'influence conjuguée des milieux financiers montréalais, alors les plus puissants du pays, et de la hiérarchie catholique, soucieuse de préserver son emprise sur les systèmes d'éducation, de santé et d'assistance desservant la population francophone<sup>32</sup>. Cette alliance improbable entre financiers protestants et évêques catholiques antilibéraux, de même qu'un sentiment de « britannicité » militante très répandu chez les Anglo-Canadiens, ont neutralisé pendant très longtemps toute velléité de revendiquer la reconnaissance explicite de droits fondamentaux plus étendus, que l'État aurait la charge de mettre en œuvre<sup>33</sup>.

[16] Ce long « sommeil dogmatique » libéral a été cependant troublé, de manière de plus en plus insistante à partir de 1885 environ, par la contestation ouvrière du capitalisme industriel. Comme les autres pays touchés par l'industrialisation à cette époque, le Canada a redécouvert le « collectif » : développement rapide du syndicalisme, une certaine diffusion des idées socialistes, premières manifestations d'un droit social et enfin émergence de la notion de droits économiques et sociaux<sup>34</sup>. Ces facteurs ont acquis

---

31 Carman BAGGLEY, *The Emergence of the Regulatory State in Canada 1867-1939*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1981; Kenneth CRUIKSHANK, *Close Ties: Railways, Governments, and the Board of Railway Commissioners, 1851-1973*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1991; Maurice CHARLAND, "Technological Nationalism", (1986) 10:2 *Canadian Journal of Political and Social Theory* 196-220.

32 Fernande ROY, *Progrès, harmonie, liberté. Le libéralisme des milieux d'affaires francophones à Montréal au tournant du siècle*, Montréal, Boréal, 1988, p. 53-64, 167-178 et 260-266.

33 Elsbeth HEAMAN, « Rights Talk and the Liberal Order Framework », p. 147-175 dans Jean-François CONSTANT et Michel DUCHARME (dir.), *Liberalism and Hegemony. Debating the Canadian Liberal Revolution*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

34 Jean-Marie FECTEAU, « Ruses de la raison libérale? Éléments pour une problématique des rapports État/individu au XIXe siècle », p. 69-92 dans Yves ROBY

une dimension nouvelle lorsqu'en 1919 le Canada a pris part au Traité de Versailles : il était dès lors appelé à confronter l'état de son droit interne aux normes élaborées par l'OIT en matière de droits des travailleurs<sup>35</sup>. Au moment même où s'élargissait ainsi la problématique des droits fondamentaux, les libertés civiles classiques se sont révélées moins assurées qu'on se plaisait à le penser : la hantise de la subversion communiste et la persistance du racisme ont provoqué, jusque dans les années 1960, de graves violations, plus ou moins prolongées, de ces droits et libertés traditionnels.

[17] Les tensions sociales découlant de l'inadaptation croissante des libertés classiques aux réalités de la société industrielle se sont manifestées avec une particulière intensité au Québec, entre 1936 et 1960. Pendant la plus grande partie de cette période, un gouvernement peu scrupuleux dans le choix de ses méthodes y a promu le conservatisme social et le libéralisme économique, tout en combattant le prosélytisme religieux hostile à l'Église catholique et en amalgamant toute opposition au « communisme »<sup>36</sup>. Ses excès ont alimenté dans l'ensemble du Canada une volonté de repenser la question des droits fondamentaux<sup>37</sup>. Cette volonté s'est

---

et Nive VOISINE (dir.), *Érudition, humanisme et savoir*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996.

35 Dans la plupart des secteurs de l'économie, les conditions du travail salarié relèvent de la compétence législative des provinces, ce qui freine la capacité du gouvernement fédéral de souscrire des engagements internationaux dans ce domaine.

36 Sur cette période de l'histoire québécoise, voir : Gérard BOISMENU, *Le duplessisme. Politique économique et rapports de forces 1944-1960*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981; Léon DION, *Québec 1945-2000*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, t. II; Gilles BOURQUE, Jules DUCHASTEL et Jacques BEAUCHEMIN, *La société libérale duplessiste*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994; Alain-G. GAGNON et Michel SARRA-BOURNET (dir.), *Duplessis. Entre la Grande Noirceur et la société libérale*, Montréal, Québec Amérique, 1997.

37 Christopher MacLENNAN, *Toward the Charter : Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929-1960*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2003, p. 109-115; Ross LAMBERTSON, *Repression and Resistance: Ca-*

également nourrie, pendant la décennie 1940, des appréhensions suscitées par les mesures d'exception adoptées durant la Seconde Guerre mondiale, de l'indignation devant le traitement des Canadiens d'origine japonaise au cours de cette guerre et enfin de la crainte de débordements policiers et judiciaires dans le climat d'anticommunisme obsessionnel de l'immédiat après-guerre<sup>38</sup>.

[18] Ce mouvement d'opinion a contribué à l'adoption dès les années 1950, dans la plupart des provinces et au niveau fédéral, de lois interdisant les pratiques discriminatoires dans l'emploi et le logement<sup>39</sup>. Il débouche, en 1960, sur l'adoption par le Parlement fédéral de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>40</sup>. Ce texte n'a cependant qu'une portée limitée. Il ne s'agit que d'une loi ordinaire, qui ne prétend impliquer aucune modification de l'ordre constitutionnel. La *Déclaration* ne fait que reconnaître l'existence au Canada d'un certain nombre de libertés civiles classiques – y compris le droit de chacun à la jouissance de ses biens –, exiger que la législation fédérale soit interprétée en conformité avec l'existence de ces droits et prévoir qu'une éventuelle atteinte portée par une loi fédérale à l'un des droits reconnus doive l'être en termes exprès. Le texte n'a en revanche aucun effet à l'égard de la législation des provinces. Son adoption

---

*nadian Human Rights Activists, 1930-1960*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 16-67; Eric ADAMS, "Building a Law of Human Rights: Roncarelli v. Duplessis in Canadian Constitutional Culture", (2010) 55 *McGill Law Journal* 437-460.

38 Anonyme, "Civil Liberties in Great Britain and Canada During War", (1942) 55 *Harvard Law Review* 1006-1018 ;Douglas SCHMEISER, *Civil Liberties in Canada*, Oxford, Oxford University Press, 1964; Ramsay COOK, "Canadian Freedom in Wartime 1939-1945", p. 37-53 dans W.H. HEICK et Roger GRAHAM (dir.), *His Own Man: Essays in Honour of A.R.M. Lower*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1974; Christopher MacLENNAN, précité, note 37, p. 12-43 ; Ross LAMBERTSON, précité, note 37, c. 1 à 4.

39 Par exemple en Ontario (*Fair Employment Practices Act*, SO 1951, c. 24) ou en Nouvelle-Écosse (*Fair Accommodation Practices Act*, SNS 1959, c. 4).

40 SC 1960, c. 44, auj. LRC (1985), App. III. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

laissait par conséquent ouvert le débat sur la constitutionnalisation des droits fondamentaux et sur l'extension de ceux-ci à des droits économiques, sociaux et culturels<sup>41</sup>.

[19] Les données de ce double débat ont été complètement transformées par l'évolution socioéconomique, politique et culturelle du Québec et du Canada au cours des décennies 1960 et 1970. La croissance économique soutenue a alors stimulé et permis l'adoption de politiques redistributives et la mise en place, au niveau fédéral et dans les provinces, d'un État-providence<sup>42</sup>. Ce mouvement s'est manifesté de manière particulièrement rapide et spectaculaire au Québec. Cette période de « Révolution tranquille », c'est-à-dire de transformation accélérée de la société québécoise, relevait d'abord d'une volonté de « rattrapage » politique, économique et social par rapport au reste du Canada et du continent<sup>43</sup>. Sur le plan idéologique et culturel, par ailleurs, la « Révolution tranquille » était marquée par l'influence du personnalisme chrétien, courant de pensée catholique centré sur la dignité éminente de la personne humaine<sup>44</sup>.

41 Sur la *Déclaration canadienne des droits*, son contexte d'adoption et sa portée, voir : Walter TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, Carswell, 1966; Bernard GRENIER, *La Déclaration canadienne des droits, une loi bien ordinaire?*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1979; Christopher MacLENNAN, précité, note 37, p. 115-161; Ross LAMBERTSON, précité, note 37, p. 318-371; George EGERTON, « Writing the Canadian Bill of Rights : Religion, Politics, and the Challenge of Pluralism 1957-1960 », (2004) 19 :2 *Canadian Journal of Law and Society* 1-22.

42 Robert BUREAU, Katherine LIPPEL et Lucie LAMARCHE, « Développement et tendances du droit social au Canada, de la Seconde Guerre mondiale à nos jours (1940-1984) », dans *Études pour la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement*, vol. 39, p. 79-147; Keith BANTING, *The Welfare State and Canadian Federalism*, 2e éd., Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1987, c. 4 à 7; Dennis GUEST, *Histoire de la sécurité sociale au Canada*, Montréal, Boréal, 1993, c. 7 à 10.

43 Sur le retard du Québec, en 1960, en matière sociale, voir : Yves VAILLANCOURT, *L'évolution des politiques sociales au Québec, 1940-1960*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1988.

44 E.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la « Grande Noirceur » : L'horizon « personnaliste » de la Révolution tranquille*, Sillery, Septentrion, 2002; Mi-

[20] Le développement de l'État-providence a reposé avant tout, au Canada comme ailleurs, sur une combinaison de facteurs internes, d'ordre économique, politique et social. Mais il est entré dans un rapport dynamique avec le développement des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux. Les dirigeants fédéraux canadiens ont ainsi été amenés à abandonner leur opposition traditionnelle à la reconnaissance, par ces instruments, de droits économiques, sociaux et culturels.<sup>45</sup>

Les conditions étaient donc réunies, vers 1970, pour que le thème des droits fondamentaux change de statut dans le débat politique, juridique et social au Canada. Alors que la question de la réalisation effective et de l'étendue des droits fondamentaux n'était jusque-là audible que de manière ponctuelle, en fonction de dénonciations épisodiques de la violation ou de l'insuffisance de ces droits, elle est devenue un enjeu central de ce débat. Alors que jusque-là la question des droits fondamentaux avait pu être considérée comme réglée par un renvoi au cadre juridique et politique préconstitué permettant la construction d'un espace et d'un système économiques, elle se présentait désormais, dans une ambiance d'« achèvement » de cet espace et de ce système, comme l'objet incontournable d'un débat sur les finalités et les modalités de leur fonctionnement. Jusque-là préoccupation intermittente à la marge du développement économique, le thème des droits fondamentaux est devenu un projet social aspirant à orienter le développement économique.

---

chael GAUVREAU, *The Catholic Origins of Quebec's Quiet Revolution, 1931-1970*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2005.

45 William SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, c. 1.

## II - CONSTRUCTION DES DROITS FONDAMENTAUX ET INTERFÉRENCE DE L'ÉCONOMIE

[21] Dans cette seconde phase historique, qui correspond à peu près au dernier demi-siècle, la question des droits fondamentaux s'est imposée comme pivot de l'ordre juridique au Canada et au Québec. Particulièrement depuis la révision constitutionnelle de 1982, les données de cette question ont servi d'instrument et d'argument dans tous les grands débats sur le régime constitutionnel, le système politique, les caractéristiques de la société et sa « constitution économique »<sup>46</sup>. Il s'agit donc maintenant de rappeler d'abord comment la question des droits fondamentaux a accédé à cette position centrale dans l'ordre normatif canadien et québécois, très différente de l'influence intermittente qu'elle a exercée sur l'ordre normatif pendant la phase historique antérieure (A). Dans un deuxième temps, il conviendra d'évoquer une évolution qui se dessine de plus en plus clairement : les reconstructions successives que connaît l'économie du Canada et du Québec tendent à freiner le développement des droits fondamentaux, à en circonscrire la portée, autrement dit à réduire leur capacité de transformer l'« ordre libéral » de 1867. Le potentiel évolutif des droits fondamentaux paraît ainsi entravé par les interférences induites par l'économie (B).

---

46 Le Canada et le Québec n'ont pas à proprement parler, à la différence du Brésil, par exemple, de « constitution économique » au sens de dispositions constitutionnelles fixant les principes en fonction desquels l'État régule le système économique. Les seuls textes de cette nature seraient, d'une part, l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 21, instituant une union douanière entre les colonies fédérées et, d'autre part, l'art. 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, LRC (1985), App. II, n° 44 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)], exprimant l'engagement des parlements et des gouvernements du Canada et des provinces à « favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances » de tous les Canadiens « dans la recherche de leur bien-être ». Par conséquent, l'expression « constitution économique » renvoie plutôt ici à la distribution concrète du pouvoir économique au sein de la société, sous la forme de l'« ordre libéral » que consacre implicitement la Constitution de 1867.

### A. *Centralité des droits fondamentaux*

[22] L'émergence dans le droit légiféré de textes énonçant un ensemble de droits subjectifs individuels à titre de droits « fondamentaux » a été un processus graduel, mais tout de même assez rapide, puisqu'il s'est accompli sur une durée de 35 ans, de 1947 à 1982. Cet intervalle a permis de passer d'une conception de ces droits encore étroitement liée à leur ancrage historique dans les « libertés britanniques » à une conception plus universelle et intemporelle, marquée par le développement d'une philosophie politique commune aux démocraties libérales et par l'évolution du droit international vers la reconnaissance de droits individuels et collectifs à valeur universelle. Sans du tout rompre avec le patrimoine historique représenté par les « libertés natives du peuple anglais », la culture juridique et politique du Canada et, dans une moindre mesure, celle du Québec, en sont venues à adhérer à une forme de « patriotisme constitutionnel » centré sur des textes énonçant certains droits et libertés fondamentaux.

À la faveur de cette trajectoire entamée au cours de l'histoire récente, la notion même de ce qui justifie de considérer un droit subjectif comme « fondamental » a évolué. Au départ, le caractère fondamental était lié avant tout à l'origine ancienne, voire immémoriale, de droits qui, pour demeurer largement implicites et coutumiers, n'en constituaient pas moins le socle du régime juridique et politique de la société-mère, celle de l'Angleterre médiévale et moderne. À l'arrivée, ce référent historique se trouve englobé dans une « fundamentalité » plus large : le « fondement » sur lequel reposent ces prétentions de droit est davantage situé dans les exigences inaltérables de la dignité inhérente à tout être humain et la reconnaissance de ces prétentions est considérée, à son tour, comme

le fondement d'un ordre social juste et pacifié, à l'échelle du monde comme à celle de l'État.

Les étapes de cette trajectoire sont aisément repérables. La première est constituée par le *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947, la seconde par la *Déclaration canadienne des droits* de 1960 (*Canadian Bill of Rights* dans sa version anglaise), évoquée plus haut, la troisième par la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée au Québec en 1975 et la plus récente par la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982.

[23] Le *Bill of Rights Act* adopté par l'Assemblée législative de la province de Saskatchewan en 1947 portait une forte charge politique et symbolique.<sup>47</sup> Proposé à l'Assemblée par le premier gouvernement social-démocrate porté au pouvoir en Amérique du Nord, il accompagnait la mise en œuvre d'ambitieuses mesures sociales<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> *Saskatchewan Bill of Rights Act*, SS 1947 c. 35 [en ligne : [www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/historical/1953-CH-345](http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/historical/1953-CH-345)] ; aujourd'hui intégré au *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979 c. S-24.1 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Le texte adopté l'année précédente par le Parlement de l'Alberta (*Alberta Bill of Rights Act*, SA 1946 c. 11) était marqué bien plus encore par l'idéologie du gouvernement qui l'avait proposé; parmi les « droits de citoyenneté » reconnus par cette loi figurait, outre certaines libertés classiques, le droit de recevoir une « prestation de sécurité sociale » en cas de non-disponibilité d'un emploi rémunérateur ou d'incapacité physique d'en exercer un. Le financement de cette prestation publique était assuré par un prélèvement sur le crédit des institutions financières, conformément aux préceptes économiques de la théorie du « crédit social », à laquelle adhérait le gouvernement de la province. Ce prélèvement ayant été jugé empiéter sur la compétence législative fédérale exclusive en matière de commerce bancaire, les dispositions qui conféraient aux citoyens des droits reliés de manière plus ou moins directe au prélèvement furent elles aussi invalidées : *Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada*, [1947] UKPC 59 [en ligne à : [www.bailii.org](http://www.bailii.org)].

<sup>48</sup> Notamment un régime public d'assurance-hospitalisation et un régime obligatoire d'indemnisation, sans égard à la faute, du préjudice corporel découlant d'un accident d'automobile. Dans les deux cas, la Saskatchewan faisait œuvre de pionnière. La prise en charge publique des soins hospitaliers a été instaurée dans toutes les provinces, avec un soutien financier fédéral, entre 1957 et 1970. Trois provinces, dont le Québec, ont instauré un régime public d'assurance automobile dans les années 1970, alors qu'elles étaient gouvernées par des partis sociaux-démocrates.

Par ailleurs, il exprimait la réaction de la gauche canadienne devant les atteintes aux libertés publiques et la persistance de pratiques discriminatoires visant les minorités raciales, ethniques, religieuses et politiques, particulièrement depuis le milieu des années 1930<sup>49</sup>. Enfin, au sortir de la Seconde Guerre mondiale et au début de la « Guerre froide », il cherchait à traduire en droit interne une partie des valeurs humanistes sur lesquelles allait bientôt reposer la *Déclaration universelle des droits de l'homme* : liberté de conscience, d'opinion et de croyance, liberté d'expression et d'association, protection contre l'emprisonnement arbitraire, suffrage universel exercé à intervalles réguliers, protection contre la discrimination (dans l'accès à l'emploi, à l'éducation, aux lieux publics, à la propriété et la jouissance des biens, dans l'exercice de toute activité licite et dans l'appartenance à un groupement)<sup>50</sup>.

Bien qu'il soit toujours en vigueur, ce texte n'a pas vraiment fait école, pour diverses raisons<sup>51</sup>. Plutôt que d'activer les sanctions pénales et les mesures de contrainte judiciaire prévues par le *Bill of Rights Act*, le gouvernement de Saskatchewan a privilégié, non sans efficacité d'ailleurs, les mesures d'avertissement, d'incitation ou de négociation. Dans cette province comme ailleurs au Canada, il a paru nécessaire de combattre plus précisément la discrimination dans l'emploi et le logement par des lois spécifiques, évoquées plus haut<sup>52</sup>. Par ailleurs, la formulation plutôt technique du *Bill of Rights Act*, outre qu'elle soulignait son caractère de loi ordinaire, ne contribuait

---

49 Carmela PATRIAS, « Socialist, Jews and the Saskatchewan Bill of Rights », (2006) 87 : 2 *Canadian Historical Review* 265-292.

50 *Saskatchewan Bill of Rights Act*, précité, note 47, art. 3 à 13. Les motifs de discrimination prohibés étaient la race, la croyance religieuse, la religion, la couleur de peau, l'origine ethnique ou nationale.

51 Voir : Douglas SCHMEISER, précité, note 38, p. 73-74, 277-279; Carmela PATRIAS, précitée, note 49, p. 283-284, 287, 290.

52 *Fair Accommodation Practices Act*, SS 1956 c. 38; *Fair Employment Practices Act*. SS 1956 c. 39.

guère à lui conférer une valeur éducative ou promotionnelle. Enfin, la place de ce *Bill of Rights Act* dans l'ordre constitutionnel canadien était mise en doute : si certains se bornaient à juger l'existence d'une telle déclaration de droits peu compatible avec l'esprit des « libertés britanniques », essentiellement coutumières, et avec la souveraineté parlementaire, d'autres contestaient même la compétence du Parlement d'une province pour se saisir de la question des droits fondamentaux<sup>53</sup>.

[24] Ces arguments d'ordre constitutionnel paraissent déjà beaucoup moins convaincants lorsque, treize ans plus tard, le Parlement fédéral adopta la *Déclaration canadienne des droits*<sup>54</sup>. Ils ont contribué néanmoins à ce que ce texte législatif ne reçoive qu'une portée limitée, comme on l'a noté plus haut. Loi ordinaire, visant uniquement le droit fédéral, la *Déclaration* est l'œuvre d'un gouvernement orienté au centre-droit; aussi son préambule, tout en évoquant « la dignité et la valeur de la personne humaine », « une société d'hommes libres et d'institutions libres », ou le « règne du droit », fait-il usage d'un vocabulaire qui serait aujourd'hui relativement moins consensuel : « nation canadienne », « suprématie de Dieu », « rôle de la famille », « respect des valeurs morales et spirituelles ».

53 Alors que la thèse de la compétence exclusive des parlements provinciaux en matière de droits fondamentaux reposait sur l'idée que ces droits faisaient partie des « droits civils » visés à l'art. 8 de l'*Acte de Québec* de 1774, précité, note 9 et à l'art. 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 21 – idée qui ne fut définitivement écartée que par l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, 1985 CanLII 30 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)] la thèse de l'incompétence des provinces en cette matière pouvait s'autoriser de l'avis *Re Alberta Statutes*, 1938 CanLII 1 (SCC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Une position plus nuancée, selon laquelle les droits fondamentaux sont une dimension inhérente à l'ensemble des matières réparties entre le Parlement fédéral et ceux des provinces, prévaut aujourd'hui : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 950.

54 Précitée, note 40.

Des principes que formule le préambule de la *Déclaration* découlent, sans préjudice de l'exercice éventuel « d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale non énumérés » existant au Canada en 1960, une série de droits et libertés : droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne, à la jouissance de ses biens, à l'égalité devant la loi, à la protection de celle-ci et à son application régulière; liberté de religion, de parole, de réunion et d'association et liberté de la presse<sup>55</sup>. Sont particulièrement exclus, dans l'interprétation et l'application des textes législatifs et réglementaires fédéraux, l'emprisonnement arbitraire, les traitements usuels et inusités, la privation des droits d'une personne détenue (notamment du recours en *habeas corpus*), la privation de toute « garantie d'ordre constitutionnel » invocable dans le cours d'une procédure judiciaire ou administrative, la privation du « droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations », l'atteinte à la présomption d'innocence, au droit à un cautionnement raisonnable ou au droit à un interprète dans le cours d'une procédure juridictionnelle<sup>56</sup>.

À la fois par son caractère déclaratoire, par la réserve de droits et libertés non déclarés, parmi lesquels figure un ensemble indéterminé de « garanties d'ordre constitutionnel », et par la référence à des « principes de justice fondamentale », la *Déclaration* rend manifeste que son contenu dérive des « libertés britanniques » traditionnelles et essentiellement coutumières formant le socle de l'« ordre libéral » consacré par la Constitution de 1867<sup>57</sup>.

---

55 *Id.*, art. 1 et 5 (1).

56 *Id.*, art. 2.

57 Cette immersion de la *Déclaration* dans une « ambiance » de droit constitutionnel coutumier a contribué à affaiblir durablement l'efficacité de l'exigence de son art. 2, selon lequel toute loi fédérale dérogeant à un droit reconnu doit le faire en termes exprès, puisqu'une telle exigence est difficile à concilier avec le principe coutumier de souveraineté du Parlement. Cette disposition de l'art. 2 ne s'est renforcée que lorsque la jurisprudence a reconnu à la *Déclaration* une valeur

Ni le *Saskatchewan Bill of Rights Act*, ni la *Déclaration canadienne des droits*, par conséquent, ne marquent une rupture, sur le fond, avec la conception des droits fondamentaux héritée du constitutionnalisme britannique. Ils ne s'écartent de cette conception que sur la forme, par l'énonciation positive et abstraite, quoiqu'encore sur le mode déclaratoire, d'un certain nombre de droits fondamentaux dits de « première génération ». De plus, ces textes de 1947 et 1960 ne font pas explicitement référence à la reconnaissance de droits fondamentaux à l'échelle internationale. Ce type de référence apparaît cependant dès 1962, dans une loi de l'Ontario qui regroupe les textes antérieurs destinés à combattre la discrimination dans cette province.<sup>58</sup>

[25] Le souci d'intégration dans le mouvement planétaire de consécration des droits de l'homme se précise, en revanche, à l'étape suivante de la consolidation des droits fondamentaux au Canada, marquée par la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée au Québec en 1975.<sup>59</sup> Il s'impose d'évoquer ici brièvement la genèse et le statut initial de ce texte, les aspects novateurs de son contenu et le contexte socioéconomique de son adoption.

[26] La genèse de la *Charte* québécoise présente quelques particularités notables. Dès 1963, Jacques-Yvan Morin, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Montréal, publie un projet de « *Charte des droits de l'homme* » dont il propose l'adoption au Québec<sup>60</sup>. Son action et celle de la Ligue des droits de l'homme, groupe de

---

« quasi constitutionnelle » : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, précité, note 53, p. 698 et 951.

58 *Ontario Human Rights Code*, SO 1961-1962 c. 93, auj. RSO 1990 c. H.19 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)], préambule.

59 LQ 1975, c. 6; aujourd'hui RLRQ c. C-12, [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

60 Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill Law Journal* 273-316.

pression particulièrement préoccupé par les garanties offertes au citoyen dans le cours du processus pénal, invitent le gouvernement de l'époque à confier à deux autres juristes universitaires, Paul-André Crépeau et Francis Scott, la préparation d'un projet de loi<sup>61</sup>. La Ligue publie de son côté sa propre proposition en 1973 et lance une consultation du public<sup>62</sup>. Le projet de loi gouvernemental déposé en 1974 est adopté l'année suivante sous le titre *Charte des droits et libertés de la personne*, au terme de débats parlementaires consacrés au statut de ce texte davantage qu'à son contenu, celui-ci faisant largement consensus. La désignation de cette loi comme « Charte » vise à souligner le caractère fondamental de son contenu, tout en évoquant des précédents historiques<sup>63</sup>.

Néanmoins, le statut de cette *Charte* est comparable à celui du *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947 et de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960 : il s'agit d'une loi ordinaire, susceptible à tout moment de modification selon la procédure législative ordinaire. Cependant, tout comme la *Déclaration canadienne* et une loi calquée sur celle-ci, adoptée en 1972 en Alberta<sup>64</sup>, la *Charte* québécoise est

61 Louise LAURIN, *Des luttes et des droits*, Montréal, Éd. du Méridien, 1985, p. 104 et s. ; Dominique CLÉMENT, *Canada's Rights Revolution. Social Movements and Social Change, 1937-1982*, Vancouver, UBC Press, 2008, c. 6; Paul-André CRÉPEAU et Frank SCOTT, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*, Québec, Ministère de la Justice, 1971, reproduit en partie dans Alain-Robert NADEAU (dir.), *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, n° thématique hors-série de la *Revue du Barreau*, Montréal, Barreau du Québec, 2006, p. 571-601. Sur l'ensemble de ces contributions à la naissance de la *Charte* québécoise, voir : André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 1-23, p. 3-14.

62 Ligue des droits de l'homme, *La Charte et la Commission québécoise des droits de l'homme*, Montréal, 1973.

63 La référence historique la plus manifeste est à la Grande Charte anglaise de 1215. Depuis la Restauration en France (1814), le mot français « Charte » comporte une connotation constitutionnelle. Il avait cependant été utilisé jusque-là en droit québécois pour désigner les actes exécutifs ou législatifs par lesquels sont octroyés des droits, pouvoirs et libertés particuliers à une collectivité quelconque : ville, université, compagnie commerciale.

64 *Alberta Bill of Rights*, SA 1972 c. 1, *auj. RSA c. A-14* [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)] art. 2; une loi adoptée aussitôt après en Alberta et prohibant certaines formes de discrimination comportait elle aussi un dispositif de prépondérance sur les

placée en situation de prépondérance par rapport aux autres lois : celles-ci ne peuvent porter atteinte à certains des droits protégés par la *Charte* qu'au moyen d'une disposition prévoyant expressément cet effet<sup>65</sup>. En l'absence d'une telle mention expresse, les effets de toute autre loi sont subordonnés au respect des droits ainsi renforcés ; quant aux autres droits qu'elle consacre, la *Charte* n'exerce sur les autres lois qu'une contrainte interprétative : un doute sur leur portée « est tranché dans le sens indiqué pour la *Charte* »<sup>66</sup>.

[27] La portée et le contenu de la *Charte* québécoise lui confèrent un caractère spécifique par rapport aux autres textes protecteurs des droits fondamentaux au Canada. D'une part, en effet, sa portée englobe d'emblée les acteurs juridiques privés aussi bien que publics<sup>67</sup>. Cette référence à des rapports juridiques de droit privé peut s'expliquer par la présence dans la *Charte* québécoise de dispositions prohibant la discrimination dans l'emploi, le logement ou l'offre de services, équivalentes à celles des lois d'autres provinces canadiennes en matière de discrimination. Mais c'est tout le contenu de la *Charte* québécoise qui est rendu pertinent à l'égard des rapports de droit privé; cette approche intégrant droit public et droit privé, sur laquelle il y aura lieu de revenir plus loin, manifeste une perception plus large de l'impact qu'ont les inégalités de pouvoir social sur les droits fondamentaux des individus. D'autre part, la *Charte* québécoise consacre explicitement un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels, manifestant en cela une sensibilité

---

autres lois albertaines : *Individual's Rights Protection Act*, SA 1972 c. 2, auj. *Alberta Human Rights Act*, RSA c. A-25.5 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)], art. 1.

65 *Charte* québécoise, précitée, note 59, art. 52; cette exigence de dérogation expresse concerne les droits civils, politiques et judiciaires. Cf. *Déclaration canadienne des droits*, précitée, note 40, art. 2.

66 *Charte* québécoise, précitée, note 59, art. 53.

67 *Id.*, art. 49 et 54.

plus vive au développement du droit international des droits de la personne<sup>68</sup>. Ainsi, après avoir reconnu, au titre des « libertés et droits fondamentaux », le droit de toute personne « à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens »<sup>69</sup>, la *Charte* québécoise énonce plusieurs droits dans des termes inspirés par des instruments internationaux : droit de l'enfant à la protection, droit à l'instruction publique gratuite, droit des parents d'exiger des établissements d'enseignement public ou enseignement religieux ou moral pour leurs enfants, droit des personnes appartenant à des minorités ethniques à une vie culturelle collective, droit de toute personne à l'information, droit de toute personne dans le besoin à des mesures d'assistance susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, droit de toute personne à des conditions de travail justes, raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique, égalité d'obligations et d'autorité entre les conjoints, droit de toute personne âgée ou handicapée à la protection, enfin droit de toute personne à la protection et à la sécurité au sein de la famille.

La présence de cet ensemble placé un peu abusivement sous la rubrique des « droits sociaux, économiques et culturels » est, encore aujourd'hui, ce qui singularise le plus visiblement la *Charte* québécoise par rapport aux autres textes qui ont pour objet la protection des droits fondamentaux au Canada. À travers cette caractéristique et d'autres aspects de la *Charte* – l'influence manifeste, sur le fond et la forme, du droit international et européen, le souci de classification systématique (quoique discutable) des droits, la référence à la « volonté collective » de garantir ces droits, la formulation accessible et didactique – s'exprime la culture juridique québécoise<sup>70</sup>.

---

68 *Id.*, art. 39 à 48; cet ensemble de droits ne bénéficie cependant pas de la valeur prépondérante accordée par l'art. 52 aux droits civils, politiques et judiciaires.

69 *Id.*, art. 6.

70 André MOREL, précité, note 61, p. 17-18; André MOREL, « L'originalité de la *Charte* québécoise en péril », p. 65-89 dans : *Développements récents en droit admi-*

[28] L'écart entre la *Déclaration* canadienne de 1960 et la *Charte* québécoise de 1975 est donc très sensible. Il reflète sans doute en partie la distance parcourue en quinze ans dans la voie de l'édification de l'État-providence au Canada. Bien qu'en 1960 ce processus d'édification soit déjà bien engagé, particulièrement au niveau fédéral, au cours des quinze années suivantes l'État-providence a atteint en quelque sorte son apogée, notamment grâce à la croissance rapide de l'interventionnisme économique et social dans l'ensemble des provinces.<sup>71</sup> Au Québec particulièrement, la reconnaissance de droits économiques et sociaux prend valeur de consécration des avancées réalisées au moyen de l'État-providence depuis 1960.

[29] La quatrième étape, décisive, de cette accession progressive des droits fondamentaux à une position centrale dans l'ordre normatif canadien et québécois correspond à la révision constitutionnelle de 1982. Celle-ci a en effet consisté notamment à introduire dans la Constitution une *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>72</sup>. Ce texte a profondément remanié l'équilibre institutionnel, le droit public et la culture politique du Canada, précisément à travers son impact sur la question des droits fondamentaux. Pour s'en faire une idée, il est nécessaire de connaître la genèse et le contexte immédiat de cette révision constitutionnelle, de même que

---

*nistratif* 1993, p. 65-68. Pour une analyse critique de la classification des droits, voir : Mélanie SAMSON et Christian BRUNELLE, « Nature et portée des droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte québécoise : ceinture législative et bretelles judiciaires », p. 19-48 dans Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

71 Sur ce processus de croissance du rôle de l'État, à travers notamment une concurrence entre L'État fédéral et les États provinciaux, voir : Keith BANTING, précité, note 42.

72 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46.

les dispositions de la *Charte* canadienne qui définissent le statut, la portée et le contenu essentiel de ce texte.

[30] Lorsque, en 1931, le Parlement britannique a conféré aux *Dominions* une pleine autonomie interne et un statut d'égalité avec le Royaume-Uni au sein du Commonwealth, il a dû faire une exception dans le cas du Canada<sup>73</sup>. En effet, faute d'accord entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces sur la procédure qui s'appliquerait désormais à la modification de la Constitution du Canada, il fut convenu que le Parlement britannique resterait dépositaire du pouvoir constituant en ce qui concernait l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867<sup>74</sup>. Les négociations, périodiquement relancées, en vue d'un accord à propos de la procédure de modification constitutionnelle, devinrent plus difficiles encore à partir de 1960<sup>75</sup>. À compter de la « Révolution tranquille », en effet, les gouvernements québécois successifs ont subordonné la solution du problème de la modification constitutionnelle à une révision du partage des compétences législatives dans le sens d'une plus grande décentralisation. De son côté, le gouvernement fédéral entendait plutôt qu'un accord sur le « rapatriement » du pouvoir constituant au Canada soit accompagné de l'inclusion dans la Constitution d'une *Charte* de droits fondamentaux liant aussi bien les provinces que l'État fédéral. Quant aux neuf provinces anglophones, elles ne souhaitaient, en général, ni une décentralisation très poussée, ni une *Charte* des droits constitutionnalisés<sup>76</sup>.

---

73 *Statute of Westminster, 1931*, 22 Geo. V c. 4 (U.K.), auj. LRC (1985), app. II, no 27, art 7 (1) [en ligne à : [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)]. Étaient visés par cette loi le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande et Terre-Neuve.

74 Précité, note 21. Voir : Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, précité, note 2, p. 409-439.

75 Entre-temps, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été modifié plusieurs fois par le Parlement du Royaume-Uni à la demande du gouvernement fédéral, formulée en général avec l'appui de toutes les provinces.

76 Ces provinces s'opposaient particulièrement à une décentralisation dont le Québec bénéficierait plus qu'elles-mêmes, comme l'envisageaient des propositions

La question des droits fondamentaux, de leur reconnaissance et du niveau de leur protection se trouvait ainsi englobée dans une problématique constitutionnelle et politique de grande ampleur et fortement conflictuelle<sup>77</sup>. Cette problématique est devenue encore plus complexe après 1976, date de l'élection, pour la première fois au Québec, d'un gouvernement favorable à l'indépendance de cette province. Elle s'est dénouée de manière dramatique dans les années 1980-1982, dans un sens presque entièrement conforme aux volontés du gouvernement fédéral et malgré l'opposition du Québec<sup>78</sup>. La *Charte* canadienne est le principal résultat de cette crise constitutionnelle<sup>79</sup>.

---

de « statut particulier » ou de « fédéralisme asymétrique ». Quant à la *Charte* constitutionnelle de droits fondamentaux, plusieurs de ces provinces invoquaient pour s'y opposer qu'un tel document était incompatible avec la tradition constitutionnelle britannique, fondée sur la souveraineté du Parlement. La plupart des provinces, y compris cette fois le Québec, ne voyaient pas d'objection à ce qu'une *Charte* des droits constitutionnalisés s'applique à l'État fédéral, mais redoutaient que si elle leur était applicable, l'interprétation de ce texte par les tribunaux supérieurs, dont les juges sont nommés par le gouvernement fédéral, n'entrave l'exercice de leurs compétences législatives.

77 La problématique a inévitablement débordé sur le terrain judiciaire, sous la forme de deux demandes d'avis à la Cour suprême : *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, 1981 CanLII 25 (CSC) et *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, 1982 CanLII 219 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

78 Sur ces événements, voir : Gil RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *Cahiers de droit* 15-97; José WOEHLING, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais*, Calgary, Centre for Constitutional Studies, 1993, p. 4-86. Aucun des gouvernements qui se sont succédé au Québec depuis 1982 n'a adhéré à la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, dont la légitimité politique demeure fragile en raison des circonstances dans lesquelles elle a été imposée au Québec. L'ouverture des archives du *Foreign Office* britannique en 2012 a de plus mis au jour le comportement hautement irrégulier de certains juges de la Cour suprême du Canada à l'époque du premier des deux renvois précités, note 77; voir Frédéric BASTIEN, *La bataille de Londres*, Montréal, Boréal, 2013 et Patrice GARANT, *La justice invisible ou méconnue*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, c. 6.

79 L'autre résultat capital acquis par la *Loi constitutionnelle de 1982* est la procédure de modification de la Constitution du Canada (Partie V de la Loi). L'échec des conférences constitutionnelles de 1984-1987, consacrés aux droits des peuples autochtones, celui des projets de révision constitutionnelle de 1992 (« Accord du lac Meech ») et 1994 (« Accord de Charlottetown »), de même que des tentatives récentes du gouvernement fédéral pour modifier le régime de la Cour suprême (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 20) et du Sénat

[31] L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a répondu à deux objectifs politiques principaux poursuivis par le gouvernement fédéral pendant cette crise. Le premier objectif, de plus longue haleine, était de cristalliser un sentiment identitaire homogène et un « patriotisme constitutionnel ». Le rapatriement du pouvoir constituant et la mise en évidence de certains droits fondamentaux de chaque Canadien servaient cet objectif<sup>80</sup>. Cet infléchissement de l'ordre constitutionnel en fonction d'une identité « nationale » canadienne paraît également susceptible de favoriser par ailleurs la tendance, fréquente dans la partie anglophone de la fédération, à une plus grande centralisation des pouvoirs au profit de l'État fédéral, perçu comme vecteur de cette identité et comme protecteur des droits individuels. La constitutionnalisation de certains droits n'était donc pas souhaitée uniquement pour ses vertus intrinsèques : dans le contexte du fédéralisme canadien, elle était en outre susceptible de servir l'État fédéral et, et par ricochet, les pouvoirs économiques dominants, généralement favorables à une plus grande centralisation du pouvoir politique. Le second objectif politique poursuivi par le gouvernement fédéral était plus ponctuel. Par la constitutionnalisation des droits linguistiques en matière d'enseignement, la *Charte* visait à faire obstacle, en partie, à la politique du gouvernement québécois de l'époque tendant à

---

(Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)] ont démontré l'extrême rigidité qu'imprime cette procédure à l'ordre constitutionnel canadien.

80 Pour un point de vue contemporain de la *Charte*, voir : Peter RUSSELL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *Canadian Bar Review* 30-55; pour une vision rétrospective de cette ambition de la *Charte*, voir : Sujit CHOUDHRY, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building in Multinational States : the *Canadian Charter* and Quebec Nationalism », p. 233-250 dans James KELLY et Christopher MANFREDI (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights of Rights and Freedoms*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2009.

assurer la prépondérance du français dans les institutions, le système éducatif et la vie économique et sociale du Québec<sup>81</sup>.

[32] À la différence de la plupart des autres textes adoptés au niveau fédéral on dans les provinces en matière de droits fondamentaux, la *Charte* constitutionnelle de 1982 est donc née dans la controverse. Peut-être ces circonstances expliquent-elles en partie le fait que son contenu soit centré sur les droits et libertés les plus classiques (libertés publiques, droits politiques et judiciaires, égalité devant la loi) et donc les plus susceptibles de faire consensus. Certes, cette *Charte* comporte par ailleurs en préambule une référence à la « suprématie de Dieu » et des dispositions relatives à la liberté de circulation et d'établissement, à l'emploi des langues officielles, à l'accès à l'enseignement dans les langues minoritaires, et à la « valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens »<sup>82</sup>. Certes aussi, elle est accompagnée, au sein de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de dispositions garantissant les droits des peuples autochtones et l'existence d'une péréquation des ressources visant à assurer aux citoyens des diverses provinces l'accès aux services publics « à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables »<sup>83</sup>. Toutefois, la *Charte* demeure complètement silencieuse à la fois sur le droit de propriété et la jouissance des biens et sur les droits économiques, sociaux et culturels.

[33] Le climat sociopolitique, à l'époque de la gestation de la *Charte*, manifestait en effet le début de la rupture de consensus à propos des mérites de l'État-providence au Canada. L'opinion

---

81 *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, art. 23; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, 1984 CanLII 32 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)].

82 *Charte canadienne*, précitée, note 72, art. 6, 16 à 23 et 27.

83 *Id.*, art. 25 et *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, Parties II et III.

favorable à l'intervention de l'État dans l'économie et la vie sociale était encore dominante, mais les *Reaganomics* à l'américaine et le thatchérisme britannique incitaient à une remise en question. La deuxième moitié des années 1970 avait donné lieu à un premier recul dans l'ampleur de la protection sociale<sup>84</sup>. Si les gouvernements et l'opinion n'étaient pas disposés à consentir à une protection constitutionnelle explicite du droit de propriété, il ne pouvait non plus être question de suivre l'exemple de la *Charte* québécoise et de donner aux droits économiques et sociaux une assise supra-législative. La notion même de constitutionnalisation explicite de droits fondamentaux, même limitée aux droits individuels classiques, n'était pas spontanément recevable, rappelons-le, pour les partisans de droits essentiellement coutumiers garantis par la vigilance d'un Parlement représentatif et souverain.

Dans ces conditions idéologiques, l'inclusion dans la *Charte* de droits ayant une incidence directe sur la « constitution économique » du pays aurait voué à l'échec un processeur de négociation et d'adoption déjà extrêmement compliqué et incertain en raison de l'englobement du débat sur la *Charte* dans un contentieux plus large. La *Charte* ne pouvait donc voir le jour qu'avec le contenu qui est le sien : un contenu adapté à l'optique individualiste de l'« ordre libéral » de 1867<sup>85</sup>. Ce dernier est ainsi reconduit, en 1982, comme matrice constitutionnelle du pays.

---

84 Nicole BERNIER, *Le désengagement de l'État providence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2003; Georges CAMPEAU, *De l'assurance-chômage à l'assurance-emploi*, Montréal, Boréal, 2001, c. 6.

85 Nicole DUPLÉ, « L'enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les Chartes : qu'en est-il du positivisme juridique? », p. 121-137 dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, précité, note 53, p. 942-944; David ROBITAILLE, « L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société* 1-24. Tous ces auteurs mettent à cet égard la *Charte* canadienne et la *Charte* québécoise sur le même plan. Pour une analyse plus

[34] La *Charte* canadienne, comme d'ailleurs le reste de la *Loi constitutionnelle de 1982*, s'intègre en effet à la « Constitution du Canada »<sup>86</sup>. Cet ensemble normatif « comprend » notamment vingt-cinq autres textes et leurs modifications, auxquels s'ajoutent d'autres normes, par exemple certains « principes constitutionnels non écrits »<sup>87</sup>. À ce titre, la *Charte* est qualifiée de « loi suprême du Canada » et rend inopérante toute règle de droit incompatible<sup>88</sup>. Cette suprématie de la *Charte* canadienne s'impose au Parlement et au gouvernement du Canada et de chacune des provinces, dans leurs domaines respectifs de compétence<sup>89</sup>. En revanche, elle ne s'exerce pas directement sur les actes juridiques purement privés<sup>90</sup> ; cet aspect de la *Charte* canadienne, qui en souligne l'inspiration essentiellement libérale, la distingue de la *Charte* québécoise ou des lois adoptées dans les provinces de *common law* pour combattre la discrimination dans des domaines tels que l'emploi ou le logement.

---

nuancée des similitudes et différences d'inspiration entre les deux textes, voir : Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », p. 1-18 dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988.

86 *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, art. 52 (2) : énumération non limitative de ce que « comprend » cette Constitution.

87 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, 1997 CanLII 317 (CSC); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)].

88 *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, art. 52 (1).

89 *Id.*, art. 32. La portée du terme « gouvernement » a dû être précisée en regard des diverses formes de décentralisation administrative (par ex. *Mc Kinney c. Université de Guelph*, 1990 CanLII 60 (CSC)) et de délégation de service public (par. Ex. *Eldridge c. Procureur général de Colombie-Britannique*, 1997 CanLII 327 (CSC)) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)].

90 *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Delphin Delivery*, 1986 CanLII 5 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Le droit privé objectif lui-même est en revanche assujéti à la suprématie de la *Charte* canadienne, en tant qu'il est issu d'un acteur public : le législateur (dans le cas du droit légiféré) ou un tribunal (dans le cas des règles de *common law*).

[35] La suprématie de la *Charte* canadienne ne peut être écartée que par deux moyens. Le premier, prévu à son art. 33, est l'adoption d'une loi portant expressément atteinte à l'un des droits et libertés consacrés aux art. 2 (libertés publiques), 7 à 14 (garanties juridiques, y compris le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et 15 (égalité devant la loi, égalité de bénéfice et égale protection de la loi). L'effet d'une telle dérogation expresse est cependant limité à cinq ans, au terme desquels elle peut être renouvelée. Cette possibilité de dérogation à certains droits fondamentaux vise à préserver sous certaines conditions, malgré la suprématie et le contenu matériel de la *Charte* canadienne, le principe de souveraineté parlementaire, qui constituait jusque-là la clé de voûte de l'ordre constitutionnel canadien<sup>91</sup>.

Le second moyen d'écartier, ou du moins de nuancer, la primauté de la *Charte* canadienne découle de son art. 1, qui admet qu'une « règle de droit » puisse restreindre l'un ou l'autre des droits et libertés consacrés par la *Charte*, « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>92</sup>. Le présupposé de cette disposition est qu'en certains cas, il est raisonnable de restreindre, en fonction d'intérêts collectifs supérieurs, la portée absolue d'un droit ou d'une liberté consacré par la *Charte* au bénéfice de sujets de droits individuels. La pondération de ces intérêts collectifs revient en première ligne au législateur. L'exercice de la souveraineté

---

91 La seule limitation absolue des pouvoirs des législateurs résidait jusqu'alors dans le partage fédératif des compétences législatives, effectué par les art. 91 et s. de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 21.

92 Une disposition analogue figure dans la *Charte* québécoise, précitée, note 59, art.9.1. La différence d'optique entre les dispositions des deux Chartes autorisant la limitation de droits fondamentaux est toutefois mise en lumière par Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Charles-Maxime PANACCIO, « The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* Era », p. 217-253 dans Alain-Robert NADEAU, précité, note 61, aux p. 239-253.

parlementaire doit sur ce point, cependant, tenir compte du raisonnement complexe élaboré depuis 1982 par la jurisprudence pour la mise en œuvre de l'art. 1<sup>93</sup>.

[36] Cette dernière observation illustre par l'un de ses aspects la conséquence la plus significative de l'introduction de la *Charte* canadienne dans l'ordonnancement constitutionnel : le remplacement d'un système fondé en grande partie sur la suprématie des législateurs élus par un autre où le Pouvoir législatif et le Pouvoir judiciaire se partagent la suprématie sur le mode d'un « dialogue » entre eux à propos des droits fondamentaux, le « dernier mot » étant laissé, à titre exceptionnel en certaines matières, au Pouvoir législatif.<sup>94</sup>

[37] Dans cette nouvelle configuration de l'ordre constitutionnel canadien, un clivage assez net ressort en ce qui a trait aux droits fondamentaux. Certains droits, compatibles avec l'individualisme libéral, voire nécessaires à sa réalisation, sont pleinement reconnus sur le plan constitutionnel, pleinement justiciables et soumis à ce régime de « co-suprématie » exercée par les Pouvoirs judiciaire et législatif. Les autres droits fondamentaux, intéressant des collectivités de sujets de droit, ne sont pas reconnus sur le plan constitutionnel, ne sont pas justiciables et demeurent subordonnés à l'exercice de la souveraineté parlementaire. Dans cette présentation simplifiée, l'ordre constitutionnel paraît indifférent à l'interaction réciproque des droits fondamentaux et du système économique

---

93 L'arrêt *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)] est de principe en cette matière. Sur l'évolution de l'interprétation de l'art. 1 depuis cet arrêt, voir : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, précité, note 53, p. 1012-1027.

94 Peter HOGG et Allison BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75-124.

existant. Cette indifférence n'est cependant qu'apparenté, puisque malgré le silence de la *Charte* canadienne à propos du droit à la jouissance de ses biens, cette *Charte* met en évidence le sujet de droit individuel, acteur central, sinon unique, de l'ordre économique libéral<sup>95</sup>. Par cette mise en évidence et par son silence à propos des droits économiques, sociaux et culturels, la *Charte* canadienne réaffirme la nette différence entre deux générations de droits fondamentaux, différence que la *Charte* québécoise avait commencé à atténuer.

[38] En dépit de cette nette différenciation des types de droits fondamentaux, la *Charte* canadienne, après les trois autres textes évoqués plus haut, témoigne de l'imprégnation progressive de l'ordre constitutionnel canadien par la question des droits fondamentaux, ainsi que de l'accession du thème des droits fondamentaux à une position centrale au sein de cet ordre constitutionnel. Elle cristallise, sur le plan socio-juridique, l'avènement au Canada d'une « culture des droits ». Il faut entendre par là une disposition des individus et des groupes, largement répandue dans la société civile et l'espace public, à exprimer leurs intérêts sous la forme de revendications d'un droit subjectif, notamment d'un droit protégé ou digne de protection par la Constitution en raison du caractère plus ou moins « fondamental » attribué à ce droit subjectif. Le discours juridique est ainsi mobilisé au service d'une demande de reconnaissance sociétale de la légitimité et de la valeur éminentes de certains intérêts individuels ou collectifs, sous la forme de droits nouveaux ou de nouveaux contenus d'un

---

95 Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité peut parfois garantir à titre instrumental des avantages de nature économique, mais ne vise pas à protéger pour elles-mêmes la liberté ou la sécurité économiques : *Siemens c. Procureur général du Manitoba*, 2003 CSC 3 et *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, 1989 CanLII 87 (CSC) [en ligne à [www.canlii.org](http://www.canlii.org)].

droit déjà reconnu. L'existence, dans le système juridique, d'un répertoire constitutionnel ou « quasi constitutionnel » de droits fournit alors au discours sociétal sur les droits un objet et un enjeu, et contribue à faire de ce discours une part importante et un thème récurrent de la vie politique<sup>96</sup>. C'est un tel état de choses qui s'est constitué progressivement dans les sociétés et les espaces publics du Canada et du Québec, à travers la succession des quatre textes dont l'apparition et la teneur ont été rappelées plus haut<sup>97</sup>.

[39] L'accession des droits fondamentaux de la personne à une position centrale dans l'ordre juridique canadien et québécois a emporté au moins quatre conséquences notables.

[40] La première conséquence a concerné l'intégration, au sein de l'ordre juridique, des textes énonçant des droits fondamentaux. Cette intégration a nécessité l'invention d'une nouvelle catégorie de normes dans le droit légiféré : les lois « quasi constitutionnelles ». En effet, on l'a vu plus haut, divers facteurs ont retardé jusqu'en 1982 la consécration de droits fondamentaux dans un texte de valeur indiscutablement constitutionnelle<sup>98</sup>. Les textes adoptés

96 Voir sur ce phénomène Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », p. 83-119 dans Bjarne MELKEVIK, précité, note 85.

97 Ces quatre textes ne représentent bien sûr que les étapes à notre avis les plus marquantes, d'un point de vue canadien, d'un processus historique continu, débordant le cadre national et auquel certains prêtent un caractère « révolutionnaire », par ex. Michel IGNATIEFF, *La Révolution des droits*, Montréal, Boréal, 2001), Dominique CLÉMENT, précité, note 61, c. 2, ou James WALKER, « Decoding the Rights Revolution : Lessons from the Canadian Experience », p. 29-58 dans : David GOUTOR et Stephen HEATHORN (dir.), *Taking Liberties. A History of Human Rights in Canada*, Don Mills, Oxford University Press, 2013.

98 Rappelons ces facteurs : réticence traditionnelle, dans un système constitutionnel de type britannique, à fixer les institutions dans un cadre légiféré; incertitudes initiales quant à la compétence législative sur cette matière dans le système fédératif canadien; lourdeur du processus de modification constitutionnelle; divergences sur l'ampleur et la portée des droits à être consacrés.

jusqu'à cette date ne pouvaient revêtir que la forme d'une loi ordinaire, même si leur contenu matériel avait manifestement un caractère constitutionnel. L'ambiguïté que présentait ainsi leur nature s'est traduite par l'attribution à plusieurs d'entre eux d'une « prépondérance » sur les autres lois (décrite aussi comme « primauté » ou « préséance ») au moyen de l'exigence d'une dérogation expresse pour qu'une atteinte directe et délibérée puisse être portée à certains des droits énoncés. Cette exigence sera d'ailleurs le mécanisme par lequel la *Charte* canadienne, pleinement intégrée à la constitution formelle, rendra explicite sa suprématie par rapport aux autres lois. La présence d'un tel mécanisme est à la fois l'effet et la justification de la qualité de texte « quasi constitutionnel » attribuée à la *Charte* québécoise, au *Saskatchewan Bill of Rights*, à l'*Alberta Human Rights Act*, à la *Déclaration canadienne des droits* ainsi qu'à l'ensemble formé par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les lois des provinces de *common law* prohibant la discrimination, ou plus exactement aux parties de tous ces textes qui sont protégées par une exigence de dérogation expresse applicable aux lois ordinaires<sup>99</sup>.

[41] La seconde conséquence de la mise en évidence des droits fondamentaux au centre de l'ordre juridique est de faire naître la nécessité d'une coordination entre les textes qui consacrent ces droits et les règles du droit commun applicable aux rapports

---

99 Sur le caractère circulaire du raisonnement conduisant à la qualification d'un texte comme « quasi constitutionnel », voir : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, précité, note 53, p. 981-982. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC (1985) c. H-6, adoptée en 1976, est l'équivalent, pour les domaines de compétence fédérale, des textes adoptés par les provinces pour combattre la discrimination. La qualification comme texte « quasi constitutionnel » s'étend également à des lois consacrant des droits non compris parmi les droits fondamentaux classiques; voir *Lavigne c. Commissaire aux langues officielles*, 2002 CSC 53 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)] (droits linguistiques, droit d'accès à l'information, droit à la protection des renseignements personnels).

juridiques de droit privé. En effet, comme on l'a vu plus haut, la *Charte* québécoise et les lois interdisant la discrimination concernent également ces rapports juridiques, et non pas seulement l'action étatique. Dans les provinces de *common law*, la coordination entre les textes relatifs aux droits fondamentaux et le droit commun s'opère selon les règles habituelles gouvernant la relation entre droit légiféré (*statute law*) et *common law*, modifiées pour tenir compte de la nature constitutionnelle des droits fondamentaux<sup>100</sup>. Au Québec, où le droit commun est constitué par le Code civil, le législateur a indiqué que celui-ci devait régir les rapports juridiques auxquels il s'applique « en harmonie » avec la *Charte* québécoise et les principes généraux du droit<sup>101</sup>. Ce qu'implique cette « harmonie » reste à préciser. Certes, le Code civil et la *Charte* québécoise concordent manifestement dans leur reconnaissance de certains droits fondamentaux de la personne<sup>102</sup>. Mais au-delà de ces recoupements, la jurisprudence peine à concilier la prépondérance reconnue à une grande partie de la *Charte* québécoise sur toute autre loi québécoise, y compris le Code civil, d'une part, et d'autre part l'affirmation par le Code civil de sa valeur de droit commun du Québec, aussi bien en droit public qu'en droit privé<sup>103</sup>. Bien que la *Charte* et le Code aient tous deux été présentés, lors de leur adoption, comme l'expression des

100 Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Lexis Nexis Canada, 2014, p. 535-543 et 597-604.

101 *Code civil du Québec*, RLRQ c. C-1991 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)], Disposition préliminaire. Adopté en 1991, ce Code a succédé à compter de 1994 au *Code civil du Bas-Canada* de 1866.

102 Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 128 et s.. Si, comme l'observe à juste titre cette auteure (p. 59-60), le caractère « quasi constitutionnel » d'un texte doit découler de son contenu et non du fait qu'il est renforcé par un mécanisme de prépondérance sur les autres lois, il s'ensuit que les dispositions du Code civil qui recourent celles de la *Charte* québécoise devraient elles aussi être considérées comme « quasi constitutionnelles » (p. 62).

103 *Code civil du Québec*, précité, note 101 : voir : *Doré c. Verdun (Ville de)*, 1997, CanLII 315 (CSC) et *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85 [en ligne : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

valeurs contemporaines de la société québécoise, il semble persister, à travers ces divergences sur leur relation réciproque, une certaine tension entre les valeurs « égalitaires » de la charte et les valeurs « identitaires » dont le Code est censé porteur<sup>104</sup>. La Disposition préliminaire du Code civil indique vraisemblablement la manière de dépasser cette tension : concevoir le Code civil et la *Charte* québécoise comme un tout au moyen d'une intégration harmonieuse qui tienne compte de la valeur quasi constitutionnelle d'une grande partie de la *Charte*<sup>105</sup>.

[42] La troisième conséquence de l'accession des droits fondamentaux à une position centrale dans le système juridique canadien et québécois a été l'impulsion donnée à l'activité législative pour prolonger, développer, préciser et rendre effectif le contenu des textes consacrant ces droits fondamentaux au niveau constitutionnel ou quasi-constitutionnel. La *Charte* canadienne est peu incitative à cet égard : les quelques interventions législatives qu'elle prévoit ont presque toutes un caractère dérogatoire par rapport à un droit ou une liberté qu'elle consacre<sup>106</sup>. Son esprit essentiellement libéral,

---

104 La doctrine décrit diversement cette tension. Mélanie SAMSON, précitée, note 102, parle d'« effet réducteur d'une approche civiliste » (p. 238 et s.), d'« assimilation discutable au régime de droit commun (p. 254 et s.) et de « retenue » dans la « créativité judiciaire » (p. 347 et s.), tandis que Stéphane BERNATCHEZ, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 203-253, évoque la « dominance » du droit civil (p. 206), la « colonisation par le droit civil » (id.), l'« hégémonie du droit civil » (p. 211) ou la « propension tentaculaire de l'approche civiliste » qui constituerait une « menace à l'originalité de la *Charte* » (p. 208).

105 Voir en ce sens : Bjarne MELKEVIK, « O novo Código Civil do Quebec e os direitos humanos : o paradigma de un novo « direito comum » », (2008) 18 *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE* 99-122.

106 *Charte* canadienne, précitée, note 72, art. 6 (3) (limitation indirecte de la liberté d'établissement), 6 (4) (promotion de l'emploi de résidents d'une province), 15 (2) (promotion sociale par discrimination positive) et 16 (3) (progression vers l'égalité des langues). Les autres interventions législatives envisagées par la *Charte* canadienne sont ou bien restrictives et dès lors soumises à une exigence

son application limitée aux acteurs étatiques et le souci de ne pas modifier le partage fédératif des compétences expliquent que les dispositions de cette *Charte* soient autosuffisantes. Il en va autrement de la *Charte* québécoise. En effet, celle-ci fait d'emblée appel à la loi pour « fixer la portée » des libertés et droits fondamentaux et « en aménager l'exercice »<sup>107</sup>. De plus, elle prévoit qu'une loi puisse comporter des restrictions à certains des droits fondamentaux<sup>108</sup> ou au droit à l'égalité<sup>109</sup>. Surtout, elle fait dépendre d'une intervention législative le contenu des droits économiques, sociaux et culturels qu'elle énonce<sup>110</sup>.

C'est donc ce dernier aspect de la *Charte* québécoise qui doit retenir l'attention ici. Il implique en effet une obligation pour le législateur d'exercer son pouvoir pour donner corps et droits à ces droits de « seconde génération » et en circonscrire du même coup la portée. Le défaut d'exécuter cette obligation peut être constaté par un tribunal, mais dans l'état actuel de la jurisprudence celui-ci ne peut en revanche statuer sur la qualité et la suffisance des mesures législatives donnant effet au droit consacré par la *Charte*. Telle est la substance de l'arrêt *Gosselin* rendu en 2002 par la Cour suprême du Canada<sup>111</sup>. Cette affaire concernait le niveau extrêmement faible des

---

de justification par l'art. 1, ou bien expressément dérogatoires et encadrées par l'art. 33 (voir le texte correspondant aux notes 91 et 92 ci-dessus).

107 *Charte* québécoise, précitée, note 59, art. 9.1.

108 *Id.*, art. 6 (droit à la jouissance des biens), 9 (secret professionnel) et 24 (motifs et procédure de privation de liberté).

109 *Id.*, art. 10 (discrimination selon l'âge), 19 (mesures d'équité salariale) et 86 (programmes d'accès à l'égalité).

110 *Id.*, art. 40 (étendue et normes de réalisation du droit à l'instruction publique gratuite), 41 (programmes d'enseignement religieux ou moral dispensés dans les établissements publics), 42 (normes applicables aux établissements d'enseignement privés), 44 (étendue du droit à l'information), 45 (mesures d'assistance financière et mesures sociales destinées aux personnes dans le besoin), 46 (étendue du droit à des conditions de travail justes et raisonnables) et 46.1 (étendue et normes de réalisation du droit à un environnement sain).

111 *Gosselin c. Procureur général du Québec*, 2002 CSC 84 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Cet arrêt a fait l'objet de très nombreuses analyses doctrinales, généralement

prestations prévues par le régime québécois d'assistance sociale, au milieu des années 1980, dans le cas des personnes de moins de 30 ans aptes au travail ; il s'agissait notamment de savoir si ces prestations répondaient au droit de « toute personne dans le besoin [...] à des mesures d'assistance financière [...] susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent »<sup>112</sup>. Huit des neuf juges de la Cour suprême ont estimé qu'une fois démontrée l'existence de mesures de ce type, il n'appartient pas à un tribunal d'en examiner le caractère adéquat ou suffisant, sauf peut-être si leur configuration comporte une atteinte au droit de chacun à un accès sans discrimination aux avantages qu'offrent ces mesures. Adoptant ainsi l'approche habituellement suivie pour conclure à la non-justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>113</sup>, la Cour renvoie dans l'arène politique et parlementaire le débat sur l'actualisation par la loi du droit à un niveau de vie décent.

[43] C'est précisément d'une telle actualisation de ce droit que se préoccupe la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, adoptée par le Parlement du Québec au moment même où l'arrêt *Gosselin* était rendu<sup>114</sup>. Ce texte a pour objet principal de

---

critiques; parmi les plus fouillées, celle de David ROBITAILLE, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 197-237.

112 *Charte québécoise*, précitée, note 59, art. 45, Voir sur cette disposition : Robert TÉTRAULT, « Le droit à un niveau de vie décent », p. 207-233 dans Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE (dir.), précité, note 70. Outre cet art. 45, la contestation invoquait le droit à la sécurité et à l'intégrité de la personne et le droit à l'égalité devant la loi, garantis par les Chartes canadiennes (art. 7 et 15) et québécoise (art. 1 et 10).

113 Diane ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self-restraint* juridictionnel », p. 29-43 dans Diane ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.

114 RLRQ c. L-7 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Voir sur cette loi : Alain NOËL, « Une loi contre la pauvreté : la nouvelle approche québécoise de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », (2002) 48 *Lien social et politiques* 103-114; Jean-Luc OUTIN, « La stratégie nationale de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale au Québec. Défis économiques et enjeux sociaux », (2003) 1 *Santé, Société*

planifier un ensemble d'actions politiques et privées, sur au moins une décennie, en vue d' « amener progressivement le Québec au nombre des nations industrialisées comptant le moins de personnes pauvres »<sup>115</sup>. Son préambule renvoie explicitement aux principes énoncés par la *Charte québécoise* et au « mouvement universel » de promotion des droits fondamentaux. Il constate, plutôt timidement, que la pauvreté et l'exclusion sociale « peuvent constituer des contraintes pour la protection et le respect de [la] dignité humaine » et, plus fermement, qu'elles « freinent le développement économique et social » et « menacent [la] cohésion et [l'] équilibre [de la société québécoise] ». La stratégie nationale de lutte contre la pauvreté et l'exclusion, instituée par cette loi, a notamment pour but de « réduire les inégalités qui peuvent nuire à la cohésion sociale »<sup>116</sup>. Les actions comprises dans cette stratégie peuvent être prévues par une loi ou déterminées par le gouvernement, qui doit adopter et publier un plan d'action<sup>117</sup>. Parmi les orientations indiquées par cette loi pour

---

*et Solidarités* 69-76; Pierre-Joseph ULYSSE et Frédéric LESEMAN, *Citoyenneté et pauvreté : Politiques, pratiques et stratégie d'insertion en emploi et de lutte contre la pauvreté*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2004; Lucie LAMARCHE, « The « Made in Québec » Act to combat poverty and social exclusion : the complex relationship between poverty and human rights », p. 139-162 dans Margaret YOUNG, Susan BOYD et alii (dir.), *Poverty, Rights, Social Citizenship and Legal Activism*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2007; Lucie LAMARCHE, « Les droits sociaux et la Charte canadienne : quelques réflexions indisciplinées et prospectives », (2009) 45 *Supreme Court Law Review* (2d) 347-375, p. 366-371; Sherri TORDJMAN, *Poverty Reduction in Québec : The First Five Years*, Ottawa, Caledon Institute of Social Policy, 2010 [en ligne à : [www.caledoninst.org](http://www.caledoninst.org)]; Robert TÉTRAULT, précité, note 112; Pierre ISSALYS, « Los derechos humanos y la amenaza de la pobreza : la respuesta legislativa en Quebec », (2014) 37 *Revista jurídica de Asturias* 7-55.

115 *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, précitée, note 114, art. 1 et 4.

116 *Id.*, art. 3 et 6.

117 *Id.*, art. 5, 7 et 13. De manière très inhabituelle dans la pratique institutionnelle québécoise ou canadienne, le gouvernement est tenu par l'art. 15 d'inclure dans son plan d'action des propositions de modification à des éléments précis de la législation sur l'assistance sociale. L'initiative des projets de loi relève normalement d'un pouvoir entièrement discrétionnaire : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, 1991 CanLII 74 (CSC) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)].

guider les actions qu'elle programme figure notamment la promotion de l'engagement sociétal dans la lutte contre la pauvreté, à travers la participation citoyenne, les initiatives locales et la responsabilité des entreprises<sup>118</sup>.

Le bilan de la mise en œuvre de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* ne peut être entrepris ici<sup>119</sup>. Il suffira de constater que cette loi tend, d'une part, à renforcer la présence des droits fondamentaux au centre de l'ordre juridique et, d'autre part, à diluer le contenu de certains d'entre eux.

D'une part, en effet, l'existence de cette loi laisse entrevoir dans le droit social québécois une architecture implicite, comportant quatre niveaux. En surplomb de la structure du droit social positif sont d'abord présentes les normes de droit international relatives aux droits fondamentaux, notamment le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>120</sup>. Ces normes fonctionnent ainsi comme source d'inspiration et référence interprétative pour l'ensemble de la structure. Puis, au sommet de la structure de droit positif, figure la *Charte* québécoise, ayant valeur constitutionnelle et manifestant par sa rédaction l'influence des normes de droit international. La *Charte* énonce notamment certains droits économiques, sociaux et culturels; ceux-ci exercent à tout le moins une force interprétative sur les autres lois et leur formulation oblige le Parlement à pourvoir par des lois à leur actualisation. À un niveau immédiatement inférieur se situe la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, qui organise et thématise l'action du Parlement en exécution de cette obligation – de même que

---

118 *Id.*, art. 7 et 11.

119 Le gouvernement a produit en 2014 le rapport prévu à l'art. 58 de la loi : Québec, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, *Résultats des actions menées dans le cadre de la stratégie nationale de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale 2002-2013* [en ligne à : [www.mess.gouv.qc.ca](http://www.mess.gouv.qc.ca)].

120 Le Québec a donné son accord à la ratification du *Pacte* par le Canada en 1976.

l'action d'autres acteurs, publics et privés – et en vue d'accroître l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux. Cette loi ne reconnaît donc aucun droit fondamental nouveau; en revanche, elle indique comment le Parlement se propose d'exécuter son obligation de mettre en œuvre certains droits, notamment le « droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales susceptibles d'assurer un niveau de vie décent ». Enfin, à la base de la structure du droit social positif au Québec se déploie le vaste ensemble de la « législation sociale »<sup>121</sup>. Une grande partie de cet ensemble est visé par le programme d'exécution institué par la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*. Certains de ses éléments visent à donner effet aux divers droits économiques et sociaux consacrés par la *Charte* québécoise. Le rapport entre celle-ci et la législation sociale est cependant plus large et plus diffus. Comme le rappelle le préambule de la *Charte*, les droits et libertés de la personne « sont inséparables [...] du bien-être général »; ils sont, tout comme la législation sociale, « destinés à assurer [la] protection et [l'] épanouissement » de l'être humain; et dans la mesure où le droit social peut être décrit comme le droit des inégalités, il exprime comme la *Charte* une adhésion à l'égalité des personnes. Sur le plan historique, d'ailleurs, comme on l'a vu plus haut, la *Charte* est contemporaine de l'établissement au Québec d'un État-providence : la *Charte* et la législation sociale (dont une grande partie existait déjà en 1975) relèvent d'un même esprit. La loi de 2002, en rappelant que le souci d'effectivité des droits fondamentaux commande de lutter contre la pauvreté et l'exclusion, n'a fait que remettre en lumière cet esprit humaniste à l'origine de l'État-providence.

---

121 La catégorie « droit social » n'a pas au Québec de limites très précises. Relevant principalement du droit public, elle y rassemble le droit de la sécurité sociale, le droit de la promotion sociale et le droit des services sociaux ; voir : Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2009, p. 805-809. Une partie du droit de la sécurité sociale relève de la compétence fédérale.

D'autre part, la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* de 2002 ne crée aucun droit subjectif nouveau susceptible d'être rattaché à un droit consacré par la *Charte* québécoise. Sous cet angle, sa contribution à l'actualisation des droits fondamentaux est donc peu significative. Certes, la mobilisation de ressources et le ciblage des actions qu'elle prévoit en vue de lutter contre la pauvreté et l'exclusion témoignent indirectement de l'importance attachée au droit des « personnes dans le besoin » à des « mesures sociales ». Mais ce droit n'est pas explicitement invoqué comme l'assise de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*. Le Parlement fait plutôt allusion à sa volonté de diminuer les « contraintes » qu'imposent la pauvreté et l'exclusion à l'exercice de l'ensemble des droits consacrés par la *Charte* québécoise. Cette volonté ne se traduit cependant pas par l'imposition d'obligations très contraignantes au Pouvoir exécutif. Celui-ci n'est véritablement tenu qu'à une seule chose : produire et publier un plan d'action gouvernemental<sup>122</sup>. La loi de 2002 ne produit donc pas par elle-même de modifications précises, immédiates et en principe permanentes du droit existant. Son seul contenu directement normatif prévoit la production, à des moments non précisés dans le flux continu des normes juridiques et administratives, d'une série de changements décrits en termes larges – et donc peu contraignants – en fonction d'un objectif complexe. Malgré l'utilisation abondante de termes en apparence impératifs, la loi ne présente qu'une faible densité normative et laisse donc au gouvernement un large pouvoir d'appréciation quant à la nature exacte et au rythme de ces changements<sup>123</sup>. L'énumération des

---

122 *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, précitée, note 114, art. 13. Encore faut-il observer que le plan d'action n'a pu être établi et publié que près d'un an après l'échéance fixée par cet article : Québec, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, *Concilier liberté et justice sociale : un défi pour l'avenir*, avril 2004 [en ligne à : [www.mess.gouv.qc.ca](http://www.mess.gouv.qc.ca)].

123 *Id.*, art. 5 à 12. D'entrée de jeu, l'art. 1 décrit d'ailleurs l'objet de la loi comme étant de « guider le gouvernement [...] vers la planification et la réalisation d'ac-

objectifs spécifiques assignés aux actions prévues dans chacune des orientations de la stratégie nationale n'est d'ailleurs pas limitative, ce qui ajoute encore au flou que comporte la description de ces actions. Enfin, le plan d'action lui-même ne peut vraisemblablement pas être considéré comme une norme juridique, même si son existence est explicitement prévue par la loi. Un tribunal ne lui reconnaîtrait aucun effet juridiquement contraignant sur un acteur juridique quelconque, y compris le gouvernement, et n'y verrait qu'un énoncé de politique gouvernementale. Bref, on pourrait être tenté de résumer l'effet normatif de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* dans les termes suivants : « Il faut faire quelque chose à propos de la pauvreté et de l'exclusion, ce sera fait à un moment quelconque dans un avenir assez rapproché et prendra les formes énumérées ici et peut-être d'autres formes encore ». Ce serait là sans doute forcer le trait; mais il est indéniable que la loi de 2002 revêt un caractère indicatif plutôt que directement prescriptif, programmatique plutôt que véritablement normatif. En cela, elle reflète l'opinion encore dominante dans la jurisprudence selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels énoncés par la *Charte* québécoise elle-même ont une valeur essentiellement programmatique<sup>124</sup>. Sur ce point précis, la loi de 2002, quels qu'aient

---

tions ». L'art. 16 ajoute que « [l]es conditions, les modalités et les échéanciers de réalisation des activités prévues au plan d'action [...] sont déterminés par le gouvernement ou, le cas échéant, prévus par la loi, en tenant compte des autres priorités nationales [et] de l'enrichissement collectif [...] ».

124 *Gosselin*, précité, note 111. Voir : Pierre BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte? », p. 225-245 dans : Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans. La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Montréal, 2003. Réagissant à cette sous-estimation de la portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels, cette Commission (dont il sera question plus loin) a recommandé en 2003 (vol. 1 de la même publication, p. 16-23) que la Charte québécoise soit modifiée de manière à donner à ces droits la même prépondérance à l'égard des autres lois que celle déjà attribué aux libertés fondamentales, au droit à l'égalité et aux droits politiques et judiciaires. Cette recommandation n'a pas été suivie. Elle a été réitérée en 2015. [en ligne à : [www.cdpedj.gouv.qc.ca](http://www.cdpedj.gouv.qc.ca)].

pu être ses résultats concrets, n'a pas marqué de rupture avec la conception dominante selon laquelle ces droits ne peuvent s'entendre que dans le cadre de référence constitué par l' « ordre libéral » sous-jacent à la Constitution canadienne actuelle.

[44] Enfin, la quatrième conséquence qu'il convient de rattacher à l'accession des droits fondamentaux à une position centrale dans l'ordre constitutionnel canadien concerne l'aménagement institutionnel. En effet, la consécration de droits fondamentaux au moyen de textes constitutionnels ou « quasi constitutionnels » a certes modifié l'équilibre des institutions au sein de l'État : comme on l'a vu plus haut, le Pouvoir judiciaire a vu s'étendre considérablement sa compétence pour contrôler l'action du Pouvoir législatif. En outre, la jurisprudence reconnaît maintenant aux tribunaux administratifs, lorsqu'ils ont compétence pour trancher des questions de droit dans leur domaine d'attribution, le pouvoir de décider si un texte législatif qu'ils sont appelés à appliquer dans l'exercice de cette compétence est ou non conforme aux droits fondamentaux consacrés par les textes constitutionnels<sup>125</sup>.

Qui plus est, la constitutionnalisation formelle de certains droits a donné naissance à un champ nouveau d'activité administrative, dans la mesure où ces droits constitutionnels sont aussi opposables dans les rapports de droit privé. Qui plus est encore, à cette « administration des droits fondamentaux » s'est ajoutée une mission de surveillance critique, qui s'exerce

---

125 *R. v. Conway*, 2010 CSC 22 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. Les tribunaux administratifs sont une catégorie d'organismes autonomes, au sein de l'administration publique, qui sont chargés d'exercer la fonction juridictionnelle, à titre de décideur de premier niveau ou d'instance de recours. Leurs décisions sont soumises à un contrôle de légalité exercé par les tribunaux judiciaires supérieurs. La décision d'un tribunal administratif constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ne vaut cependant que pour le cas visé par cette division; seul un tribunal judiciaire supérieur peut prononcer l'inconstitutionnalité d'un texte *erga omnes*.

à l'endroit des acteurs publics, y compris le gouvernement et le Parlement. Ce sont ces conséquences de la constitutionnalisation des droits fondamentaux, au-delà du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, qu'il convient de souligner. Elles font en effet partie des produits et des manifestations de la « culture des droits » caractéristique de la phase historique dont il est question ici.

Mis à part la *Charte* canadienne, qui ne s'applique, on l'a vu, qu'aux acteurs publics, les textes énonçant des droits fondamentaux instituent un appareil administratif spécialisé, chargé de veiller à leur mise en œuvre<sup>126</sup>. Cet appareil comprend habituellement deux organismes distincts, jouissant tous deux d'une certaine autonomie au sein du Pouvoir exécutif<sup>127</sup>. L'un d'eux (appelé « Commission ») a un caractère multifonctionnel : ainsi, il reçoit et traite les plaintes du public à propos d'actes discriminatoires, sensibilise le public au respect des droits et libertés, effectue des recherches et conseille le gouvernement dans ce domaine. Les termes dans lesquels est décrite la mission de certaines de ces commissions leur permettent de donner des avis au Parlement ou au gouvernement sur la constitutionnalité de textes législatifs ou réglementaires proposés ou adoptés, voire de contester devant un tribunal la conformité d'une loi aux droits fondamentaux constitutionnalisés<sup>128</sup>. Le second organisme (appelé généralement « Tribunal ») est un tribunal administratif

126 Les dispositifs en vigueur au niveau fédéral, dans les dix provinces et dans les trois territoires fédéraux sont décrits et comparés par Pearl ELIADIS, *Speaking Out on Human Rights*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2014, c. 1 et 2 et annexe 3.

127 Cette autonomie se manifeste par le fait qu'ils sont créés par la loi elle-même, qui définit leur mission et leurs pouvoirs et les situe à l'extérieur de la structure ministérielle, tout en les soumettant à diverses formes de tutelle administrative de la part du conseil des ministres : nomination de leurs dirigeants, contrôle budgétaire, approbation de leurs actes réglementaires, etc..

128 Voir par ex. : *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, note 99, art. 27; *Charte québécoise*, précitée, note 59, art. 71; *Procureur général du Québec c. Tribunal des droits de la personne*, 2002 CanLII 31280 (QCCA) [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

spécialisé, auquel sera déferée une plainte que l'enquête et la médiation effectuée par le premier organisme n'aura pas permis de résoudre. Ce tribunal possède en général des pouvoirs étendus lui permettant de remédier à l'atteinte aux droits fondamentaux par des ordonnances exécutoires et l'octroi d'une indemnité.<sup>129</sup>

Ce modèle institutionnel connaît certaines variations, qui concernent principalement le statut et l'indépendance de ces organismes et l'accès des citoyens à une instance juridictionnelle. Ainsi, au Québec et à l'Île-du-Prince-Édouard, la loi fait de la Commission un collaborateur direct du Parlement plutôt que du gouvernement : c'est l'Assemblée qui nomme les membres de la Commission (au Québec, à la majorité qualifiée) et c'est à elle que la Commission fait rapport de ses activités<sup>130</sup>. Trois provinces se sont éloignées du modèle initial en ce qui a trait à l'accès des citoyens à une juridiction : l'Ontario et la Colombie-Britannique ont supprimé l'étape de l'enquête et médiation par la Commission, de sorte que le citoyen qui s'estime lésé dans un droit fondamental saisit directement le Tribunal, tandis que la Saskatchewan a maintenu le rôle de la Commission mais confié celui du Tribunal administratif spécialisé au tribunal judiciaire de droit commun. Ces variations reflètent le bilan contrasté que dessinent plusieurs décennies de mise en œuvre administrative des droits fondamentaux au Canada. S'il est manifeste que l'action des Commissions et des Tribunaux a puissamment contribué à répandre et à consolider la « culture des droits » dans l'opinion publique, elle a parfois souffert d'une certaine bureaucratisation du traitement des plaintes, les moyens mis à la

---

129 Voir sur le statut de ces tribunaux l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville de)*, 2015 CSC 16 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

130 La Commission fait également rapport au Parlement, plutôt qu'à son ministre de tutelle, en Ontario et au niveau fédéral, même si dans ces deux cas les membres de la Commission sont nommés par le conseil des ministres.

disposition des Commissions n'étant pas toujours à la hauteur des besoins<sup>131</sup>.

[45] Au final, cette présence d'une « administration des droits fondamentaux » dans le quotidien des sociétés canadienne et québécoise est peut-être la démonstration la plus convaincante de l'accession des droits fondamentaux à un rôle central parmi les institutions et la culture juridique et politique du Canada et du Québec. Cet acquis doit cependant être nuancé, pour des raisons que nous avons laissé entrevoir dès le départ. La mise en évidence des droits fondamentaux depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale a consisté à superposer le discours et la pratique de ces droits à un ordre économique construit au XIX<sup>e</sup> siècle. Les fondements et présupposés de cet ordre n'ont nullement été remis en question. Alors que jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle la formation et le déploiement de cet ordre libéral dans l'espace économique canadien avaient largement occulté et marginalisé la question des droits fondamentaux, ce « soubassement » économique, largement inaltéré, refait aujourd'hui surface et interfère à la fois avec la mise en œuvre complète des droits fondamentaux déjà reconnus et avec le développement de la logique des droits de la personne humaine. De ce fait, la substance et la centralité des droits fondamentaux sont remises en question.

#### B. *Neutralisation et inaboutissement des droits fondamentaux*

[46] Nombreux sont les phénomènes qui font craindre qu'aujourd'hui, dans l'espace économique canadien, les droits fondamentaux perdent leur statut central dans la culture politique et leur fonction de levier au service du changement social. Certains

---

131 Pearl ELIADIS, précité, note 126, c. 3 et 4.

ne sont pas propres à cet espace économique, puisqu'ils ont touché au cours des dernières décennies l'ensemble des économies développées, voire l'économie mondiale dans son entier.

[47] C'est le cas notamment du phénomène généralisé d'accélération, observable dans l'évolution des techniques, dans le changement social et dans le rythme de vie<sup>132</sup>. La « détemporalisation de l'histoire » qui en découle fragilise l'idée même de construction délibérée et progressive d'un socle de droits autour d'une identité humaine intemporelle – elle mine donc à sa base le sens même du projet politique humaniste et démocratique, au Canada comme ailleurs.

[48] C'est le cas aussi, bien évidemment, de la mondialisation de l'économie, amorcée par la libéralisation du commerce et des échanges internationaux et débouchant sur des phénomènes difficilement maîtrisables d'interdépendance, de déspatialisation et de matérialisation de l'économie. L'insaisissabilité des pratiques et des opérations qui découle de ces phénomènes rend instable l'assise concrète des droits fondamentaux et l'emprise de l'État qui les reconnaît et fait valoir.

[49] C'est le cas enfin, dans le cadre d'un État et d'une société, de l'idéologie néolibérale, résurgence de plus en plus dogmatique du libéralisme classique. Ses effets sur le droit public de nombreux pays, dont le Canada et le Québec, depuis le milieu des années 1980, sont bien connus : réduction des prélèvements publics, réduction de la taille des appareils publics, réduction de l'intervention de l'État dans l'économie, marchandisation et privatisation des services

---

132 Hartmut ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, particulièrement les c. 5, 9 et 12.

publics. Dans la mesure où l'État est le garant, et parfois le débiteur, des droits fondamentaux, cet affaiblissement de sa capacité (et de sa volonté) d'action ne peut qu'amoinrir la portée effective de ces droits, même si sur papier ceux-ci subsistent sans changement. Les effets pervers indirects de l'idéologie néolibérale sur le droit public sont de plus en plus manifestes et ne sont sans doute pas propres au Canada et au Québec : démonisation de l'État, perte du sens de l'État chez les décideurs publics, affaiblissement de l'éthique publique, intensification du pouvoir des lobbies économiques, corruption des agents publics, pratiques électorales déloyales ou illicites, désaffectation des citoyens envers les institutions de la démocratie représentative. Le législateur multiplie, avec plus ou moins de conviction ou d'efficacité, les mesures destinées à combattre certains de ces effets pervers<sup>133</sup>. Ceux-ci entretiennent néanmoins chez les citoyens un climat de désabusement peu propice à la conscience, à la revendication et à l'exercice des droits fondamentaux.

[50] La conjonction de ces trois phénomènes - accélération; mondialisation; dissolution du politique dans l'économique - alimente, dans le cas canadien et québécois, deux transformations

---

133 Ainsi, au niveau fédéral : la création des charges de conseiller sénatorial à l'éthique et de commissaire à l'éthique (LC 2004, c. 7), la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* (LC 2005, c. 46), la *Loi fédérale sur la responsabilité* (LC 2006, c. 9), la *Loi visant à combattre la corruption transnationale* (LC 2013, c. 26). Au Québec : la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbying* de 2002 (RLRQ c. T-11.011), la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État* de 2006 (RLRQ c. G-1.02), la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* de 2010 (RLRQ c. E-15.1.0.1), le *Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale* de 2010 (RLRQ c. C-23.1), la *Loi anti-prête-noms en matière de contributions électorales* (LQ 2010 c. 32), la *Loi concernant le financement des partis politiques* (LQ 2010 c. 36), la *Loi concernant la lutte contre la corruption* (LQ 2011 c. 17), la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* (LQ 2012 c. 25) et la loi de 2012 ayant réduit la limite des contributions individuelles au financement des partis, abaissé le plafond des dépenses électorales et accru le financement public des partis (LQ 2012 c. 26).

majeures de l'économie et de la société : l'extractivisme<sup>134</sup> et l'accroissement des inégalités<sup>135</sup>. Ces deux transformations du modèle capitaliste pratiqué au Canada et au Québec se sont considérablement accentuées à compter des années qui ont suivi la période 1975-1982, moment culminant du processus d'accession des droits fondamentaux à la centralité dans l'ordre constitutionnel. Elles représentent donc, par rapport aux droits énoncés dans ces deux textes, un contexte profondément renouvelé, qui semble appeler aujourd'hui une nouvelle lecture de ces droits et même la reconnaissance de droits nouveaux, pleinement adaptés à ce nouvel état de choses.

[51] L'extractivisme, entendu comme une politique économique axée sur l'extraction des ressources naturelles d'un territoire, essentiellement en vue de leur exportation sans transformation préalable, n'est certes pas un phénomène nouveau au Canada<sup>136</sup>.

---

134 On entend ici par « extractivisme » un modèle économique de type néocolonial, fondé sur la surexploitation de ressources naturelles en grande partie non renouvelables et leur exportation à l'état brut ou faiblement transformé; ce modèle peut englober l'aménagement des infrastructures d'énergie et de transport destinées à faciliter cette surexploitation et cette exportation. Voir Maristella SVAMPA, « Néo-« développementisme » extractiviste, gouvernements et mouvements sociaux en Amérique latine », (2011) 81 *Problèmes d'Amérique latine* 101-127. La notion d'extractivisme peut servir à une analyse de la situation québécoise : Simon TREMBLAY-PEPIN (dir.), *Dépossession. Une histoire économique du Québec contemporain*, vol. 1 (*Les ressources*), Montréal, Lux, 2015, p. 134 et 266-267. Si certaines des dispositions introduites en 2013 dans la *Loi sur les mines* du Québec (RLRQ c. M-13.1, art. 101, 101.0.2, 118.1 et 119) permettent d'assujettir l'exploitant minier à des exigences de transformation sur place, le modèle extractiviste « pur » subsiste en bonne partie dans l'exploitation actuelle des hydrocarbures au Canada.

135 Les inégalités dont il est question ici comprennent à la fois l'inégalité économique (inégalités de richesse et de sécurité économique) et les différents aspects de l'inégalité sociale : espérance de vie, état de santé, accès au savoir et à la culture, cadre de vie, sécurité physique et psychologique, participation au pouvoir et lien social).

136 Le cadre juridique de l'exploitation minière, en particulier, est depuis longtemps propice à une politique extractiviste : Ugo LAPOINTE, « L'héritage du principe du *free mining* au Québec et au Canada », (2010) 40 :3 *Recherches amérindiennes au Québec* 9-25; Laura HANDAL CARAVANTES, « Mines. L'histoire d'une triple dépossession », p. 107-172 dans Simon TREMBLAY-PEPIN (dir.), précité, note 134.

Dès les origines de l'économie coloniale, ce type d'exploitation des ressources a joué un rôle capital, parfois prépondérant, dans l'économie locale et en vue de l'insertion de celle-ci dans le système économique (insertion médiatisée par un sous-système impérial ou continental). Les cas de la fourrure, de la pêche, du bois, plus tard des ressources minérales, en sont des illustrations familières. Cependant, à certaines époques, l'évolution démographique, la formation d'un marché intérieur, les circonstances historiques (guerres, crises économiques, mouvements politiques), ainsi qu'une certaine dose de volontarisme politique, ont permis d'atténuer la dépendance du Québec et du Canada à l'égard du modèle extractiviste de développement.

L'une de ces époques, la plus récente, correspond assez exactement à la période de 1946 à 1982, que nous avons décrite comme celle de l'accession progressive de la question des droits fondamentaux à une position centrale au sein de l'« ordre libéral » institué par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pendant ce « long après-guerre », on a pu croire que le Canada et le Québec, tout en poursuivant leur politique extractiviste (minière et pétrolière notamment), s'orientaient de plus en plus nettement vers un autre modèle économique<sup>137</sup>. Ce modèle a paru dans un premier temps de type industriel, dans la foulée du rôle assumé par le Canada au cours de la Seconde Guerre mondiale.

Dans un second temps, on a pu voir se dessiner un modèle de type postindustriel, caractérisé par une civilisation urbaine, par une économie tertiarisée, par la diffusion du savoir et par l'innovation technologique. Les Chartes québécoise et canadienne sont aussi des produits et des reflets de cette ambiance économique. Le succès apparent de l'« ordre libéral », conforté et pondéré par un État-

---

137 Kenneth NORRIE, Douglas OWRAM et Herbert EMERY, précité, note 29, c. 19 et 20.

providence alors au faîte de son développement, s'exprimait aussi à travers la consécration d'un ensemble de droits individuels, d'inspiration clairement libérale, assortis dans la *Charte québécoise* d'un complément à caractère plus « collectiviste ».

Cette conjoncture, à laquelle sont parfaitement accordées les Chartes de 1975 et 1982, s'est progressivement modifiée, à compter de la récession du début des années 1980, sous l'impact notamment des trois phénomènes planétaires évoqués plus haut. Le Canada, dans son ensemble, a eu du mal à s'assurer un avantage durable, en tant qu'économie tertiarisée de haute technologie, dans un système mondial bouleversé par des mutations successives et cumulatives. Il en est résulté, en particulier depuis les années 1990, à la fois le redéploiement de l'activité économique vers l'extraction des ressources naturelles et le creusement des inégalités entre les individus.

[52] Le nouvel extractivisme canadien et québécois s'est manifesté notamment par un net regain de l'exploration et de l'exploitation. Sur cette base, les grandes sociétés minières canadiennes ont développé leurs activités à l'étranger et figurent actuellement au tout premiers rangs du secteur minier à l'échelle planétaire<sup>138</sup>. Leur poids économique et l'influence qu'elles peuvent exercer grâce à l'action corrosive du néolibéralisme sur le système politique leur valent fréquemment une étroite proximité avec les dirigeants de l'appareil d'État.

Cette attitude des pouvoirs publics ne peut être qu'imparfaitement compensée par les droits fondamentaux susceptibles d'être exercés par des citoyens confrontés à l'impact environnemental et social des activités minières : le droit à un

---

138 Alain DENEAULT, *Paradis sous terre : comment le Canada est devenu la plaque tournante de l'industrie minière mondiale*, Montréal, Écosociété, 2012.

environnement sain n'est consacré que depuis 2006 par la *Charte québécoise* et reste étranger, comme les autres droits économiques, sociaux et culturels, à l'esprit et à la lettre de la *Charte canadienne*<sup>139</sup>. Les seuls droits susceptibles d'être opposés aux excès de l'extractivisme minier sont donc les droits non constitutionnels de participation consultative reconnus au public par la législation, notamment minière ou environnementale<sup>140</sup>.

[53] La manifestation la plus spectaculaire du retour de l'extractivisme dans l'économie canadienne est cependant la croissance exponentielle du secteur des hydrocarbures, représentée notamment par l'exploitation des sables bitumineux de l'Alberta et de la Saskatchewan. Cette exploitation a éclipsé, ces dernières années, la mise en valeur des gisements extracôtiers de l'Atlantique; celle-ci pourrait cependant bientôt s'étendre au golfe du Saint-Laurent, à son littoral et à ses îles, en territoire québécois et terre-neuvien<sup>141</sup>.

139 *Charte québécoise*, précitée, note 59, art. 46.1. Sur ce texte et sur l'utilisation d'autres droits fondamentaux au service ou à l'encontre de la protection de l'environnement, voir Sophie THÉRIAULT et David ROBITAILLE, « Les droits environnementaux dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec : pistes de réflexion », (2011) 57 *Revue de droit de McGill* 211-265.

140 *Loi sur les mines*, précitée, note 134, art. 101.0.1, 101.0.3 et 140.1; *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c. Q-2, art. 6.1 à 6.12 (Bureau d'audiences publiques sur l'environnement), 19.1 (droit à la qualité de l'environnement) et 31.1 à 31.9 (évaluation et examen des impacts de certains projets); *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, RLRQ c. Q-2, r. 23 (liste des projets assujettis à l'évaluation des impacts); *Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, RLRQ c. Q-2, r. 45. Pour l'Ontario, voir la *Charte des droits environnementaux de 1993*, LO 1993 c. 28, art. 2 (droit à un environnement sain) et Partie II (participation du public aux décisions gouvernementales en matière d'environnement. En droit fédéral, voir la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (éditée par la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, LC 2012, c. 19, art. 52), art. 4 et 24 (obligation de « veiller à ce que le public ait l'occasion de participer à l'évaluation » de certains projets). [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

141 Québec, Assemblée nationale, 41<sup>e</sup> législ., 1<sup>re</sup> sess., *Projet de Loi assurant la mise en œuvre de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec sur la gestion conjointe des hydrocarbures dans le golfe du Saint-Laurent*, PL n° 49 de 2015. [en ligne à : [www.assnat.qc.ca](http://www.assnat.qc.ca)]

Le développement du secteur des hydrocarbures dans l'ouest du Canada reçoit l'appui total de l'actuel gouvernement fédéral, notamment sous la forme d'une résistance obstinée à l'élaboration et à l'imposition de normes de droit international de l'environnement destinées à combattre l'émission de gaz à effet de serre<sup>142</sup>. Ce gouvernement soutient également la construction et la modification d'un réseau de pipelines traversant plusieurs provinces, dont le Québec, pour permettre l'exportation de pétrole brut extrait de l'Ouest.

Comme dans le cas de l'extractivisme minier, les droits constitutionnels reconnus aux particuliers leur ont fourni jusqu'ici peu de moyens de se prémunir contre les impacts des projets et activités liés à l'exploitation des hydrocarbures, ou même de s'assurer que les décisions administratives à ce sujet soient précédées d'un débat ouvert, complet et rigoureux<sup>143</sup>. Puisque par ailleurs la mise en œuvre des mécanismes de participation consultative du public prévus dans la législation environnementale est subordonnée à plusieurs égards à des décisions ministérielles, les garanties de justice environnementale demeurent fragiles<sup>144</sup>. L'ampleur de ces garanties peut du reste être réduite par un législateur attentif aux doléances des industriels à propos de la lenteur des processus d'évaluation<sup>145</sup>.

---

142 Geneviève DUFOUR, « Le retrait du Canada du *Protocole de Kyoto* et le droit international public. Droit de dénonciation, abus de droit et responsabilité internationale », (2012) 25 :1 *Revue québécoise de droit international* 29-55.

143 Voir par ex. les arrêts *Prairie Acid Rain Coalition c. Ministre des Pêches et Océans*, 2000 CAF 31 et *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'Énergie*, 2014 CAF 245. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

144 Sous réserve, si le contexte législatif s'y prête, d'un contrôle juridictionnel de la légalité de ces décisions discrétionnaires : *Mines Alerte c. Ministre des Pêches et Océans*, 2010 CSC 2. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]

145 Ce fut manifestement le cas de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012), précitée, note 140.

[54] L'inadaptation de la logique des droits fondamentaux individuels aux enjeux de l'économie extractiviste est indirectement mise en lumière par le fait que les obstacles juridiques les plus redoutables auxquels se heurtent parfois les promoteurs de projets d'extraction minière, pétrolière ou gazière sont des droits à caractère collectif : ceux des peuples autochtones du Canada. Ces droits, dont l'existence est reconnue par la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont en effet souvent bénéficié d'une lecture bienveillante de la part des tribunaux, en particulier de la Cour suprême du Canada<sup>146</sup>. Cette lecture comporte une sensibilité aux traits spécifiques de la civilisation des Amérindiens, à leur statut de « Premières nations » dans l'histoire du peuplement du pays et aux discriminations dont ils ont fait et font encore l'objet. Elle repose sur une analyse historique de leurs rapports juridiques avec le pouvoir étatique implanté par les Européens et manifeste un souci d'intégration harmonieuse des Autochtones à la vie économique. Cette jurisprudence a notamment conduit à reconnaître aux peuples autochtones un droit constitutionnel d'être consultés et écoutés dès la phase de conception de tout projet susceptible de modifier la substance ou l'exercice de leurs droits traditionnels<sup>147</sup>.

[55] L'autre transformation majeure intervenue depuis 1982 au Canada et susceptible de relancer la question des droits fondamentaux est l'accroissement des inégalités de richesse. Ce phénomène, amorcé dans le sillage de la financiarisation de

146 *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 46, art. 25 et 35; voir Henri BRUN, Guy TREMPLOY et Eugénie BROUILLET, précité, note 53, p. 134-140.

147 Voir en particulier les arrêts *Nation haïda c. Ministre des Forêts*, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Directeur de l'évaluation des projets*, 2004 CSC 74; *Rio Tinto Alcan c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org).]

l'économie mondiale, s'est accentué avec la crise ouverte en 2008<sup>148</sup>. Il persiste cependant au Canada une « culture du déni » à propos de l'inégalité économique et sociale<sup>149</sup>. Le corollaire de ce déni est l'invisibilité sociale des personnes que la pauvreté tient à l'écart du mode de vie dominant, axé sur la consommation, et du pouvoir social, lié à la capacité d'influence.

[56] Les données les plus récentes sur l'inégalité dans la distribution de la richesse et des revenus au Canada indiquent pourtant que ce déni des inégalités relève de plus en plus d'un aveuglement volontaire<sup>150</sup>. Ainsi, en 2012, la fortune des 86 Canadiens les plus riches (au total 180 G\$) était égale à celle des 11,4 millions de Canadiens les moins fortunés, soit 34% de la population du pays. Or, en 1999, les 86 personnes les plus fortunées possédaient ensemble autant que les 10,1 millions de personnes les moins fortunées : la concentration de la richesse s'est donc accrue durant cette période.

En effet, sur la période 1999-2012, les deux tiers de la croissance de la richesse totale des Canadiens ont bénéficié à la tranche de 20% la plus fortunée de la population; dans le même temps, la tranche de 20% la moins fortunée a vu diminuer sa part de la richesse totale, qui était déjà inférieure à 1%. Ainsi, les parts respectives de ces deux quintiles de la population dans la richesse totale se trouvaient en 2012 dans un rapport de 67 : <1 ; à ne considérer que les revenus (et

---

148 Ainsi, la crise s'est accompagnée d'une croissance de 31% du nombre de Canadiens très riches (*high net-worth individuals*) entre 2009 et 2014; ce taux est inférieur à celui de l'Espagne (40%), mais supérieur à celui de la Grande-Bretagne (24%) : Capgemini et Banque royale du Canada, *World Wealth Report 2015* [en ligne à : [www.worldwealthreport.com](http://www.worldwealthreport.com)]

149 David GOUTOR et Stephen HEATHORN, précité, note 97, p. 14.

150 David MACDONALD, *Outrageous Fortune. Documenting Canada's Wealth Gap*, Toronto, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2014. [en ligne à : [www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)]

non la richesse globale), le rapport entre les quintiles supérieur et inférieur était tout de même de 48 : 4.

Une étude portant sur la période 1982-2010 montre tout aussi nettement la croissance de l'inégalité dans la rémunération du travail depuis l'adoption de la *Charte* canadienne<sup>151</sup>. Alors qu'en 1982, la tranche de 1% des travailleurs canadiens les mieux rémunérés touchait 7,6% de la rémunération totale (6,8% au Québec), la tranche de 50% des travailleurs les moins bien rémunérés se partageait 14,1% de la rémunération totale (13,0% au Québec). En 2010, la situation de la petite tranche la plus favorisée s'était encore améliorée, passant à 12,1% de la rémunération totale (10,5% au Québec), tandis que celle du large group le moins rémunéré s'était encore dégradée, tombant à 9,8% (10,5% au Québec).

[57] Ces données sur la répartition inégale de la richesse et des revenus, y compris des revenus de travail, laissent pressentir un phénomène de pauvreté. L'indicateur le plus utilisé au Canada pour mesurer la pauvreté est le coût d'un « panier de consommation »<sup>152</sup>. Selon cet indicateur, l'incidence de la pauvreté au Canada est passée de 13,0% de la population en 2002 à 10,2% en 2007, puis à 12,0% en 2011. Les chiffres correspondants pour le Québec étaient de 10,8%, 8,3% et 10,7%<sup>153</sup>. Pendant cette période récente, le taux de pauvreté au Québec a donc été constamment un peu moins élevé que dans

151 Paul-André LAPOINTE, *Au Québec, est-ce que l'enrichissement profite vraiment à tout le monde?*, Montréal, Institut de recherche et d'informations socio-économiques, 2014 [en ligne à : [www.iris-recherche.qc.ca](http://www.iris-recherche.qc.ca) ]

152 Il s'agit du coût, observé sur un territoire donné et pendant une période donnée, d'un ensemble de biens et services courants, normalement consommés par une personne (alimentation, vêtement, habitation, etc.). Une personne dont le revenu pour cette période est inférieur à ce coût est réputée être « à faible revenu » et, par conséquent, en situation de pauvreté.

153 Québec, Centre d'étude sur la pauvreté et l'exclusion, *La pauvreté, les inégalités et l'exclusion sociale au Québec : état de situation 2013*, p. 12 et 19. [en ligne à : [www.cepe.mess.gouv.qc.ca](http://www.cepe.mess.gouv.qc.ca) ]

l'ensemble du Canada. Ayant été moins touché par la crise, le Québec a pu conserver à cet égard une position médiane parmi les provinces canadiennes. Tandis que Terre-Neuve, l'Alberta et la Saskatchewan, grâce à l'extraction d'hydrocarbures, voyaient leur taux de pauvreté diminuer, l'Ontario et la Colombie-Britannique devaient supporter le coût social de la faiblesse de leurs marchés d'exportation de produits industriels ou miniers.

Les comparaisons internationales, fondées sur une autre méthode de calcul, conduisent à des conclusions voisines. Elles situent le niveau de « faible revenu » à 60% du revenu médian après impôt. Sur cette base, en 2010, le taux québécois de faible revenu (15,2%) était un peu inférieur à la moyenne observée dans un groupe de 17 pays de l'OCDE (16,2%), voisin de des taux de la Suisse ou de l'Allemagne, mais nettement supérieur à celui du reste du Canada (19,5%), qui n'était dépassé que par ceux de la Grèce ou de l'Espagne<sup>154</sup>.

Il ressort de ces données que l'incidence de la pauvreté semble fluctuer en grande partie en fonction de la conjoncture économique locale ou internationale. En revanche, deux faits semblent présenter plutôt un caractère structurel et manifester des tendances à long terme : d'une part, la persistance dans l'architecture sociale d'un socle permanent de pauvreté et, d'autre part, le creusement marqué et constant de l'écart de richesse et de revenu entre une catégorie très favorisée (dont l'effectif croît mais reste infime) et une catégorie très large (allant bien au-delà des personnes en situation de pauvreté) dont la situation se dégrade. Ces constats valables pour le Canada semblent devoir être très légèrement nuancés dans le cas du Québec, où la situation des personnes à faible revenu, y compris une partie de

---

154 *Id.*, p. 25. Les 17 pays comparés au Québec et au Canada sont les 15 pays les plus développés de l'UE, la Norvège et la Suisse.

celles qui se trouvent en situation de pauvreté, paraît un peu moins mauvaise qu'ailleurs au Canada<sup>155</sup>.

[58] Par ailleurs, les données relatives à l'évolution de la répartition des revenus pendant la période 1999-2012 suggèrent un autre constat, à propos cette fois de la redistribution opérée par le système fiscal et par les dispositifs de sécurité sociale. La répartition observée en 2012, accordant 48% du total des revenus au quintile supérieur de la population contre 4% au quintile inférieur, marque une nette différence par rapport à la répartition observée pendant la période 1951-1991. Pendant cette période de quatre décennies, en effet, la répartition des revenus entre les cinq quintiles a peu varié, la part du quintile supérieur oscillant entre 40 et 43% et celle du quintile inférieur entre 4 et 5,5%. Tout s'est passé alors comme si les mécanismes de redistribution que comportait l'État-providence canadien et québécois stabilisaient cette répartition, au fil des cycles de l'économie, sans en modifier le caractère inégalitaire mais en empêchant qu'il ne s'aggrave. Les chiffres de 2012 montrent l'effet de l'affaiblissement de ces mécanismes dans l'État néolibéral : la part du quintile supérieur s'est gonflée au détriment de celle de tous les autres quintiles, y compris le moins favorisé. S'il y a encore redistribution, il s'agit donc d'une redistribution inversée par rapport à celle que visait l'État-providence : la richesse s'accroît uniquement au sommet de l'échelle du pouvoir économique et décroît partout ailleurs.

[59] Les Chartes québécoise et canadienne, contemporaines de la dernière phase de construction de l'état-providence, renferment

---

155 Voir Nicolas ZORN, « En haut de l'échelle : ces riches toujours plus riches », p. 51-63 et Axel van den BERG et Hicham RAÏQ, « Les familles, inégalement protégées par la redistribution », p. 79-90 dans Alain NOËL et Miriam FAHMY (dir.), *Miser sur l'égalité*, Montréal, Fides, 2014.

toujours une promesse d'égalité. Mais l'égalité dont elles parlaient à l'époque de leur adoption – celle que cherchait à rétablir entre tous ses membres une société sensible à la solidarité entre eux, attentive à l'injustice systémique rattachée à l'origine sociale de chacun d'eux – est aujourd'hui bafouée par un déploiement de l'inégalité des conditions sociales auquel ni le droit, ni l'éthique, ni l'intérêt bien compris ne semblent en mesure de mettre un frein. Dans le discours néolibéral qui cherche à justifier cet état actuel des choses, l'égalité des chances a changé de sens<sup>156</sup>. Elle a renoncé à la réduction des écarts, à la maîtrise des situations de dépendance, au rapprochement des conditions et à la construction du lien social. Dans une société devenue « liquide » -- pour reprendre l'image de Zygmunt Bauman --, l'égalité se comprend sur le modèle du marché, où doit être présumée et garantie à tout consommateur une égale possibilité d'exercer sa liberté de choix, sans se demander s'il est vraiment en situation de choisir, ou quelle est la mesure réelle de sa liberté<sup>157</sup>.

[60] Ce phénomène massif d'inégalité croissante, inévitablement transposée sur la jouissance effective des droits fondamentaux, appelle une intervention massive et résolue du droit social – décrit à juste titre comme le droit des inégalités<sup>158</sup>. Les quatre niveaux de l'architecture du droit social, que nous avons évoqués plus haut à propos du droit québécois (Pacte international; textes à valeur constitutionnelle; lois de programmation de l'action; lois sociales

---

156 Jacques BEAUCHEMIN, Gilles BOURQUE et Jules DUCHASTEL, « Du providentialisme au néolibéralisme : de Marsh à Axworthy. Un nouveau discours de légitimation de la régulation sociale », (1995) 24 *Cahiers de recherche sociologique* 15-47, p. 39-40.

157 Sur la notion de « modernité liquide », voir notamment Zygmunt BAUMAN, *Work, Consumerism and the New Poor*, 2<sup>e</sup> éd., Maidenhead, Open University Press, 2005 et *Collateral Damage. Social Inequalities in a Global Age*, Cambridge, Polity Press, 2011.

158 François EWALD, *l'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 450.

proprement dites) fournissent le cadre d'une telle intervention; ne manque semble-t-il que la volonté d'agir. L'emprise actuelle du néolibéralisme sur les institutions freine la formation d'une telle volonté. Les considérations qui militent dans le sens d'une intervention sur la base des droits fondamentaux et au moyen du droit renvoient toutes à l'idée de société (cohésion, solidarité, justice sociales) et sont par là même irrecevables dans une vision néolibérale du monde, pour laquelle, selon le mot célèbre, « la société n'existe pas ».

S'agissant de l'aptitude des Chartes canadienne et québécoise à impulser le renouveau d'un droit social qui échapperait à la déshumanisation de l'économie, le sobre constat dressé en 2006 par Nathalie Des Rosiers paraît encore valable :

« [...] les tribunaux continuent de refuser de s'immiscer dans les questions de redistribution des richesses, [...] ils continuent de donner du poids politique à certains enjeux, voire à certains groupes, mais [...] ils arrêtent juste avant la véritable transformation de leur pouvoir économique. »<sup>159</sup>

Cette hésitation – pour dire le moins – à développer le contenu juridique des droits fondamentaux de manière à combattre la dérive inégalitaire des sociétés canadienne et québécoise manifeste l'interférence croissante de la pensée économique dominante dans le champ des droits fondamentaux depuis que ceux-ci ont accédé à une position centrale dans l'ordonnement juridique. Cette interférence signifie que les textes consacrant les droits fondamentaux et cherchant à leur donner effet sont constamment exposés à recevoir une lecture réductrice, conditionnée par une adhésion plus ou

159 Nathalie Des ROSIERS, « Frein, moteur et levier : le droit à l'égalité, les droits économiques et sociaux et le développement des politiques publiques au Canada », p. 213-227 dans Sheila McINTYRE et Sanda RODGERS (dir.), *Diminishing Returns. Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Lexis Nexis, 2006, p. 221.

moins explicite à la vision de la société que comporte cette pensée économique. Le développement propre des droits fondamentaux et leur rayonnement sur l'ensemble de l'ordonnement juridique sont dès lors susceptibles de se heurter à la « cloison de verre » constituée par l'ordre libéral hérité du XIXe siècle. Ce risque est particulièrement élevé dans le cas de la *Charte* canadienne, dont l'inspiration est plus nettement libérale. Il est cependant généralisé, étant donné la tendance des tribunaux à aligner sur l'interprétation de la *Charte* canadienne celle des autres textes relatifs aux droits fondamentaux<sup>160</sup>.

[61] Trois situations permettront d'illustrer cette interférence de la pensée économique dominante sur la conception et la mise en œuvre des droits fondamentaux.

[62] En 2005, la Cour suprême du Canada a été appelée à statuer sur la compatibilité entre un élément du régime québécois de couverture publique des soins de santé et les dispositions des Chartes canadienne et québécoise garantissant le droit à la vie et à la sécurité de sa personne<sup>161</sup>. Le recours visait les dispositions de lois québécoises interdisant la conclusion de contrats d'assurance portant sur le coût de soins médicaux et hospitaliers pris en charge par le régime public. Bien que tous les soins « médicalement nécessaires » soient en principe couverts par le régime public, les difficultés de financement et d'organisation que connaît ce régime entraînent des délais d'attente dans l'accès effectif aux soins, de sorte que la vie ou la santé de certaines personnes est parfois compromise. La possibilité de recourir à des soins dispensés dans le secteur privé

---

160 Voir par ex. l'arrêt *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de)*, 2000 CSC 27. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org) ]

161 *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, 2005 CSC 35. [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org) ]

permet d'échapper à ces délais. Le coût de ces soins étant très élevé et ne pouvant être couvert par une assurance vu l'interdiction, seules des personnes très riches pouvaient s'en prévaloir. Cette interdiction, avec d'autres éléments du cadre législatif, visait à prévenir l'expansion d'un secteur médico-hospitalier privé, qui minerait à terme les ressources, la viabilité et la légitimité du régime public<sup>162</sup>.

La contestation de cette interdiction a été accueillie par la Cour. L'arrêt a fait l'objet de très nombreux commentaires, généralement défavorables<sup>163</sup>. La controverse à son sujet s'est nourrie de ce que non seulement le dispositif de l'arrêt n'a-t-il reçu l'appui que de quatre des sept juges, mais encore les motifs invoqués par cette majorité ne sont-ils pas entièrement concordants. En effet, l'une de ces quatre juges a statué sur la seule base de la *Charte* québécoise, les trois autres – de même que les trois juges minoritaires – ayant pris en considération les deux Chartes. L'arrêt n'est donc concluant que par rapport à la *Charte* québécoise. Le débat, déjà bien perceptible dans les motifs des différents juges, s'est focalisé par la suite sur la légitimité d'une intervention judiciaire, au nom d'un droit individuel fondamental, dans le traitement politique, au moyen d'une loi, d'une question sociale de grande ampleur, présentant d'épineuses dimensions techniques, éthiques et financières.

La position majoritaire de la Cour soutient la légitimité d'une telle intervention, faisant valoir que les dispositions législatives attaquées, par leur conjonction avec l'incapacité apparente (qualifiée

162 Le cadre juridique de la prestation des soins de santé relève de la compétence législative des provinces. Le régime public de la plupart des provinces comporte des règles, analogues à celles du régime québécois et destinées à limiter le développement d'un secteur médico-hospitalier privé.

163 Voir par ex. Marie-Claude PRÉMONT, « Le système de santé québécois et l'intervention de la Cour suprême du Canada fondée sur les droits de la personne », p. 281-300 dans François BÉLAND (dir.), *Le privé dans la santé : les discours et les faits*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2008.

d' « inertie ») des pouvoirs publics à résoudre le lancinant problème des listes d'attente, comportaient une atteinte au droit de chacun à la vie et à la sécurité de sa personne. Ceux des juges de la majorité qui se sont prononcés aussi sur la base de la *Charte* canadienne ajoutent que cette atteinte enfreint son art. 7 en ce qu'elle n'a pas été portée conformément aux « principes de justice fondamentale » puisque l'interdiction de l'assurance privée est à leurs yeux une mesure « arbitraire ». Cette analyse des dispositions d'interdiction est ensuite reprise et développée pour conclure qu'elles ne peuvent se justifier au regard de l'art. 1 de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise<sup>164</sup>.

Le raisonnement majoritaire a donc pour effet de remettre en cause l'arbitrage délicat, exprimé par les choix législatifs et financiers effectués par l'Assemblée nationale, entre d'une part les droits individuels fondamentaux et les valeurs libérales (liberté contractuelle, exercice libéral des professions médicales) et, d'autre part, un droit à caractère collectif (droit d'accès de tous, indépendamment de la richesse et de la condition sociale, à des soins de qualité raisonnable dans un délai raisonnable). Cette remise en cause est justifiée par la protection des droits individuels fondamentaux de la partie plus fortunée de la population. La fermeté de l'arrêt *Chaoulli* dans la juridicisation complète d'un enjeu de politique sociale, dans l'affirmation d'un droit individuel fondamental et dans l'imposition d'un réaménagement législatif et financier n'a pas manqué d'être contrastée avec l'attitude inverse de la Cour dans son arrêt *Gosselin* de 2002<sup>165</sup>.

---

164 Sur cette possibilité de justification d'une atteinte à un droit fondamental protégé par les Chartes, voir les notes 92 et 93 ci-dessus et le passage correspondant du texte.

165 *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 111. Voir cette note et le passage correspondant du texte. Sur le parallèle entre ces deux arrêts, voir Andrew PETTER, « Wealthcare : the Politics of the Charter Revisited », p. 116-138 dans Colleen FLOOD, Kent ROACH et Lorne SOSSIN (dir.), *Access to Health Care*,

[63] Une seconde manifestation d'interférence de l'économisme néolibéral avec la question des droits fondamentaux est survenue en 2006. Le gouvernement fédéral, fraîchement élu et dont l'orientation néolibérale était sensiblement plus affirmée que celle de ses devanciers immédiats, a alors mis fin à un programme de soutien financier public aux groupes ou individus souhaitant invoquer en justice certains droits constitutionnels.

Ce « Programme de contestation judiciaire » se voulait une contribution de l'État fédéral au développement de la « culture des droits » au Canada. Créé en 1978 au sein de l'administration fédérale, il a d'abord été voué au soutien de recours visant à faire respecter les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière linguistique<sup>166</sup>. À compter de 1982, il en a été de même pour les dispositions de la *Charte* canadienne consacrant des droits linguistiques<sup>167</sup>. En 1985, la gestion du Programme a été confiée à un organisme privé sans but lucratif et sa portée étendue aux recours invoquant le droit à l'égalité consacré à l'art. 15 de la *Charte* canadienne. Le Programme est ainsi devenu un puissant moyen de promotion des droits fondamentaux en faveur des catégories sociales touchées par la discrimination (femmes, Autochtones, personnes présentant une incapacité, personnes immigrantes, personnes d'orientation sexuelle minoritaire).

Son action était cependant jugée avec défaveur par ceux qui estiment que la *Charte* canadienne a indûment élargi le rôle du Pouvoir judiciaire au détriment du Pouvoir législatif et accordé un

---

*Access to Justice : the Legal Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.

166 Sur les origines du Programme, voir Linda CARDINAL, « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire », (2000) 19 :2/3 *Politique et Sociétés* 43-64.

167 *Charte* canadienne, art. 16 à 23. Le Programme a notamment soutenu la contestation de la *Charte de la langue française* du Québec dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards*, précitée, note 81.

poids excessif aux groupes minoritaires. Ces critiques ne sont sans doute pas étrangères à une première suppression du Programme par le gouvernement fédéral (conservateur) en 1992. Rétabli en 1994 par le successeur (libéral) de ce gouvernement, le Programme reprend ses activités dans ses deux secteurs (droit à l'égalité et droits linguistiques) jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement (conservateur) y mette fin en 2006. La forte réaction des milieux associatif et juridique a entraîné le rétablissement, en 2008, d'un programme uniquement consacré à la promotion et à la défense des droits linguistiques reconnus par la Constitution, le Programme d'appui aux droits linguistiques (PADL), financé par l'État fédéral et géré par l'Université d'Ottawa.

L'histoire mouvementée du Programme de contestation judiciaire peut se lire à la lumière de l'interférence des conceptions individualistes liées à l'ordre économique libéral avec la question des droits fondamentaux. Dès l'origine, l'existence d'un tel programme de financement public témoigne de la forte légitimité reconnue à la revendication individuelle d'un droit constitutionnel. Dans le contexte des conflits de compétences inhérents au fédéralisme et des tensions linguistiques inhérentes à la société canadienne, on peut s'expliquer que l'État fédéral ait jugé opportun de soutenir des contestations judiciaires qui, au départ, étaient peu susceptibles d'être dirigées contre lui. Ce soutien est devenant plus risqué et plus étonnant à compter de 1985, lorsqu'il a été étendu à des contestations fondées notamment sur le droit à l'égalité, susceptibles de viser les pouvoirs publics fédéraux. De telles contestations restaient cependant peu menaçantes pour les pouvoirs économiques privés, non assujettis à la *Charte* canadienne.

À la longue, cependant, le fait que les principaux bénéficiaires du Programme aient été des groupes susceptibles de chercher, à l'aide du droit à l'égalité, à mettre en question certains aspects

sociologiques de l' « ordre libéral » a sans doute contribué à convaincre certains que le Programme était incompatible avec les présupposés de la *Charte* canadienne. Le sort du Programme tend ainsi à montrer que la « culture des droits » dont les Chartes se veulent l'expression et le vecteur trouve ses limites dans la résistance de l' « ordre libéral » à sa propre remise en question.

[64] Ces limites apparaissent également sur un terrain en apparence plus technique, celui du débat persistant sur la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels. Un récent arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario montre que l'état du droit sur ce point n'a guère évolué depuis l'arrêt *Gosselin*, évoqué plus haut<sup>168</sup>. Dans cette nouvelle affaire, *Tanudjaja v. Attorney General of Canada*<sup>169</sup>, quatre personnes en situation d'itinérance ou logées dans des conditions précaires, ainsi qu'un groupement de défense des droits à l'égalité, recherchaient un jugement déclaratoire et une ordonnance contre les gouvernements du Canada et de l'Ontario. Leur action visait un ensemble de mesures législatives ou administratives et de décisions de politique, de même que l'absence de certaines mesures ou décisions, en matière de logement et d'itinérance. Selon les demandeurs, l'effet cumulatif de ces actes et omissions d'agir constituait une atteinte à la sécurité des personnes vivant l'itinérance ou la précarité de logement et aggravaient la discrimination et l'exclusion dont ces personnes sont victimes; d'où une violation des art. 7 et 15 de la *Charte* canadienne.

<sup>168</sup> *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 111.

<sup>169</sup> 2014 ONCA 852 [en ligne à : [www.canlii.org](http://www.canlii.org)]. La Cour suprême du Canada n'a pas accepté d'entendre un pourvoi formé contre cet arrêt. Rappelons que, sauf en matière pénale, un arrêt de la Cour d'appel d'une province ne peut être porté en appel devant la Cour suprême que si celle-ci l'autorise sur la base de critères très larges : *Loi sur la Cour suprême*, LRC (1985) c. S-26, art. 40 et 43.

La Cour d'appel a confirmé le rejet sommaire de l'action comme étant manifestement mal fondée. Plusieurs organismes et associations étaient pourtant intervenus au soutien des demandeurs, qui avaient produit un dossier de près de 10 000 pages comprenant notamment des témoignages d'experts donnés sous serment. La majorité de la Cour a néanmoins estimé, sans entrer dans l'examen de ce dossier, que la contestation ne présentait pas une composante juridique suffisante pour justifier son traitement par la voie judiciaire : ne visant aucun texte législatif en particulier, son objet était trop diffus et imprécis. Les questions qu'elle invitait le tribunal à trancher – le caractère adéquat de la politique des gouvernements ou le degré suffisant d'urgence de leurs interventions – dépassaient, selon la Cour, les moyens d'une juridiction. Si par ailleurs celle-ci devait se borner à conclure que les gouvernements étaient tenus de se doter d'une politique du logement, le jugement serait dénué d'intérêt concret.

L'arrêt *Tanudjaja* ramène donc le juriste devant les apories que présentait déjà l'arrêt *Gosselin* : Quel contenu obligationnel peut-on reconnaître à un droit fondamental à caractère économique, social ou culturel? Que peut faire un tribunal dans l'hypothèse où il constate l'existence d'une obligation incombant à l'État, corrélative à un tel droit? Précisément parce que l'arrêt *Gosselin* n'apporte pas de réponse définitive à ces questions, le juge minoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario n'aurait pas rejeté sommairement l'action des demandeurs. Ceux-ci lui paraissaient soulever des arguments certes hardis mais dignes d'un débat judiciaire plus approfondi. L'examen du dossier déposé par les demandeurs lui paraissait indispensable pour vérifier si l'affaire ne présentait pas les « circonstances particulières » dans lesquelles, selon les propres termes de l'arrêt *Gosselin*, il serait justifié de reprendre l'examen des questions que celui-ci laissait ouvertes.

Cet arrêt récent révèle à son tour la présence de la « cloison de verre » qui a conduit jusqu'ici les tribunaux canadiens et québécois à se détourner plusieurs fois de débats susceptibles de jeter un éclairage trop cru sur les incompatibilités foncières entre certaines institutions de l' « ordre libéral » et les droits fondamentaux. Se retranchant derrière la complexité des situations sociales, des dispositifs juridiques et des décisions étatiques qu'on lui demande d'examiner, le juriste s'empêche alors de voir que ces choses complexes sont une toile de fond, sur laquelle se détache, parfois, la question terriblement simple du droit de personnes marginalisées ou vulnérables à un pain, un toit ou un peu de sécurité. Se retranchant parfois aussi, et du même souffle, derrière le « sens commun » qui semble si aisément justifier les règles existantes, le juriste s'empêche d'assumer face à l'opinion commune, si vulnérable à l'influence que procure le pouvoir social, la mission normative et critique du droit, jamais plus évidente que sur le terrain des droits fondamentaux<sup>170</sup>.

[65] Ainsi confrontés à de multiples interférences, toutes liées à la persistance et au renforcement récent du schéma libéral des rapports entre l'État, l'économie et la société civile, les droits fondamentaux paraissent en crise. En dépit de la position centrale à laquelle ils ont accédé entre 1946 et 1982, ils courent un risque de marginalisation. Leur capacité de protéger l'autonomie individuelle subsiste, du moins à l'endroit des menaces provenant des pouvoirs publics – leur efficacité contre celles, tout aussi redoutables, provenant des pouvoirs privés, reste très inégale. Leur aptitude à accompagner, par leur plasticité, les changements intervenus dans la société et à les consolider est indéniable – mais leur capacité

170 David SCHNEIDERMAN, « Social Rights and « Common Sense » : *Gosselin through a Media Lens* », p. 57-76 dans Margot YOUNG, Susan BOYD et alii. (dir.), précité, note 114.

d'impulser le changement est beaucoup plus incertaine. Leur capacité d'irriguer l'ensemble du système juridique se heurte encore à des réflexes passésistes, des habitudes de pensée et des pesanteurs d'intérêts.

Cette neutralisation partielle du potentiel transformateur que recélait l'accession des droits fondamentaux à la centralité entretient aujourd'hui, outre la vive conscience de leur inaboutissement, le souci de trouver de nouvelles voies pour en assurer le plein développement. Face en particulier au double défi posé par l'extractivisme et les inégalités, cette recherche de voies nouvelles vers l'actualisation des droits fondamentaux prend un caractère d'urgence : la voie lente, hasardeuse, intrinsèquement défensive, du contentieux constitutionnel ne peut être abandonnée, mais ne peut pas suffire.

## CONCLUSION

[66] Ce parcours historique en deux grandes phases donne matière, semble-t-il, à quelques observations sur le sort et le sens de l'objet juridique « droits fondamentaux » en droit public canadien et québécois. La première est sans doute le constat qu'il s'agit d'un objet en devenir : les termes « émergence », « construction », « inaboutissement » et les images qu'ils suggèrent renvoient à un processus plutôt qu'à un donné. La seconde est que ce processus, par lequel se (re)définit et s'actualise cet objet, est marqué par les tensions et le conflit. Tout droit subjectif est certes à la base une prétention et implique une revendication, donc une possible résistance. Mais l'histoire nous montre que ces droits-ci, pourtant qualifiés de « fondamentaux », n'ont pas été admis d'emblée comme quelque chose de « tout naturel ». Au contraire leur parcours, au Québec et au Canada, est de bout en bout une affaire de revendications acharnées et de déni opiniâtre.

La troisième observation suggérée par ce parcours québécois et canadien est que la tension majeure et la résistance la plus significative auront opposé les droits fondamentaux et la forme de développement économique. Certes, la dynamique des droits fondamentaux, au Québec et au Canada, a partie liée avec le processus historique de construction de l'État; mais puisque ce processus est lui-même issu du processus d'aménagement et de réaménagement d'un espace économique relativement intégré, le devenir des droits fondamentaux est aussi – et, semble-t-il, de manière plus profonde – en liaison avec le développement économique.

Cette liaison s'est manifestée, au cours de la première phase historique, sur le mode de l'accompagnement : le thème des droits fondamentaux a accompagné, de manière intermittente, la progression et l'installation du capitalisme libéral et, par la suite, l'évolution de celui-ci vers une économie industrielle. Dans la seconde phase historique, cette liaison a pris la forme d'une tension de plus en plus conflictuelle entre les droits fondamentaux, désormais intégrés à l'ordre constitutionnel, et le développement économique, qui se détourne de l'État-providence pour s'orienter vers une économie extractive et une société inégalitaire. Ainsi se formule, selon nous, la réponse à notre question de départ sur la relation entre le développement économique et les droits fondamentaux au Québec et au Canada.

Quant à savoir – telle était notre deuxième question – en quoi cette relation entre le thème des droits fondamentaux et le développement économique éclaire la place qu'occupe ce thème dans la culture juridique contemporaine du Québec et du Canada, la réponse ne nous paraît pouvoir être que provisoire. Il semble indéniable que, depuis 1982, la pensée et la pratique juridiques ont assez largement opéré la « conversion intellectuelle »

qu'impliquait l'adoption de la *Charte* canadienne. Le sentiment d'avoir atteint en 1982 un palier historique dans la progression vers une société de droits est très répandu<sup>171</sup>. Il n'a cependant jamais éclipsé tout à fait le jugement pour le moins dubitatif, voire hostile, porté par certains sur la constitutionnalisation des droits fondamentaux. Alors qu'initialement une bonne part de ces réactions se nourrissait de nostalgie envers le schéma classique de la souveraineté parlementaire, leur principal aliment est aujourd'hui l'inquiétude. Le climat de neutralisation et d'inaboutissement des droits fondamentaux, que nous avons tenté de décrire, conduit à s'interroger sur le potentiel véritable des droits énoncés par les Chartes. Le juriste soucieux des valeurs que porte le droit n'est pas près de délaisser l'instrument que lui fournissent les Chartes pour les faire valoir. Toutefois, prudent et préoccupé par les dérives de l'économisme, il songera vraisemblablement à prendre ou reprendre en main d'autres moyens de consolider et d'élargir les droits fondamentaux.

Harry Arthurs l'y invitait d'ailleurs dans un texte consacré aux droits économiques et sociaux, notamment aux droits des travailleurs, en distinguait la « constitution officielle » et la « véritable constitution », celle-ci ressortant du fonctionnement effectif de l'économie et du système juridique, ainsi que de leurs rapports mutuels<sup>172</sup>. Cette « véritable constitution », rappelait-il – et avec elle les droits fondamentaux qu'elle admet – se façonne par l'action collective dans les lieux de travail, l'espace politique et le milieu social. À cette action collective, il conviait le juriste à apporter des idées claires et une capacité de convaincre. Vu l'ampleur et l'urgence

---

171 Chez beaucoup de juristes québécois, la *Charte* canadienne de 1982, quoique d'une légitimité politique douteuse, aura fait naître le sentiment rétrospectif d'avoir atteint ce palier en 1975 avec l'adoption de la *Charte* québécoise.

172 Harry ARTHURS, « Labour and the « Real » Constitution », (2007) 48 *Cahiers de droit* 43-64, p. 61 et 64.

des défis actuels aux droits fondamentaux, cet apport est en effet indispensable.

Data de Submissão: 30 jan 2015

Data de Aprovação: 30 mai 2015

Processo de Avaliação: Double Blind Review

Organizador: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa, Samyra H. Naspolini e Gina Pompeu

Revisão Final: Maria Luiza Alencar M. Alencar Feitosa

Editor: Ernesto Pimentel

Diagramação: Emmanuel Luna

## **Direitos Humanos e Desenvolvimento Econômico: uma Perspectiva Histórica Quebequense**

Pierre Issalys

**Resumo:** Qual tipo de ligação manteve o desenvolvimento econômico do Quebec e do Canadá com o tema dos direitos humanos? De que ponto de vista pode aquela ligação esclarecer a posição ocupada por este tema na cultura jurídica do Quebec e do Canadá em atualidade? Este estudo propõe alguns elementos para responder àquelas perguntas. Durante uma fase inicial, a construção do espaço econômico dirigiu a evolução do ordenamento jurídico; o tema dos direitos humanos fundamentais sobressaiu de forma só intermitente e interagiu com o sistema econômico só no fim do período. Numa segunda fase, o tema dos direitos humanos acedeu a uma posição central no ordenamento jurídico; porém, o conceito de direitos humanos e a implementação deles sofreram e estão sofrendo interferências sob o efeito de mudanças na orientação da economia. Conclui-se que a tensão mais forte e a resistência mais chamativa e reveladora com quais esbarrou a progressão dos direitos humanos no Quebec e no Canadá foi e permanece a forma de desenvolvimento econômico.

**Palavras-chave:** Direito e Desenvolvimento Econômico; História do Direito; Direitos Econômicos e Sociais.