

Les leçons de Jordan, III : à quelles conditions est-il légitime de déroger aux droits constitutionnels fondamentaux?

Maxime St-Hilaire¹

Dans quelles circonstances est-il légitime de la part du législateur de déroger aux droits constitutionnels fondamentaux? Jusqu'à ce qu'une argumentation convaincante soutenant le contraire soit produite, la réponse à cette question est selon moi la suivante : en situation d'urgence ou autrement exceptionnelle. Avant d'expliquer pourquoi, il convient de bien circonscrire le propos.

La question à laquelle le présent article propose une réponse est celle de la légitimité, non pas celle de la constitutionnalité au sens, strict, du droit positif canadien. Cela dit, la question de la légitimité de la dérogation aux droits ne se pose utilement qu'au sujet d'une dérogation qui serait d'abord possible en vertu du droit constitutionnel positif, ce qui n'est pas le cas, par exemple et comme je l'ai démontré dans le second article de la présente série, d'une dérogation que n'admet pas notre droit relatif à la répartition fédérative des compétences.

Cette question est aussi celle de la dérogation ou suspension des droits, non pas celle de leur restriction.

Elle est enfin celle de la dérogation aux droits fondamentaux formellement constitutionnels, en l'occurrence ceux de la *Charte canadienne des droits et libertés*² auxquels l'article 33 de celle-ci permet de déroger, et non celle de la dérogation aux droits fondamentaux « quasi constitution-

nels » tels que ceux protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*³ du Québec.

Comment un juriste peut-il parler de légitimité plutôt que de licéité?

Un juriste peut parler de légitimité plutôt que de licéité, comme n'importe qui, à l'aide d'arguments valides sur le plan normatif, c'est-à-dire sur celui du « devoir être » (*Sollen*), mais cette fois au-delà de ce « devoir être » qui est celui spécialement prévu par le droit positif. En revanche, la catégorie des arguments normatifs valides exclut, non pas toute prise en compte accessoire des faits, mais la pure inférence de faits, car on ne peut inférer la légitimité de l'effectivité.

En effet, même si, à la différence des sciences naturelles par exemple, aucune méthode n'est constitutive d'un « paradigme » dans le domaine normatif moral, politique ou juridique (s'agissant du droit qui « doit être »), cela n'empêche aucunement de croire que toutes les réponses n'aient pas la même valeur, voire de croire qu'il existe une réponse qui soit meilleure que les autres, ni le fait que certains arguments normatifs soient invalides, tel que celui, formulé en violation du principe de David Hume⁴, qui consiste à tirer une conclusion normative d'une pure conclusion de faits. Comme l'a bien expliqué Ronald Dworkin, il y a une frontière intellectuelle infranchissable entre le monde du fait et celui de la valeur :

*Judgments about the physical and mental world can be barely true in the following sense. We can imagine another world that is now exactly like ours in every detail of its present composition save one: in place of the black pen on your desk in this world, on the otherwise identical desk of a person otherwise identical to you in that other world, the pen is blue. Nothing else need now be different in the two worlds in consequence of which those pens, otherwise exactly alike, are of different colors. [...] That is not the case with moral and other value judgments, however. They cannot be barely true; if two worlds differ in some value they must differ in some other, nonevaluative, way as well. There cannot be another world just like this one except that in that world The Marriage of Figaro is trash or that in that world it is morally permissible to torture babies for fun. [...] When a value judgment is true, there must be a reason why it is true. It can't just be true.*⁵

En d'autres termes, il est impossible de parler de légitimité tout en se déroband à la responsabilité, non seulement intellectuelle, mais aussi morale, de présenter des arguments normatifs, et rien que de tels arguments.

Cela dit, je crois pour ma part que, même si son autorité d'expert se modifie alors en conséquence, le juriste, constitutionnaliste notamment, peut dans certaines circonstances contribuer de manière particulière au débat sur les conditions de légitimité de l'exercice d'une compétence juridique, que celle-ci soit constitutionnelle ou ordinaire. Ces circonstances sont celles de l'existence de ce que, dans le cadre d'un projet de recherche sur l'épistémologie et la méthodologie du droit constitutionnel comparé, j'appelle des « standards mondiaux », c'est-à-dire des pratiques tenues pour les meilleures parmi celles adoptées dans le monde et que je considère comme constitutives d'une « positivité juridique de second degré »⁶.

Si je suis d'avis qu'il existe de tels standards en matière de dérogation aux droits fondamentaux constitutionnels, il faut bien se garder de prendre cet avis pour un « avis juridique » au sens strict. Il s'agit d'un avis de juriste sur une question largement juridique, mais non d'un avis de constitu-

tionnalité en droit interne ou de conformité au droit international public positif.

Il est certes plus aisé de ne pas croire aux standards mondiaux du droit constitutionnel que de ne pas croire à l'existence du droit positif interne ou international. Il n'en demeure pas moins que d'alléguer de manière appuyée l'existence d'un standard mondial représente un argument normatif. Il est donc possible au juriste de traiter de cette question sans faire de politique au sens partisan du terme. Mais voyons d'abord en quoi consiste une dérogation aux droits fondamentaux.

La notion de dérogation aux droits

Même s'il est possible de faire une distinction entre la suspension d'un droit à tous égards et sa suspension à l'égard de certaines lois ou dispositions seulement, la dérogation à un droit correspond à sa suspension, qu'il convient de distinguer de sa restriction. Outre la Charte constitutionnelle canadienne, plusieurs instruments relatifs à la protection des droits fondamentaux, dont la *Convention européenne des droits de l'Homme* (CEDH)⁷, autorisent l'État, même si c'est d'une manière qui varie légèrement d'un texte à l'autre, à tenter de justifier les restrictions qu'il peut accessoirement apporter à un ou plusieurs droits fondamentaux dans le cours régulier de son activité, et ce au moyen d'un principe de proportionnalité, qui tient ainsi de standard mondial⁸. Ces instruments font généralement de la dérogation aux droits une catégorie distincte.

Partant, en droit constitutionnel canadien formel, il faut savoir faire la distinction entre, d'une part, la possibilité qu'à l'État de suspendre à priori, totalement mais provisoirement, certains droits ou libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* en vertu de l'article 33 qui ne pose pour ce faire que des exigences formelles et, d'autre part, l'autorisation qui lui est faite par l'article premier de justifier, même à posteriori, la restriction de l'exercice de n'importe lequel de ces droits, mais cela en vertu d'exigences principalement matérielles. Il faut aussi savoir que dans l'arrêt *Ford*⁹ de 1988 la Cour suprême du Canada a confirmé qu'il était possible de recourir à l'article 33 afin de suspendre à

tous égards (sous réserve de la répartition fédérative des compétences bien entendu), au moyen de dispositions dérogatoires « omnibus », l'un ou plusieurs des droits auxquels cet article permet de déroger, soit ceux garantis aux articles 2 et 7 à 15.

Un standard mondial

La pratique qui consiste à dégager des standards mondiaux du droit constitutionnel est bien établie, par exemple dans les travaux de la Commission de Venise, et ce même si les spécialistes universitaires du droit constitutionnel comparé n'en prennent pas suffisamment acte dans la manière dont ils semblent généralement préférer s'accommoder d'un fort pluralisme épistémologique et méthodologique. J'ai déjà résumé ma proposition de justification épistémologique et méthodologique du travail de la Commission dans un billet que j'ai fait paraître sur I•CONnect¹⁰. Je me contenterai ici de rappeler que la Charte constitutionnelle canadienne, tout comme (sur le plan matériel) la Charte québécoise d'ailleurs, participe d'un patrimoine constitutionnel mondial.

Selon l'avis de la Commission de Venise sur *La protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence* :

La loi doit préciser dans quels cas des restrictions peuvent être justifiées et, de préférence, définir l'état d'urgence pouvant justifier des mesures dérogatoires, pour créer des garanties contre tout abus du pouvoir de prendre des mesures restrictives ou dérogatoires et pour éviter que ce pouvoir ne soit utilisé à d'autres fins ou dans une plus large mesure que ne le permettent le droit interne et la CEDH. L'article 15 de la CEDH autorise les dérogations uniquement « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », ce qui implique l'existence d'une situation de nature exceptionnelle [...]. D'ailleurs, même dans une situation exceptionnelle, il y a des droits, figurant alors parmi les plus menacés, qui ne souffrent aucune dérogation. Ce sont les droits dits « absolus » : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de

l'esclavage et le principe « pas de peine sans loi »¹¹.

Certes, l'article 33 de la Charte constitutionnelle canadienne n'assujettit la dérogation aux droits à aucune condition matérielle, pas même l'urgence. Qui plus est, cet article permet de déroger à des droits que la CEDH tient pour absolus — tels que ceux inhérents à la « protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités » de l'article 12 — ou manifestement plus importants — tels que le droit à ce qu'il ne puisse être porté atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne que conformément aux principes de justice fondamentale de l'article 7, ou même les libertés fondamentales de l'article 2 — que d'autres auxquels il ne l'autorise pas — tels que les droits linguistiques des articles 16 à 23 ou la liberté d'établissement du paragraphe 6(2). Et pourtant, si l'article 15 de la CEDH — à laquelle le Canada n'est évidemment pas partie — n'a pas encore réussi, à titre de source matérielle de droit et en application de la présomption de conformité du droit constitutionnel canadien, relatif aux droits fondamentaux¹² sinon général¹³, au droit international — ici irréductible aux traités auxquels le Canada est partie — à éclairer les conditions de licéité constitutionnelle du recours à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'en demeure pas moins un standard mondial et, à ce titre, une source interprétative des conditions de légitimité d'un tel recours.

Reste à voir si l'on a, comme on l'a prétendu, fait une objection valide à cette thèse. Mais il faut d'abord dénoncer l'amalgame trop fréquent entre la Charte constitutionnelle canadienne et la Charte quasi constitutionnelle québécoise des droits et libertés.

Un amalgame trompeur

Ainsi que je m'attardais à le préciser dans le second article de la présente série, la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui figure en Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴, se distingue formellement des autres textes que, de manière variable suivant les cas, elle recoupe matériellement, parmi lesquels la *Charte des droits et libertés de la personne* qu'a adoptée en 1975 le

législateur québécois¹⁵. Elle fait partie de la loi suprême du Canada, si bien qu'elle conditionne la validité des lois fédérales aussi bien que des lois provinciales — ce que, malgré certains abus cultivés de langage, ne fait pas la Charte québécoise au sujet des autres lois québécoises. C'est donc son appartenance à la loi suprême qui fait de la Charte canadienne un texte auquel un législateur ordinaire (fédéral, provincial ou territorial) ne peut déroger que dans la mesure où elle le prévoit, ce qui autrement nécessiterait une modification constitutionnelle formelle mobilisant la procédure (variable) aménagée par certaines des dispositions de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit d'une différence notable avec les lois « quasi constitutionnelles »¹⁶, mais formellement ordinaires et relatives aux droits fondamentaux, dont la Charte québécoise, à la dérogation expresse à laquelle les dispositions de son article 52 n'étaient aucunement nécessaires, puisqu'il est établi dans notre droit qu'un législateur ne peut lier ses successeurs par des conditions de fond¹⁷, et qu'à la lumière du droit britannique, qui compte parmi les sources matérielles du dégagement des principes sous-jacents de notre loi suprême, il est à mon sens improbable qu'il le puisse davantage par des conditions de (« manière » ou de) forme¹⁸.

D'autre part, tandis qu'à son article premier la Charte constitutionnelle autorise, sous la forme d'une « règle de droit » — exigence formelle à laquelle, comme je l'ai déjà déploré¹⁹, la Cour suprême a finalement renoncé en la confondant avec... une condition d'application de la charte elle-même —, la restriction proportionnelle (« test de l'arrêt *Oakes* »²⁰) à tous les droits qu'elle protège, de son côté l'article 9.1 de la Charte québécoise — qui, rappelons-le, n'y a été ajouté qu'en 1982 — ne prévoit une telle autorisation, judiciairement interprétée comme équivalente (dans les rapports de droit public du moins)²¹, que pour la restriction des « libertés et droits fondamentaux » des articles 1 à 9. L'article 9.1 ne s'applique donc pas, outre les droits économiques et sociaux des articles 39 à 48, aux droits judiciaires des articles 23 à 38, aux droits politiques des articles 21 et 22 et, notamment, au « droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne »

des articles 10 à 20.1. À la différence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²², celle relative à la Charte québécoise n'a pas encore jugé bon, en l'absence d'une disposition de restriction qui soit applicable au droit à la non-discrimination, d'interpréter celui-ci à la lumière du principe de proportionnalité. Par conséquent, il peut se révéler utile au législateur québécois de déroger à la Charte quasi constitutionnelle québécoise là où, aux termes de la Charte constitutionnelle canadienne, il sera de préférence possible au procureur général de la province, le moment venu, de tenter de justifier une simple restriction à un droit ou liberté.

D'autres raisons expliquent pourquoi la légitimité de la dérogation à l'une et à l'autre chartes ne peut pas s'évaluer systématiquement à l'aune du même critère. D'autorité formelle moindre, et d'une application forcément limitée aux « matières qui sont de la compétence législative du Québec » — comme le prévoit non seulement son article 55, mais d'abord et avant tout le droit constitutionnel relatif à la répartition fédérative des compétences —, la Charte quasi constitutionnelle québécoise n'en demeure pas moins plutôt ambitieuse sur le plan matériel. Le lecteur pensera sans doute au fait qu'elle reconnaît des droits économiques et sociaux. Mais ce n'est pas tout. À la différence de l'alinéa 10*b*) de la Charte constitutionnelle, par exemple, qui ne reconnaît de droit à l'assistance d'un avocat qu'en cas d'arrestation ou de détention, l'article 34 de la Charte québécoise reconnaît quant à lui le droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assisté devant « tout tribunal », notion que la Cour d'appel du Québec a interprétée²³ de manière à comprendre le comité de discipline et le conseil d'administration d'une coopérative de droit privé, formée en vertu de la *Loi sur les coopératives*²⁴. Il peut donc être d'autant plus utile de déroger au droit, bien plus large que celui de l'alinéa 10*b*) de la Charte constitutionnelle, de l'article 34 de la Charte québécoise qu'aucune disposition de celle-ci n'en autorise la restriction proportionnelle. Bien que l'article 9.1 en autorise la restriction proportionnelle, un autre exemple est le droit au secret professionnel que l'article 9 de la Charte quasi constitutionnelle québécoise reconnaît expressément à « chacun », tandis

que la Charte constitutionnelle ne reconnaît, et ce indirectement, que le secret professionnel du conseiller juridique (avocat ou notaire) par le truchement de l'interprétation donnée par les tribunaux à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives de son article 8²⁵.

Il faut donc éviter d'assimiler conceptuellement, comme le fait mon collègue Guillaume Rousseau dans une étude sur laquelle je me penche à l'instant, la dérogation aux droits de la Charte quasi constitutionnelle québécoise à la dérogation aux droits de la Charte constitutionnelle canadienne.

Un contre-argumentaire invalide

Au sujet de cette étude qu'il a produite pour l'Institut de recherche sur le Québec²⁶, Rousseau écrivait ce qui suit dans *Le Devoir* du 11 mars 2016 : « Nous espérons vivement que notre étude sonnera le glas du mythe selon lequel l'utilisation de la disposition dérogatoire serait un geste grave ne pouvant être posé que dans des circonstances exceptionnelles²⁷. » Avec égards, je pense que, si elle met utilement au jour toute l'ampleur d'une pratique législative québécoise, en revanche cette étude n'a déboulonné aucun mythe relatif aux conditions de légitimité de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux.

En voulant — à tort ainsi que nous l'avons vu avec le principe de Hume — faire jouer le poids du nombre en faveur de la thèse de la légitimité de la pratique québécoise de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux, Rousseau traite comme d'un même sujet des dérogations à la Charte québécoise quasi constitutionnelle et des dérogations à la Charte constitutionnelle, alors que nous venons de voir comment une dérogation à celle-ci sera souvent parfaitement inutile là où une dérogation à celle-là sera nécessaire à l'opérabilité — non pas la validité, car la Charte québécoise ne conditionne pas la validité d'autres lois — de dispositions législatives québécoises. Tel est le cas, par exemple, de la dérogation au droit au secret professionnel de l'article 9 de la Charte québécoise qu'opèrent les articles 151 et 276 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les*

*sociétés d'épargne*²⁸. Tel l'est aussi de la dérogation au droit aux services d'un avocat de l'article 34 de la Charte québécoise que prévoient notamment l'article 542 du *Code de procédure civile*²⁹ (en matière de recouvrement des petites créances) et l'article 73 de la *Loi sur la Régie du logement*³⁰. L'ancienne loi québécoise de 1978 applicable à la libération conditionnelle des détenus de compétence provinciale, la *Loi favorisant la libération conditionnelle des détenus*³¹, contenait elle aussi une disposition dérogatoire, en l'occurrence son article 44, au droit à l'avocat de l'article 34 de la Charte québécoise, en plus d'une dérogation au droit à « une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé », ce que, pour admettre désormais l'assistance d'un avocat, la loi qui l'a remplacée en 2002, la *Loi sur le système correctionnel du Québec*³², ne fait plus. Ces lois n'ont donc jamais dérogé au droit, plus restreint, à l'avocat de l'alinéa 10b) de la Charte constitutionnelle, dont l'interprétation jurisprudentielle pourrait suggérer que, outre l'arrestation, il ne s'applique qu'à la phase initiale de la détention³³.

S'agissant maintenant des dérogations à la Charte constitutionnelle canadienne qu'a relevées mon collègue au sein de la liste dont il remercie le ministère québécois de la Justice de la lui avoir communiquée, elles sont presque toutes dépourvues d'utilité, les dispositions qu'elles entendent protéger ne portant pas atteinte à des droits de cette charte ou, à la rigueur, y apportant des restrictions justifiées.

La dérogation au droit à l'égalité de l'article 15 dont sont porteuses cinq lois québécoises relatives à des régimes publics de retraite n'était aucunement nécessaire³⁴. Relevons au passage que trois de ces cinq dérogations sont en partie inconstitutionnelles, car elles se veulent rétroactives³⁵. Ces dérogations entendent sauvegarder la validité de dispositions relatives à des régimes publics de retraite qui ont pour objet de favoriser ce groupe historiquement discriminé que forment les femmes ou de compenser le fait que, longtemps clercs, certains enseignants aujourd'hui sécularisés n'ont pas eu l'occasion de cotiser suffisamment au régime de retraite qui leur serait normalement applicable. Encore plus

respectueuses du droit en cause que ne l'aurait été sa restriction justifiée, les dispositions ainsi mises à l'abri ne lui portaient pas même atteinte, et ce, sinon en vertu de l'exception prévue au paragraphe 15(2) en faveur des programmes de promotion sociale³⁶, du moins à la lumière de la jurisprudence relative à l'interdiction de discrimination — prévue au paragraphe 15(1) — en matière de régimes publics de retraite et d'assurance contre l'invalidité, et notamment des arrêts *Granovsky*³⁷ et *Withler*³⁸. Même lorsqu'elle est fondée sur une base énumérée au paragraphe 15(1) ou qui lui est analogue, une différence de traitement ne sera pas jugée discriminatoire si elle répond rationnellement aux besoins (réels) des membres de la catégorie qu'elle favorise. Il aurait donc été tout aussi improbable que fût jugé inconstitutionnellement discriminatoire l'ancien programme de soutien financier à l'établissement de jeunes agriculteurs, dont Rousseau entend tirer argument des dispositions dérogatoires qui l'ont protégé. Jean Garon, que mon collègue situe avec émotion « dans la même tradition que le professeur Brun, celle d'un nationalisme progressiste à la fois culturel et économique accordant une importance à la terre »³⁹, avait donc tout faux lorsque, dans le cours des débats de l'Assemblée nationale, il affirmait qu'en raison de son « absolutisme », la Charte constitutionnelle n'avait « pas la souplesse nécessaire » à l'autorisation d'un tel programme, de sorte que « l'utilisation de la disposition “nonobstant” de façon générale pour les lois agricoles (allait) être nécessaire pour maintenir la juridiction du Québec sur son agriculture »⁴⁰.

L'étude de Rousseau mobilise aussi l'adoption, par le législateur québécois, de nombreuses dispositions dérogatoires à la liberté fondamentale de conscience et de religion ainsi qu'au droit à l'égalité que protègent respectivement l'alinéa 2a) et l'article 15 de la Charte constitutionnelle, cela dans le but de sauvegarder des dispositions en matière d'enseignement. Hormis la dérogation systématique, à tous les droits auxquels l'article 33 de celle-ci permet de déroger, de manière à dérober à leur mise en œuvre judiciaire l'ensemble de la législation québécoise alors en vigueur, à laquelle a recouru le Québec du 23 juin 1982 au 23 juin 1987⁴¹, de telles dérogations

plus précises en matière d'enseignement ont été en vigueur du 21 décembre 1984 au 1er juillet 2008⁴². Elles avaient pour objectif immédiat de protéger des dispositions qui « accord[ai]ent des droits et privilèges à une confession religieuse »⁴³. Était-ce de manière juridiquement utile? Avant l'entrée en vigueur de la *Modification constitutionnelle de 1997*⁴⁴, qui a eu pour effet de rendre inapplicables au Québec les paragraphes (1) à (4) de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui sont porteurs de droits scolaires religieux, je ne le crois pas, et ce en vertu du principe, bien établi par notre jurisprudence, selon lequel, à l'exception de la procédure formelle de modification constitutionnelle, une partie de droit constitutionnel formel (supralégislatif) ne peut pas en invalider une autre⁴⁵.

À la suite de cette modification constitutionnelle, qui avait elle-même pour but de permettre au Québec de déconfessionnaliser son système scolaire public⁴⁶, la question de la constitutionnalité, en vertu de la liberté fondamentale de conscience et de religion ainsi que du droit à l'égalité, de nombreuses dispositions entrant dans la composition d'un système scolaire québécois de transition s'est mise à se poser avec plus d'acuité. On redoutait notamment les répercussions jurisprudentielles de l'arrêt rendu en 1988 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Zylberberg*, où était en cause un règlement, pris aux termes de l'*Education Act* ontarien, précisant que « [a] public school shall be opened or closed each school day with religious exercises consisting of the reading of the Scriptures or other suitable readings and the repeating of the Lord's Prayer or other suitable prayers », sous réserve de la possibilité, prévue par la loi aussi bien que par le règlement, pour l'enfant ou ses parents ou tuteurs, d'en demander une exemption⁴⁷.

Le régime que cet arrêt a déclaré inconstitutionnel au motif qu'il portait atteinte de manière disproportionnée à la liberté de conscience et de religion se distinguait, par exemple, de celui qui, en vertu des règlements du Conseil supérieur de l'Éducation du Québec, prévoyait le choix des parents ou tuteurs ou, suivant son âge, de l'enfant, entre un enseignement religieux ou moral. Le 8 juin 1983 en effet, un décret pris par

le gouvernement du Québec en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*⁴⁸ et de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*⁴⁹ venait modifier le règlement de l'ancien comité catholique du Conseil de manière à prévoir que, « [à] chacune des années d'études du primaire et du secondaire, l'école offre le choix entre un cours d'enseignement religieux catholique et un cours d'enseignement moral » et que, « [a]u primaire et aux deux premières années du secondaire, les parents ou tuteurs exercent annuellement ce choix pour l'enfant au moment de son inscription. Aux autres années du secondaire, après avoir obtenu le consentement de ses parents ou tuteurs, l'élève mineur exerce lui-même ce choix »⁵⁰.

Quant à elles, cependant, les institutions d'enseignement protestantes continuaient d'être régies par le règlement du comité protestant de septembre 1975, aux termes duquel le choix entre un enseignement religieux ou un enseignement moral et de culture religieuse appartenait plutôt à ces institutions, la possibilité d'y soustraire son enfant s'inscrivant dans une logique d'exemption⁵¹. Dans le règlement de 1987, ce n'est qu'un enseignement religieux confessionnel qui est prévu, mais demeure la possibilité d'obtenir une exemption⁵², possibilité qui disparaît dans celui de 1991⁵³. Cela dit, en l'absence de dispositions dérogatoires, en cas de contestation les tribunaux auraient sans doute tenu compte, par exemple et le cas échéant, de l'objet, plus médiat mais déclaré, de la loi de 2005⁵⁴, qui était de « supprimer, à compter du 1^{er} juillet 2008, l'ensemble des dispositions de nature confessionnelle » se trouvant dans la *Loi sur l'instruction publique* et la *Loi sur l'instruction publique pour les Autochtones Cris, Inuit et Naskapis*⁵⁵ ainsi que de « modifier en conséquence la mission du Comité sur les affaires religieuses ».

C'est mon avis que, même sur la période se situant entre la modification constitutionnelle de 1997 et la loi de 2005, il était raisonnable de penser que les dispositions en cause étaient justifiables en vertu de l'article premier de la Charte constitutionnelle, et préférable de prendre le risque de devoir les justifier plutôt que de suspendre des droits constitutionnels fondamentaux. En tout état cause — et j'y reviendrai

—, même à concéder, aux fins du débat, que ces dérogations aux droits constitutionnels fondamentaux en matière d'enseignement pouvaient être juridiquement utiles, Rousseau ne présente aucun argument valide en faveur de leur légitimité, se contentant pour l'essentiel de faire siennes les allégations du législateur.

La thèse de mon collègue invoque aussi trois lois pénales portant obligation de retour au travail de grévistes du secteur public, lois qui dérogeaient au droit à la présomption d'innocence des employés qui s'absentaient. Si, pour dater de 1976, l'une de ces lois est antérieure à l'entrée en vigueur de la Charte constitutionnelle et ne dérogeait donc forcément qu'à la Charte québécoise, les deux autres, qui ont été adoptées en 1982 et 1983, contenaient des dispositions prévoyant qu'elles avaient effet « indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 » (même si l'article 15 n'était toujours pas en vigueur)⁵⁶. Il s'agit cette fois selon moi de dérogations plus probablement utiles sur le plan juridique. Il n'était pas acquis que ces deux lois puissent représenter des restrictions justifiées au droit, reconnu à l'inculpé par l'alinéa 11*d*) de la Charte constitutionnelle, d'être présumé innocent. Cela n'était toutefois pas invraisemblable non plus, puisque la possibilité de justifier une restriction à ce droit s'est par la suite avérée⁵⁷. Personnellement, je crois que ces lois présentaient de bonnes chances de passer avec succès un contrôle de constitutionnalité.

En concédant qu'ils étaient pourvus d'une certaine utilité juridique, ces exemples pouvaient-ils l'être d'une dérogation légitime à un droit constitutionnel fondamental? En ce qui concernait le service public hospitalier, il n'était peut-être pas abusif de qualifier la situation d'urgente. Cela dit, le législateur québécois ne semble plus croire à la légitimité de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux comme moyen de prescrire le retour au travail, ce qui prive ici la thèse de mon collègue d'une partie d'un argument qui était de toute façon invalide; pour preuve, les dix-sept lois de retour au travail que le législateur québécois a adoptées depuis lors⁵⁸. On est certes autorisé à penser que si les tribunaux devaient continuer d'interpréter libéralement la

liberté fondamentale d'association de l'alinéa 2d) de la Charte constitutionnelle tout en se faisant une conception relativement étroite de ce qui, en vertu de l'article premier, peut en représenter une restriction justifiée, alors ils pourraient, indirectement et à terme, contribuer à l'émergence d'une pratique législative de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux qui se situerait en porte-à-faux des standards mondiaux⁵⁹. Pour l'heure toutefois, le principe qui se dégage de la jurisprudence constitutionnelle relative à la liberté d'association en matière de lois spéciales de retour au travail veut que de telles lois soient tenues pour une restriction proportionnelle (et donc justifiée) de cette liberté s'il existe une bonne raison (soit un objectif légitime et un lien rationnel entre celui-ci et le moyen pris) de forcer des grévistes à reprendre le travail et qu'à leur droit de grève soit substitué une procédure impartiale et raisonnablement efficace d'arbitrage du différend.

Même en se souvenant des dérogations dont, jusqu'au 10 juin 1993, la *Charte de la langue française*⁶⁰ a bénéficié⁶¹, ce qui précède démontre que, même s'il était rationnellement possible d'inférer de son effectivité la légitimité d'une pratique, le recensement communiqué à mon collègue par le ministère québécois de la Justice contiendrait en réalité bien trop peu d'exemples de dérogations à la Charte constitutionnelle qui, pour se révéler juridiquement utiles, pourraient compter. Mais, en plus de ne pas s'être attelé à vérifier l'utilité juridique des dérogations portées à la Charte constitutionnelle par la loi québécoise, Rousseau n'a pas davantage entrepris de s'interroger sur leur légitimité, qu'en somme il se contente d'affirmer dans son étude. Plus exactement, un semblant d'argument normatif est avancé par mon collègue qui est particulièrement problématique, puisqu'il s'agit d'un argument « existentialiste », au sens où l'on a qualifié un certain moment la pensée de Carl Schmitt⁶².

C'est une forme d'opération particulière du « biais de confirmation » (*confirmation bias*) qui voit Rousseau faire une distinction entre, d'une part, les « juristes canadiens » et « certains juristes québécois proches de ces derniers » et, de l'autre, les juristes qui, pour penser « l'inverse »

de ceux-ci, seraient authentiquement québécois, « au point où il y aurait une théorie de la disposition dérogatoire proprement québécoise »⁶³. Au-delà de l'évocation de la sinistre distinction schmittienne entre « amis » et « ennemis » (intérieurs comme extérieurs), le critère de démarcation retenu par mon collègue est éminemment problématique, puisqu'il consiste à faire dépendre la validité d'une théorie de sa singularité nationale. Dans une telle perspective existentialiste où, confondues, la légitimité et la validité du droit sont fonction de la contribution de celui-ci à la fabrication volontariste d'une identité de groupe, autrement dit à l'édification nationale, ce dont il s'agit pour Rousseau, c'est tout autant de faire correspondre la pratique à une théorie politiquement choisie, autrement dit de justifier une théorie à la lumière de la pratique, que de justifier celle-ci à la lumière d'une théorie, cela par l'apparent renforcement mutuel de ce qui se révèle comme une commode circularité. Candide, notre auteur ne s'en cache pas, puisqu'il écrit ce qui suit :

C'est donc dire que d'Henri Brun à Jacques Gosselin à André Binette en passant par Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, dans la réflexion québécoise autour de la disposition dérogatoire se dégage une vision cohérente, car plusieurs éléments reviennent souvent. [...] Reste maintenant à voir si cette théorie de la disposition dérogatoire est en adéquation avec la pratique. [...] [Ces « statistiques »] révèlent que la pratique de la disposition dérogatoire est très différente au Québec. À elle seule, cette pratique justifie l'existence de la théorie québécoise de la disposition dérogatoire. Car globalement, cette pratique est en adéquation avec la théorie québécoise de la disposition dérogatoire conçue à partir des écrits d'Henri Brun, pour qui cette disposition permet « tout simplement de restaurer la démocratie parlementaire relativement à certains droits et libertés⁶⁴.

Relevons au passage que, parmi les cinq auteurs ici cités à l'appui, trois le sont d'un même ouvrage. Et jamais les arguments de cette poignée d'auteurs ne sont véritablement confrontés à ceux des « juristes canadiens », ou québécois, mais « proches » de ces derniers. Leur soi-disant

« adéquation » à la pratique distinctive du législateur québécois suffirait.

En somme, non seulement Rousseau prétend-il à tort pouvoir inférer la légitimité d'une pratique à partir de son effectivité, mais encore faut-il se rendre compte que, cette effectivité, il la fabrique en partie, et ce dans le but simultané de lui faire justifier la théorie qu'il a choisie sur une base existentialiste. Par conséquent, je ne vois rien de valide dans l'argumentaire au moyen duquel il veut défendre la thèse selon laquelle il aurait déboulonné quelque mythe de la gravité de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux.

Une pratique canadienne conforme au standard mondial

Si l'effectivité d'une pratique massive de la dérogation à la Charte constitutionnelle n'aurait pas pu à elle seule fonder sa légitimité, l'absence d'une telle pratique ne saurait davantage en établir à elle seule l'illégitimité. Cela dit, la rareté de telles dérogations dans le reste du Canada donne à penser qu'en dépit de ses origines, l'article 33 de ladite charte, par la force de l'usage sinon par convention constitutionnelle⁶⁵, y a été interprété de manière conforme au standard mondial.

Sur le plan « génétique », l'article 33 de la Charte constitutionnelle a pour origine l'« entente du 5 novembre 1981 », à laquelle le Québec ne fut pas partie⁶⁶. Cette concession de la part du gouvernement fédéral de l'époque lui a permis d'arracher le consentement de celui des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta au principe de l'introduction d'une « charte » constitutionnelle des droits et libertés dans la loi suprême. Or, même ces provinces ont fait un usage fort limité de la disposition qui nous occupe.

La Saskatchewan avait recouru à l'article 33 de la Charte constitutionnelle afin de protéger une loi sur le retour au travail et de neutraliser les effets d'une décision de la Cour d'appel qui avait déclaré cette loi injustifiablement contraire à la liberté d'association. Toutefois, la Cour suprême

a finalement tranché en faveur du procureur général de la province⁶⁷.

L'Alberta avait prévu recourir à ce même article 33 dans le projet de loi n° 26 de 1998. Cette dérogation devait permettre de limiter le montant d'indemnité payable aux victimes d'un programme provincial de stérilisation. L'opposition publique a cependant conduit le gouvernement à faire marche arrière et ne pas faire adopter cette proposition de loi. D'autre part, en 2000, en réaction à l'arrêt *M. c. H.*⁶⁸ qui statuait que la loi devait accorder les mêmes avantages aux conjoints de fait de même sexe qu'aux autres, le législateur albertain a recouru à l'article 33 pour protéger une loi qui prévoyait qu'un mariage ne pouvait être célébré qu'entre un homme et une femme⁶⁹. L'alinéa 2a), qui prévoyait que « [t]his Act operates notwithstanding (a) the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », a cessé d'avoir effet le 23 mars 2005, soit cinq ans après sa prise d'effet, et ce en vertu du paragraphe 33(3) de la charte. Dans l'intervalle, en 2004, la Cour suprême avait rendu son avis dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*⁷⁰, selon lequel était constitutionnel un projet de loi fédérale prévoyant le droit de personnes du même sexe de se marier. Ce n'est pourtant qu'en 2014 que l'alinéa 1c) de la loi albertaine, qui donnait du mariage une définition hétérosexuelle, a été abrogé⁷¹.

L'article 33 de la Charte constitutionnelle n'autorise à déroger à certains droits que celle-ci protège que « [l]e Parlement ou la législature d'une province », mais l'article 30 prévoit que, « [d]ans la présente charte, les dispositions qui visent les provinces, leur législature ou leur assemblée législative visent également le territoire du Yukon, les territoires du Nord-Ouest ou leurs autorités législatives compétentes ». C'est ce qui explique probablement — car il n'est pas évident que l'article 30 concerne les droits de l'État en plus de ses obligations en vertu la charte — comment le territoire du Yukon s'est senti autorisé à recourir à l'article 33 dans une loi qui n'a jamais été mise en vigueur. Il s'agissait de la *Loi sur le développement et l'aménagement du territoire*⁷², dont le législateur territorial voulait dérober au contrôle de la Charte les dispositions

relatives à certaines nominations, par le Conseil des Indiens du Yukon, à des organes de gestion du territoire.

Au Québec, depuis la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* du 23 juin (veille de fête nationale) 1982⁷³, le recours à l'article 33 de la Charte constitutionnelle canadienne a toujours revêtu une dimension politique, mais la réalité de la mobilisation de cette disposition de la loi suprême par le législateur québécois, réalité dont on il est possible de prendre acte d'un point de vue juridique plutôt qu'empirique, forme une histoire autre que celle racontée par mon collègue Guillaume Rousseau.

Le vrai *case* à l'encontre du contrôle judiciaire des droits et libertés constitutionnels

Dans la lettre ouverte qu'ils ont fait paraître dans *Le Devoir*, Daniel Turp et Guillaume Rousseau affirmaient au sujet de la dérogation aux droits constitutionnels fondamentaux qu'il peut s'agir « d'écarter une interprétation donnée à un droit par les tribunaux pour y substituer l'interprétation du législateur »⁷⁴. En pratique toutefois, il ne s'agit généralement pas, de la part du législateur, de proposer une interprétation de substitution d'un droit, mais bel et bien de l'écarter en faveur de la poursuite d'un objectif d'une autre nature. Cela dit, mieux que dans la thèse d'Édouard Lambert sur *Le gouvernement des juges*⁷⁵, on peut voir dans cette suggestion un écho de celles qu'a élaborées Jeremy Waldron dans son livre intitulé *Law and Disagreement*⁷⁶ ainsi que dans son célèbre article « The Core of the Case against Judicial Review »⁷⁷, entre autres travaux.

Au moyen de véritables arguments, Waldron est l'un de ceux qui se sont opposés avec le plus de force, non pas à toute forme de justice constitutionnelle ou de contrôle judiciaire des droits et libertés, mais à celle seule qu'il qualifie de « forte » (*strong judicial review*), c'est-à-dire au contrôle judiciaire de conformité des lois à la garantie constitutionnelle des droits et libertés, mais sous la forme d'un contrôle de validité

ou d'applicabilité. Aussi forte son objection au standard mondial de la justice constitutionnelle⁷⁸ soit-elle, elle ne me convainc pas. Voici pourquoi.

S'il est d'accord avec Dworkin pour dire qu'en sciences naturelles comme dans la sphère de la morale, l'accord interpersonnel n'est jamais garant de la vérité et que, réciproquement, le désaccord n'est pas un gage d'absence de vérité, en revanche Waldron a toujours accordé une plus grande importance que Dworkin au fait que, dans le premier domaine, l'accord soit bien plus fréquent que dans le second. Dans un premier moment, Waldron insistait sur le fait que, tandis qu'en sciences naturelles on dispose de modes pour ainsi dire plus matériels de résolution des désaccords, rien de tel n'existait de manière à constituer une ou des sciences normatives. Toutefois, le droit offrait selon lui des modes purement formels de résolution des désaccords. Il s'agissait notamment des procédures démocratiques prévues par le droit électoral et parlementaire. Suivant une telle conception procéduraliste ou formelle de la normativité juridique, il se disait d'avis que, à la différence de ce qui peut prévaloir dans le reste de la sphère normative, la question de l'objectivité métaphysique y était dépourvue de pertinence. C'est aussi la raison essentielle pour laquelle il s'opposait à la *strong judicial review*, qui — un peu comme à Kelsen selon qui la justice constitutionnelle devait se limiter à un contrôle formel à la manière d'un « législateur négatif »⁷⁹ — lui paraissait insinuer antidémocratiquement une procédure matérielle objectiviste au sein d'un système normatif formel intersubjectif. Or, ce premier moment, c'était avant qu'il ne fasse la découverte du *jus gentium*. Certes, par la suite Waldron niera toute incompatibilité entre son opposition de principe à la *strong judicial review*, qu'il se dira vouloir maintenir, et son plaidoyer en faveur du recours au droit étranger comme *jus gentium* par les tribunaux américains exerçant ce type contrôle. Ce sera de manière peu convaincante. Au terme de la lecture de son livre de 2012 sur le sujet⁸⁰, son lecteur trouvera improbable la double thèse de cet idéal législateur scientifique, qui produirait du droit suivant une raison juridique mondiale plutôt que sa volonté, et de ce moindre mal que représenterait le juge constitutionnel recourant

au même *jus gentium* conçu comme le produit de la raison plutôt que celui de la pure volonté. Du reste, on observera par la suite chez Waldron un déplacement d'accent, depuis la critique de la *strong judicial review* vers celle de la *judicial supremacy*⁸¹ ou, plus récemment, de la *juris-tocracy*⁸².

Les récents travaux de Waldron sur la question s'ajoutent donc notamment à ceux de Ran Hirschl⁸³, ou au récent ouvrage de Tamas Gyorfí⁸⁴. C'est même devenu une espèce de mode, au sein d'une élite de constitutionnalistes comparatistes, que de critiquer la justice constitutionnelle comme une forme d'« orthodoxie ». Cela passe le plus souvent par une (re)découverte ambiguë de la notion de « pouvoir constituant »⁸⁵, quitte à assimiler celui-ci avec la *Grundnorm* kelsenienne plutôt qu'à son antithèse schmittienne⁸⁶. Cela dit, si les défenseurs « proprement québécois » (au sens entendu par Rousseau) de la légitimité de principe de la dérogation aux droits fondamentaux constitutionnels reprenaient ou, mieux, développaient les arguments des véritables critiques du « nouveau constitutionnalisme », le débat constitutionnel s'en trouverait peut-être enrichi.

* * *

Au-delà des enjeux de son propos immédiat, le présent article avait aussi pour but, sur le plan méthodologique et épistémologique, d'illustrer combien il est important, pour tout ce qui concerne le juridique, de ne recevoir les résultats d'une recherche se voulant « empirique » que sous bénéfice d'inventaire, et aussi que le droit, même constitutionnel, s'il ne se compose pas de faits, est néanmoins irréductible à la politique.

Notes de fin

- 1 Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je remercie Hugo Cyr, Daniel Proulx, Finn Makela, Léonid Sirota et Frédéric Bérard de la discussion éclairante que j'ai eue avec eux sur le sujet, bien que le contenu du présent article n'engage que moi
- 2 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant à son

tour l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

- 3 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12.
- 4 David Hume, *A Treatise of Human Nature* (1738-1740), L A Selby-Bigge ed, Oxford, Oxford University (Clarendon) Press, 1896, à la p 469.
- 5 Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (USA), Harvard University Press, 2011, à la p 114.
- 6 Maxime St-Hilaire, « Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology » (24 avril 2015), en ligne sur SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2598489>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2598489>>.
- 7 *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (1950) et protocoles additionnels (1952-2013), en ligne sur le site du Conseil de l'Europe (bureau des traités): <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>>.
- 8 Voir notamment Grant Huscroft, Bradley W Miller et Grégoire Webber (dir), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Marie Deschamps, Maxime St-Hilaire et Pierre Gemson, « The Cross-Fertilization of Jurisprudence and the Principle of Proportionality: Process and Result from a Canadian Perspective » (22 avril 2010), en ligne sur SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2327537>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2327537>>.
- 9 *Ford c Québec (procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 [Ford].
- 10 Maxime St-Hilaire, « Global Standards of Constitutional Law : What Knowledge? What Method? », Intl J Const L Blog, 12 juin 2015, en ligne: <<http://www.iconnectblog.com/2015/06/global-standards-of-constitutional-law-what-knowledge-what-method>>.
- 11 Commission de Venise, *Avis sur la protection des Droits de l'Homme dans les situations d'urgence*, 66^e session plénière, 17-18 mars 2006, CDL-AD(2006)015-f, aux para 35-38, en ligne: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2006\)015.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2006)015.aspx)>.
- 12 *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 RCS 391.

- 13 *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 RCS 340.
- 14 *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 2.
- 15 *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 3.
- 16 Voir notamment *Robichaud c Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84.
- 17 *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C-B)*, [1991] 2 RCS 525, à la p 563; *Canada (Procureur général) c Friends of the Canadian Wheat Board*, 2012 CAF 183 (CanLII), au para 87.
- 18 *Jackson and others (Appellants) v Her Majesty's Attorney General (Respondent)*, [2005] UKHL 56, au para 9.
- 19 Maxime St-Hilaire, « “Dé-Doré” son blason : le déni de justice constitutionnelle de la Cour suprême du Canada », *À qui de droit* (12 mars 2016), en ligne : <<https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2016/03/12/de-dore-son-blason-le-deni-de-justice-constitutionnelle-de-la-cour-supreme-du-canada/>>.
- 20 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.
- 21 *Ford*, *supra* note 9, aux para 62-63 (motifs de la Cour). Pour un exemple suggestif de l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relativement aux conditions d'application de l'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* aux rapports de droit privé, voir l'ensemble des motifs (majoritaires et dissidents) de l'arrêt *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47 [2004] 2 RCS 551.
- 22 Voir notamment *Affaire Cusan et Fazzo c Italie* (requête n° 77/07), Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt en chambre, deuxième section, 7 janvier 2014, au para 59.
- 23 *Beaulieu c Coopérative des propriétaires de taxi de Laval*, 2003 CanLII 28570 (QC CA).
- 24 *Loi sur les coopératives*, RLRQ, c C-67.2.
- 25 *Canada (Procureur général) c Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 RCS 336.
- 26 Guillaume Rousseau, « La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social », *Institut de recherche sur le Québec* (2016), en ligne: <http://irq.quebec/wp-content/uploads/2016/03/Recherche_ClauseDerogatoire_GRousseau_2016.pdf>.
- 27 Guillaume Rousseau, « Clauses dérogatoires : le mythe de la vilaine “nonobstant” », *Le Devoir* (11 mars 2016), en ligne: <<http://www.ledevoir.com/societe/justice/465232/clauses-derogatoires-le-mythe-de-la-vilaine-nonobstant>>.
- 28 *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c S-29.01.
- 29 *Code de procédure civile*, RLRQ, c C-25.01.
- 30 *Loi sur la Régie du logement*, RLRQ, c R-8.1.
- 31 *Loi favorisant la libération conditionnelle des détenus*, RLRQ, c L-1.1.
- 32 *Loi sur le système correctionnel du Québec*, RLRQ, c S-40.1.
- 33 *R v McLean*, (1989) 50 CCC (3rd) 326 ONCA.
- 34 *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, RLRQ, c R-9.1, art 62; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, RLRQ, c R-11, art 78.1; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, RLRQ, c R-10, art 223.1; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, RLRQ, c R-12, art 114.1; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, RLRQ, c R-12.1, art 211.
- 35 *Ford*, *supra* note 9, au para 36 (motifs de la Cour).
- 36 Voir notamment *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483; *R c Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 RCS 331.
- 37 *Granovsky c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 RCS 703.
- 38 *Withler c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 RCS 396.
- 39 Guillaume Rousseau, *supra* note 26, à la p 13.
- 40 Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, 12 juin 1986, à la p CAPA-489-490, cité dans Rousseau, *supra* note 26, à la p 9.
- 41 *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, RLRQ, c L-4.2; *Ford*, *supra* note 9.
- 42 *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, LQ 2005, c 20, art 19.
- 43 *Ibid* art 9, 11 et 17.
- 44 *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)* (TR/97-141). Voir notamment *Potter c Québec (Procureur général)*, 2001 CanLII 20663 (QC CA).
- 45 Voir notamment *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319 (motifs majoritaires de la juge McLachlin).
- 46 Voir notamment le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué)*, [1993] 2 RCS 511.
- 47 *Zylberberg v Sudbury Board of Education*, 1988 CanLII 189 (ON CA).
- 48 *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c I-13.3.
- 49 *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, RLRQ, c C-60.
- 50 Gouvernement du Québec, *Gazette officielle du Québec*, Partie 2, 115^e année, 29 juin 1983, n°

- 28, Décret n° 1177-83, 8 juin 1982, à la p 2677: *Règlement modifiant le Règlement du Comité catholique du Conseil supérieur de l'éducation sur les institutions d'enseignement confessionnelles reconnues comme catholiques*, art 9-10.
- 51 Gouvernement du Québec, *Gazette officielle du Québec*, Partie 2, 107^e année, 24 septembre 1975, n° 35, Arrêté en Conseil n° 4051-75, 10 septembre 1975, Règlement n° 75-467, 15 septembre 1975, à la p 5109-5112: *Règlement du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation concernant les institutions d'enseignement confessionnelles reconnues comme protestantes*, art 7-11.
- 52 Gouvernement du Québec, *Gazette officielle du Québec*, Partie 2, 119^e année, 23 décembre 1987, n° 55, Décret n° 1860-87, 9 décembre 1987, à la p 6976-6978: *Règlement du Comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation sur les institutions d'enseignement reconnues comme protestantes*, art 5-10.
- 53 Gouvernement du Québec, *Gazette officielle du Québec*, Partie 2, 123^e année, 31 décembre 1991, n° 31, Décret n° 967-91, 10 juillet 1991, à la p 4137-4139: *Règlement du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation sur l'enseignement moral et religieux protestant et sur la reconnaissance comme protestants d'établissements d'enseignement*, art 6.
- 54 *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, *supra* note 42.
- 55 *Loi sur l'instruction publique* et la *Loi sur l'instruction publique pour les Autochtones Cris, Inuit et Naskapis*, RLRQ, c I-14.
- 56 *Loi sur la reprise de la prestation des soins médicaux au Québec*, LQ 1982, c 20, art 16; *Loi assurant la reprise dans les collèges et les écoles du secteur public*, LQ 1983, c 1, art 28.
- 57 Voir notamment *R. c. Downey*, [1992] 2 RCS 10.
- 58 François Delorme et Gaston Nadeau, « Un aperçu des lois de retour au travail adoptées au Québec entre 1964 et 2001 » (2002) 57:4 RI 743; *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, LQ 2005, c 43; *Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et de certains organismes publics* LQ 2011, c 31; *Loi sur la reprise des travaux dans l'industrie de la construction*, LQ 2013, c 20.
- 59 *British Columbia Teachers' Federation c Colombie-Britannique*, 2016 CSC 49; *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 RCS 245; *Association de la police montée de l'Ontario c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 RCS 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 RCS 391; *Canadian Union of Postal Workers v Her Majesty in Right of Canada*, 2016 ONSC 418 (CanLII).
- 60 *Charte de la langue française*, RLRQ, c C-11.
- 61 *Loi modifiant la Charte de langue française*, LQ 1993, c 40; *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1988, c 54; *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1983, c 56; *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, LQ 1982, c 21; *Ford*, *supra* note 9.
- 62 Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique* (1934), traduit par Mira Köller et Dominique Ségler, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- 63 Rousseau, *supra* note 26, à la p 4.
- 64 Rousseau, *supra* note 26, aux pp 6 et 12.
- 65 Sur cette notion, voir notamment *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753.
- 66 Voir notamment Roy Romanow, John Whyte et Howard Leeson, *Canada... Notwithstanding — The Making of the Constitution, 1976-1982*, 25th Anniversary Edition, Montréal, Yvon Blais, 2007.
- 67 *SDGMR c Saskatchewan*, [1987] 1 RCS 460.
- 68 *M. c H*, [1999] 2 RCS 3.
- 69 *Marriage Act*, RSA 2000, c M-5, art 1(c).
- 70 *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 RCS 698.
- 71 *Statutes Amendment Act*, SA 2014, c 8, art 14.
- 72 *Loi sur le développement et l'aménagement du territoire*, LY 1982, c 22.
- 73 *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 61.
- 74 Guillaume Rousseau et Daniel Turp, « Crise des délais en justice criminelle : la disposition de dérogation serait légitime », *Le Devoir* (5 décembre 2016), en ligne: <<http://web1.ledevoir.com/politique/quebec/486330/crise-des-dela-is-en-justice-criminelle-la-disposition-de-derogation-serait-legitime>>.
- 75 Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges* (1921), Paris, Dalloz, 2005.
- 76 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- 77 Jeremy Waldron, « The Core of the Case against Judicial Review » (2006) 115:6 Yale LJ 1346.
- 78 Voir notamment les travaux de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, en ligne: <http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=FR>.
- 79 Hans Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalité des lois : une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine » (1990) 1:1 *Rev fr dr constl* 17.

- 80 Jeremy Waldron, « *Partly Laws Common to All Mankind* »: *Foreign Law in American Courts*, New Haven, Yale University Press, 2012.
- 81 Jeremy Waldron, « Judicial Review and Judicial Supremacy » (2014) New York University School of Law Document de Travail 495, en ligne : <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1499&context=nyu_plltwp>.
- 82 Jeremy Waldron, « “Who Wants Juristocracy?” Who Indeed? », dans Shelley Griffiths, Mark Henaghan et MB Rodriguez Ferrere (dir), *The Search for Certainty: Essays in Honour of John Smillie*, Auckland (NZ), Thomson Reuters New Zealand, 2016, à la p 1.
- 83 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (USA), Harvard University Press, 2007.
- 84 Tamas Gyorfi, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2016.
- 85 Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1788), Paris, Flammarion, 1988.
- 86 Nicolás Figueroa, « I•CON Debate Review : Constituent Power and Constitutional Revolution », (25 février 2015) *International Journal of Constitutional Law* (blogue), en ligne: <<http://www.iconnectblog.com/2016/02/i•con-debate-review-by-Nicolas-Figueroa>>.