

LES DIX ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS ET LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS : QUELQUES RÉFLEXIONS

*Danielle Pinard**

Dans ce texte, l'auteure tente de cerner l'impact des dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil québécois. Elle aborde, dans une première partie, les craintes suscitées par l'impact uniformisateur d'une charte de droits constitutionnalisée dans un système fédéral, impact qu'on a crain particulièrement important à l'égard du droit civil québécois, suite à l'arrêt Dolphin Delivery. Dans une seconde partie, l'analyse de la jurisprudence démontrera cependant une cohabitation relativement pacifique de la Charte canadienne et du droit civil québécois. Parmi les facteurs d'explication analysés, on retrouve le fait que plusieurs des droits de la Charte canadienne n'ont en fait que cinq ans de vie active au Québec, et l'existence indépendante de puissants instruments de protection des droits et libertés au Québec, soit la Charte des droits et libertés de la personne et, ironiquement, le droit civil lui-même.

In this text, the author tries to determine the impact of the ten years of existence of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Quebec civil law. In the first part, she deals with the concerns caused by the standardizing impact of a constitutionalized charter of rights in a federal system, an impact which is feared to be particularly strong on Quebec civil law, as a result of the Dolphin Delivery case. In the second part, however, the analysis of the case law shows a relatively pacific cohabitation of the Canadian Charter and Quebec civil law. The explanatory factors analyzed include the fact that several rights guaranteed by the Canadian Charter have been in force in Quebec only for five years, and the independent existence of powerful instruments that ensure the protection of rights and freedoms in Quebec, that is to say the Charter of Human Rights and Freedoms and, ironically, the civil law itself.

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie ses collègues François Chevrette et Jean Pineau, qui ont commenté une version antérieure de ce texte.

I.	INTRODUCTION	197
II.	REMARQUE PRÉLIMINAIRE : LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS	198
III.	LE DROIT CIVIL EN PÉRIL?	201
A.	<i>L'impact uniformisateur de la Charte canadienne des droits et libertés</i>	201
B.	<i>L'arrêt Dolphin Delivery</i>	206
IV.	UNE COHABITATION PACIFIQUE	209
A.	<i>La jurisprudence</i>	209
B.	<i>Analyse</i>	214
1.	<i>Les cinq ans de la Charte canadienne au Québec</i>	215
2.	<i>L'existence de la Charte des droits et libertés de la personne</i>	217
3.	<i>Le droit civil québécois et la protection des droits et libertés</i>	222
V.	CONCLUSION	232

I. INTRODUCTION

Au-delà de la saga constitutionnelle actuelle, il est un fait socio-logique indéniable : le Québec constitue, au sein du Canada, une société distincte. On retrouve *un élément* de cette distinction dans l'originalité de son système de droit.¹ D'abord colonie française de peuplement, le Québec a reçu le droit français que les colons ont apporté avec eux. La Conquête de 1760 devait en modifier définitivement l'agencement juridique. L'*Acte de Québec de 1774*² finalisait ce nouvel aménagement : en matière de « property and civil rights », le conquérant acceptait de rétablir le droit antérieur à la Conquête. À tous autres égards, cependant, le droit anglais serait le droit applicable. Produit d'une nécessité politique, cette concession de l'Empire britannique manifestait aussi un certain respect d'une composante essentielle à l'intégration de toute société, soit un sentiment d'appartenance à une communauté, exprimé notamment par une forme d'attachement à un *modus vivendi*, quel qu'il soit, par exemple juridique. Cent ans plus tard, l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*³ a fait preuve d'une reconnaissance similaire, en rängeant, parmi les matières de compétence provinciale, la question de la propriété et des droits civils dans la province.⁴ Il s'agissait, pour le Québec, d'une considération fondamentale, essentielle à la survie de son caractère distinctif à l'intérieur du Canada.

On a toujours beaucoup craint pour l'intégrité du droit civil québécois dans un continent marqué par la tradition juridique de la common law anglaise. On a craint l'inévitable processus d'assimilation. On a craint l'interprétation du droit civil par des juges peu familiers avec sa tradition. On a, semble-t-il, eu raison.⁵

Plus récemment, en 1982, on a craint l'impact uniformisateur de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶ Quelques années plus tard, après l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*,⁷ on a craint plus encore pour le droit civil québécois, issu d'actes législatifs assujettis à la *Charte canadienne*, contrairement, nous a-t-on dit, à la common law anglaise. Peut-être ici a-t-on moins eu raison. Dix ans après l'adoption de la *Charte canadienne*, l'assaut massif auquel on pouvait s'attendre n'a, semble-t-il, pas eu lieu. Ou, du moins, l'impact a-t-il été plus subtil que ce qui était prévu. Les prononcés judiciaires d'inconstitutionnalité de

¹ Je ne veux pas entrer ici dans le débat relatif à la signification exacte de cette notion de société distincte. Je pose donc que l'originalité du système de droit au Québec en constitue l'un des éléments pertinents, sans tenter d'en évaluer l'importance relative.

² (R.-U.), 14 Geo. 3, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no 2.

³ Aujourd'hui *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, no 5.

⁴ *Ibid.*, art. 92(13).

⁵ Voir ci-dessous l'introduction de la section III. A.

⁶ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, no 44 [ci-après *Charte canadienne*].

⁷ [1986] 2 R.C.S. 573, 71 N.R. 83 [ci-après *Dolphin Delivery* cité aux R.C.S.].

dispositions législatives de droit civil du Québec, fondés sur la *Charte canadienne*, ont en fait été rarissimes, voire inexistantes.

Je tenterai, dans le présent texte, de cerner cet impact des dix ans de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois, et d'ébaucher certaines pistes d'explication.

II. REMARQUE PRÉLIMINAIRE : LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

On se penchera, dans le présent texte, sur l'impact de la *Charte canadienne* sur le Code civil québécois.⁸ Certes, le Code n'épuise-t-il pas le contenu du droit civil, mais c'est à propos du premier que l'arrêt *Dolphin Delivery*⁹ a suscité au Québec des craintes particulières.

Je ne tenterai pas, aux fins du présent texte, de définir avec précision ou originalité la notion de droit civil. Il semble que la définition la plus exacte puisse théoriquement en être la suivante :

Partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité, état, capacité, etc.), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc., droit patrimonial de la famille y compris régimes matrimoniaux et successions), aux obligations (sources diverses, transmission, extinction, etc.) et, plus spécialement, aux divers contrats et aux sûretés (théorie générale du crédit, hypothèque, etc.).¹⁰

On doit remarquer qu'il s'agit d'une définition matérielle, et non formelle. Le droit civil est défini par son objet, et non par l'identification de ses sources formelles dans le droit positif. Ainsi, le droit civil québécois se retrouve aujourd'hui dans une multitude de sources formelles.

Le *Code civil du Bas Canada* a longtemps constitué le pilier du droit civil québécois. D'abord adopté pour le Bas-Canada en 1866, notamment dans un but de protection de l'originalité civiliste dans un contexte nord américain, on a dit qu'il constituait le monument du droit civil québécois. Le Code de 1866 reproduit le plan du Code napoléon, et prétend, lu à la lumière des principes généraux du droit, à une forme d'exhaustivité dans la réglementation des rapports de droit civil. Il en contient les règles fondamentales, et son champ d'application comprend notamment les obligations et la propriété, en passant par le mariage, la filiation et les successions.

On doit admettre qu'au niveau des principes, le Code de 1866, au même titre que l'ensemble de la législation occidentale de l'époque, a inévitablement été imprégné des valeurs sociales dominantes au moment de son adoption. On ne doit donc pas se surprendre qu'il protège la

⁸ L'expression générique « Code » référera, selon le contexte, au *Code civil du Bas Canada* de 1866, à la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39 [ci-après Code civil de 1980]), ou encore au *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64).

⁹ *Supra*, note 7.

¹⁰ G. Cornu, éd., *VOCABULAIRE JURIDIQUE*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 à la p. 137.

propriété privée, le libéralisme et l'individualisme, qu'il célèbre l'autonomie de la volonté, quels que soient les rapports de pouvoir en présence dans les faits, ainsi que le pouvoir des hommes sur les femmes.¹¹

Il serait cependant trompeur, pour qui s'intéresse à l'originalité du droit civil québécois, d'en limiter l'étude à celle de ce seul Code. En effet, 1866 est loin déjà, et l'évolution de la société québécoise s'est manifestée dans des innovations législatives faisant montrer, notamment dans le domaine du droit civil, d'une préoccupation collective à l'égard d'une nouvelle forme de justice sociale. Ainsi, des réformes ont été adoptées — et la liste n'est certes pas exhaustive — afin de prévoir la révision judiciaire de certains contrats injustes, de rétablir l'égalité entre conjoints ainsi qu'entre enfants naturels et enfants légitimes, de favoriser un équilibre des pouvoirs entre les parties dans le cadre de la location résidentielle ainsi que dans les contrats de consommation.

L'esprit de cet interventionnisme de l'État québécois se heurtait inévitablement aux valeurs libérales du Code de 1866, et les innovations législatives y apportaient des modifications. Certaines des réformes ont toutefois été véhiculées dans des lois distinctes, limitant d'autant le champ d'application du droit commun contenu dans le Code, sans qu'il en paraisse cependant à la lecture de ce dernier, dont la configuration demeurait intacte.¹² Une approche d'interprétation devait alors se développer, fondée sur une opposition formelle entre le Code civil ou droit commun,¹³ d'une part, et les lois particulières ou droit d'exception, d'autre part : le droit commun du Code civil devait continuer d'être interprété de façon libérale, alors que les lois particulières devaient, elles, être interprétées comme toute exception, soit restrictivement. On voit ici rôder le fantôme du type de traitement traditionnellement réservé

¹¹ Voir M. Caron, *Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?* (1978) 56 R. DU B. CAN. 197 à la p. 198 :

Vieux de plus de cent ans — du moins en certains de ses Titres — il [Code civil du Bas Canada] a été conçu à cette époque de libéralisme où le principe de l'autonomie de la volonté a pu servir de fondement à la théorie générale des contrats. L'individu est libre, donc capable de s'engager ; il est aussi tenu d'exécuter ses obligations. De plus, à moins qu'il ne sache discerner le bien du mal, il est responsable du dommage causé par sa faute à autrui. Le Code de 1866, si soucieux des libertés individuelles, reflétait cependant les conceptions de l'époque à l'égard de certaines catégories de personnes : les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les aliénés, ceux qui étaient frappés de mort civile. De plus, le droit de la famille fut marqué par le caractère religieux et autoritaire de la société québécoise d'alors : le mariage ne peut être célébré que par un ministre du culte ; durant le mariage, le mari est le chef incontestable de la société conjugale et familiale.

¹² On ne doit cependant pas nier le fait que certaines des réformes se sont matérialisées dans le Code même, que l'on pense, par exemple, aux règles relatives à la révision judiciaire des contrats ou encore à la location immobilière résidentielle. *Voir ci-dessous*, sous-section IV.B.3.

¹³ L'association des notions de Code civil et de droit commun est déjà trompeuse, en ce que certaines des réformes législatives ont été intégrées au sein même du Code, créant ainsi, à l'intérieur de ce dernier, une zone de droit d'exception.

aux *statutes* dérogatoires au droit commun, dans le système de common law.¹⁴ Du strict point de vue de l'interprétation des lois, dans le contexte du droit civil québécois, cette approche semble pourtant fort discutable. Les lois de réforme du droit civil visent à favoriser des solutions législatives nouvelles dont l'efficacité dépendra en réalité ultimement d'une interprétation judiciaire qui ne soit pas systématiquement restrictive.

Jean-Louis Baudouin a écrit sur les effets déplorables d'une politique législative souhaitant apporter les nécessaires modifications au *Code civil du Bas Canada* dans des lois formellement distinctes, plutôt que dans le Code lui-même.¹⁵ Selon lui, cette façon de faire, vraisemblablement inspirée en partie par un culte quelque peu fétichiste du Code de 1866 a eu comme effet néfaste la création d'une multitude de lois contenant du droit civil, mais rédigées à la manière des *statutes* anglais, et interprétées à la lumière des principes d'interprétation du droit statutaire.¹⁶

Cependant, parallèlement à ces modifications statutaires ponctuelles, le nouveau Code civil de 1980 a progressivement vu le jour. Une réforme en profondeur du *Code civil du Bas Canada* s'était avérée nécessaire depuis longtemps. Après des décennies de travaux préparatoires, et depuis le début des années quatre-vingt, les premiers jalons du nouveau Code civil ont été posés. Ils portent notamment sur la réforme du statut juridique des époux, la filiation et l'autorité parentale. À l'automne 1991, l'ensemble du nouveau *Code civil du Québec* a été adopté par le parlement de Québec. Ce nouveau droit, qui n'est pas encore en vigueur,¹⁷ remplacera finalement dans sa totalité le régime du *Code civil du Bas Canada* de 1866 et du Code civil de 1980.¹⁸

Le droit civil québécois se retrouve donc aujourd'hui, plus que jamais, dans des sources formelles distinctes et multiples : le *Code civil du Bas Canada* de 1866 et le Code civil de 1980, tous deux bientôt remplacés par le *Code civil du Québec* de 1991, et enfin de nombreuses lois particulières.

¹⁴ De façon plus générale, L. Baudouin a bien démontré l'ironie de l'utilisation — pour lutter contre l'envahissement du droit civil d'inspiration française par du droit statutaire d'inspiration anglaise — d'une méthode restrictive d'interprétation du droit statutaire, elle aussi d'inspiration anglaise. Voir *Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec* (1950) 10 R. du B. 397 aux pp. 415-16.

¹⁵ *The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec* dans J. Dainow, éd., *THE ROLE OF JUDICIAL DECISIONS AND DOCTRINE IN CIVIL LAW AND IN MIXED JURISDICTIONS*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1974, 1.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 6.

¹⁷ P.L. 38, *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, 2e sess., 34e Lég. Qué., 1992.

¹⁸ La disposition préliminaire du nouveau *Code civil du Québec* prévoit d'ailleurs, expressément, que ce Code contient le régime de droit commun : « Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le *droit commun*. » (Je souligne). Voir, sur cette importante question du rôle du Code civil comme droit commun : J.-M. Brisson, *L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique* (1992) 52 R. du B. 345.

L'arrêt *Dolphin Delivery*, de la Cour suprême du Canada, a cependant suscité des craintes portant spécifiquement sur l'application de la *Charte canadienne* au droit du Code civil québécois. En effet, suite à cet arrêt, on n'a pas craint un régime particulier pour les lois québécoises particulières contenant du droit civil, puisque, aux fins de l'application de la *Charte canadienne*, ces dernières ne présentent guère de spécificité formelle, par rapport aux lois dérogatoires au droit commun dans un régime de common law. En effet, dans les deux cas, ces lois sont formellement d'origine parlementaire, donc indiscutablement assujetties à la *Charte canadienne*. C'est à un autre niveau que la Cour pouvait avoir établi une distinction selon les régimes juridiques : le Code civil québécois, d'origine législative, serait assujetti à la *Charte canadienne*, alors que la common law, au sens strict de droit de source jurisprudentielle, ne le serait pas.

C'est donc l'impact particulier de la *Charte canadienne* sur cette source principale du droit civil québécois qu'est le Code civil, qui retiendra maintenant notre attention.

III. LE DROIT CIVIL EN PÉRIL?

A. L'impact uniformisateur de la Charte canadienne des droits et libertés¹⁹

Il est difficile de cerner avec précision l'impact qu'auront eu les dix ans de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois. En effet, outre de spécifiques déclarations d'inconstitutionnalité de dispositions législatives, fondées sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte canadienne* pourra avoir indirectement influé sur la façon de penser et de raisonner en droit civil. Ce dernier impact, indirect, est d'autant plus difficile à évaluer que ses manifestations sont évanescentes, relevant plus du monde des idées et des concepts que de celui des conclusions formelles et définitives.

Mais, tout d'abord, on doit aborder ici les dangers nouveaux pour l'intégrité du droit civil québécois qu'ont apportés les changements constitutionnels du début des années quatre-vingt.

On a depuis toujours dénoncé, au Québec, les dangers d'assimilation du droit civil québécois au système de la common law. Parmi les facteurs réels de ce risque, outre le contexte général d'un continent de common law anglaise, on retrouve le fait que les premiers interprètes du Code aient été des magistrats anglais, notamment ceux du Conseil Privé de Londres, non seulement peu sensibilisés à la culture civiliste, mais généralement ignorants de sa principale langue d'expression au Québec.²⁰ On a donc observé une tendance à interpréter le Code de façon

¹⁹ L'essentiel de cette section du texte sera publié dans D. Pinard, *Le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'affirmation de l'intégration et de la souveraineté* dans ACTES DU COLLOQUE SOUVERAINETÉ ET INTÉGRATION, Montréal, Thémis (Colloque tenu à Poitiers en juin 1992).

²⁰ Voir notamment L. Baudouin, *supra*, note 14.

littérale, comme on le fait, dans les systèmes de common law, pour les *statutes*. De plus, le style judiciaire anglais, comme le type de rédaction des jugements, également étrangers à la tradition du droit civil, n'étaient pas de nature à assurer la préservation de son autonomie. La Cour suprême du Canada, à tout le moins au début de son histoire, n'a pas, elle non plus, fait preuve de beaucoup de sensibilité à l'égard du caractère propre du droit civil québécois. Jean-Louis Baudouin a bien montré comment, s'arrogant un rôle d'uniformisation des solutions jurisprudentielles pour l'ensemble du Canada, elle a parfois dénaturé le droit civil, faisant de la common law son droit supplétif, sans rechercher de solutions congrues dans son économie générale.²¹

Toutefois, on estime généralement que les tribunaux québécois, tout comme la Cour suprême du Canada, ont, au cours des dernières décennies, développé une certaine préoccupation relative à l'intégrité du droit civil québécois. C'est donc avec beaucoup d'appréhension que l'on a considéré, au Québec, l'adoption de la *Charte canadienne* de 1982.

Au moment du rapatriement de la Constitution, on s'est en effet inquiété, avec raison, de l'impact uniformisateur qu'aurait inévitablement, dans un système fédéral, l'enchâssement d'une charte de droits et libertés.

Il se dessine une certaine convergence dans les analyses socio-politiques du rapatriement de la Constitution et de l'enchâssement simultané de la *Charte canadienne*. Le premier objectif politique de cette charte, avant même une quelconque forme de protection des droits et libertés, a été de renforcer l'unité nationale par la valorisation d'une identité commune, de façon à contrer les forces provinciales centrifuges, et particulièrement le nationalisme québécois.²² La *Charte canadienne* devait créer une solidarité nouvelle pour l'ensemble de la population du Canada, rendant chacun et chacune bénéficiaires de droits dits nouveaux

²¹ *L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada* (1975) 53 R. DU B. CAN. 715 à la p. 717. Il écrit, à la p. 725 :

D'une part, en effet, on peut logiquement présumer qu'un juge venant d'une province autre que le Québec ne connaît pas aussi bien le droit civil, la tradition civiliste et le processus de raisonnement s'attachant à celle-ci, que la *common law* qui est son propre droit. Parfois même, et l'histoire de la Cour suprême l'a montré, il l'ignore complètement. Il est donc normal, parce que rassurant pour lui, qu'il qualifie et caractérise les problèmes juridiques soulevés dans les instances québécoises selon son propre schème de pensée, et recherche ensuite dans les sources qu'il connaît le mieux à appliquer, par analogie, aux affaires québécoises, la solution dégagée par sa propre jurisprudence.

²² Voir notamment R. Knopff et F.L. Morton, *Le développement national et la Charte* dans A. Cairns et C. Williams, éd., LE CONSTITUTIONNALISME, LA CITOYENNETÉ ET LA SOCIÉTÉ AU CANADA, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, 149 ; P.H. Russell, *The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1983) 61 R. DU B. CAN. 30 ; K. Swinton, *Competing Visions of Constitutionalism: Of Federalism and Rights* dans K.E. Swinton et C.J. Rogerson, COMPETING CONSTITUTIONAL VISIONS: THE MEECH LAKE ACCORD, Toronto, Carswell, 1988, 279 ; A.C. Cairns, « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade », Conférence sur le dixième anniversaire de la Charte canadienne, organisée par l'Association du Barreau canadien, Ottawa, avril 1992.

et fondés sur l'appartenance à la communauté nationale. Toute distinction provinciale ou régionale devenait ici non pertinente. Le discours d'autonomie provinciale ne pouvait que paraître mesquin face à celui des nobles droits et libertés dont on devenait titulaire, qui ne connaissaient aucune frontière provinciale. Par exemple, les revendications environnementalistes ou féministes fondées sur des droits humains, prétendument universels, avec leur dénonciation de viles revendications autonomistes provinciales, illustrent bien de quelle façon la rhétorique des droits peut discréditer la rhétorique du fédéralisme. C'est la communauté canadienne dans son ensemble que l'on a voulu valoriser, dont on a voulu renforcer l'identité et le sentiment d'appartenance, par l'adoption de la *Charte canadienne*. Son appui, prétendu ou réel, a légitimé les prétentions d'action unilatérale du fédéral, au-delà de l'opposition politique provinciale, au moment du rapatriement. Cette valorisation de l'identité canadienne devait être facilitée par la légitimation de l'appartenance à de nouvelles communautés, en concurrence avec les communautés provinciales : les femmes, les autochtones, les groupes ethniques ou religieux, etc.

La majorité des provinces se sont officiellement opposées à l'en-châssement de la *Charte canadienne* pour des motifs démocratiques de souveraineté parlementaire. En fait, plus immédiatement, c'est l'aspect fédéral de la question qui les intéressait vraiment, soit la souveraineté des législatures provinciales à qui la Constitution canadienne a confié, en 1867, pleins pouvoirs sur certains secteurs d'activités. Dans le compromis politique du début des années 1980, elles ont d'ailleurs obtenu des autorités fédérales la concession de l'article 33 de la *Charte canadienne*, cette disposition qui permet à tous les parlements canadiens de déroger temporairement à la suprématie de certains droits et libertés, rétablissant ainsi une forme de souveraineté parlementaire peut-être essentielle à la survie du principe fédéral canadien.²³

Le rôle d'intégration de la *Charte canadienne* se concrétise donc principalement au niveau symbolique, par la consécration de valeurs communes à l'ensemble du Canada et par l'octroi de droits qui ne connaissent pas de frontières provinciales.

Plus encore, cependant, c'est l'interprétation de la *Charte canadienne* par une hiérarchie judiciaire centralisée qui, par la création de

²³ Voir ci-dessous, sous-section IV.B.1. À propos du rôle possible de l'art. 33 dans un système fédéral, voir notamment J. Gosselin, LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE JUDICIAIRE SOUS LE RÉGIME DE LA CHARTE, Cowansville, Yvon Blais, 1991. Il écrit, à la p. 249 :

L'article 33 peut être considéré comme un mécanisme qui indirectement, fait en sorte que les caractères spécifiques et distincts des entités constitutives de la fédération, qui pourraient être évacués ou qui risquent de se voir attribuer un poids relatif négligeable par les tribunaux dans une analyse sous le régime de la Charte, puissent quand même être maintenus afin que la diversité canadienne et la spécificité des entités constitutives, dont est porteur et garant le principe fédératif et qui participent elles aussi à la réalisation du principe démocratique, ne soient pas atrophierées.

normes nationales dans tous les secteurs d'activités étatiques, jouera le véritable rôle d'intégration. Puisque la *Charte canadienne* lie à la fois le Parlement fédéral et les législatures provinciales, dans tous les secteurs d'activités qui font l'objet du partage fédéral des compétences législatives, chaque prononcé judiciaire d'inconstitutionnalité qu'elle permettra établira une nouvelle norme nationale, élaborée par la Cour suprême et opposable à tous les paliers législatifs et exécutifs.²⁴ De plus, l'élaboration de cette norme aura lieu suite à un débat national, opposant libéraux et conservateurs, sur des questions transcendant en apparence la logique du fédéralisme. L'existence d'une charte des droits uniforme, ultimement mise en oeuvre par le plus haut tribunal du pays,²⁵ ne peut, à long terme, que standardiser les choix possibles pour les assemblées législatives provinciales. C'est ce plus haut tribunal qui définira le contenu des nouvelles normes nationales que sont les droits et libertés. Ces nouvelles normes prévaudront désormais aussi dans ce qui était auparavant compris comme étant le champ d'exercice de la souveraineté provinciale.²⁶

La *Charte canadienne* ne garantit cependant pas les droits et libertés de façon absolue. Elle autorise en effet qu'on les restreigne dans des limites raisonnables, dont la justification puisse se démontrer dans le

²⁴ Sur cette question de la création de normes nationales à partir de la *Charte canadienne*, voir notamment : H. Brun, *La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social* dans C. Beckton et A.W. MacKay, *LES TRIBUNAUX ET LA CHARTE*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, 1 ; Knopff et Morton, *supra*, note 22 ; Russell, *supra*, note 22.

²⁵ On doit noter ici que la Cour suprême du Canada a été créée par une simple loi du Parlement fédéral, et que ses juges sont nommés par le gouvernement fédéral. Pour une présentation du caractère centralisé de la Cour suprême du Canada et une considération de l'anomalie que constitue un tel caractère dans un contexte fédéral, voir Pinard, *supra*, note 19.

²⁶ Voir J. Woehrling, *Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec* dans P. Patenaude, éd., *QUÉBEC-COMMUNAUTÉ FRANÇAISE DE BELGIQUE : AUTONOMIE ET SPÉCIFICITÉ DANS LE CADRE D'UN SYSTÈME FÉDÉRAL*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, 119 (Actes du colloque tenu le 22 mars 1991, Faculté de droit, Université de Sherbrooke). Il écrit, à la p. 141 :

Enfin, la mise en oeuvre des droits et libertés touche des problèmes de culture et de civilisation et amène les tribunaux à se substituer au législateur pour effectuer les « choix de société » ; or cette mise en oeuvre se fait à l'échelle nationale, par le biais d'une hiérarchie judiciaire centralisée qui utilise inévitablement une approche uniforme pour interpréter les standards constitutionnels. L'uniformité de l'interprétation constitutionnelle imposée par la Cour suprême fédérale pourrait donc, en théorie du moins, limiter considérablement la variété des choix politiques qui s'offrent aux organes démocratiques des différents États membres de la fédération. Pour ces différentes raisons, il existe donc une indéniable tension entre, d'une part, la diversité des statuts juridiques qu'entraîne le système fédéral et, d'autre part, l'exigence d'uniformité et d'universalité qu'on associe habituellement avec le principe d'égalité et de non-discrimination et, de façon plus générale, avec la mise en oeuvre des droits et libertés.

cadre d'une société libre et démocratique.²⁷ L'évaluation judiciaire ne portera donc pas que sur l'étendue des droits et libertés en eux-mêmes ; elle aura aussi, et surtout, pour objet la détermination du caractère raisonnable de limites qui leur sont apportées par l'État, à propos desquelles des différences d'opinion peuvent légitimement coexister dans une démocratie libérale.²⁸ Dès lors, des réponses uniformes à l'échelle du Canada ne devraient théoriquement pas être jugées nécessaires.

En effet, il ne faudrait pas oublier que l'adoption de la *Charte canadienne*, en principe, n'a pas modifié le caractère fédéral de l'organisation politique canadienne.²⁹ Or l'un des postulats du fédéralisme, on le sait, est qu'il existe des choix de société qui seront faits avec plus d'à-propos par les communautés décentralisées que par l'État central.³⁰ La *Charte canadienne* aura vraisemblablement pour effet de limiter les pouvoirs législatifs et exécutifs, mais elle ne devrait pas modifier leur structure constitutionnelle fondamentale.³¹ L'autonomie régionale demeure une valeur constitutionnelle importante du système canadien. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs déjà reconnu, en 1987, qu'on n'avait

²⁷ *Charte canadienne*, *supra*, note 6, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

²⁸ Voir notamment Russell, *supra*, note 22 et Knopff et Morton, *supra*, note 22.

²⁹ D. Gibson, *Tort Law and the Charter of Rights* (1986) 16 MAN. L.J. 1 à la p. 5 :

The *Constitution Act, 1867*, recites a desire to be "federally united," and federalism is as much a part of the Canadian constitutional fabric as are the fundamental rights entrenched in the *Charter*. That means that every province has the right to seek its own legislative solutions within its area of jurisdiction.

Voir aussi dans le même sens : Brun, *supra*, note 24 ; Knopff et Morton, *supra*, note 22.

³⁰ Voir J. Woehrling, *supra*, note 26 à la p. 121 :

En effet, le choix d'une structure fédérative, de préférence à l'État unitaire, a pour but de permettre aux diverses collectivités composant la fédération d'exprimer et de conserver leur spécificité. C'est pourquoi les compétences de l'État central sont limitées aux matières d'intérêt commun, les États membres étant libres de poursuivre les politiques de leur choix dans leurs domaines de compétence. Il en résulte inévitablement une certaine diversité des régimes juridiques qui entre en conflit avec le principe d'égalité et de non-discrimination et, plus généralement, avec l'universalisme inhérent aux droits de l'homme.

³¹ Le passage suivant de l'opinion du juge en chef Dickson, dans *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 à la p. 288, 110 N.R. 321, illustre cette préoccupation :

Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte de l'exercice par les législateurs provinciaux de leurs compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1) [disposition de la *Charte canadienne* garantissant les droits à l'égalité].

jamais voulu que la *Charte canadienne* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution, et que son incorporation dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ne saurait modifier le pacte confédéral initial.³² Les autorités provinciales sont encore, théoriquement, en meilleure position pour élaborer certains choix de société.

Le type d'analyse auquel se livreront les tribunaux, dans l'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés constitutionnels par les législatures provinciales, devrait donc faire une place aux considérations d'ordre fédéral. Or, il se peut que la seule façon de le faire se ramène à une attitude de déférence à l'égard des choix législatifs. Plus la Cour suprême du Canada fera preuve d'un tel respect, plus les législatures provinciales seront à même d'élaborer leurs propres priorités, dans leur champ de compétence constitutionnelle. La survie du principe fédéral, et des souverainetés provinciales qu'il sous-tend, dépendra donc d'une approche réservée de la Cour en matière de droits et libertés. Henri Brun l'a exprimé en ces termes :

La Charte canadienne n'a pas été assortie non plus d'une modification du caractère fédératif de la constitution du pays. En certaines matières, le droit doit continuer de se développer à l'échelle des différentes provinces, de façon aussi indépendante qu'il se développe en d'autres matières à l'échelle de l'ensemble de la fédération. Une application inconsidérée de la Charte risquerait à ce chapitre de produire des effets centralisateurs menaçants pour la diversité et la dualité canadiennes.³³

Entendons-nous. La *Charte canadienne*, on l'a vu, jouera inexorablement un rôle d'intégration à l'intérieur du système fédéral canadien. C'est d'ailleurs, fort probablement, sa raison d'être principale, dans l'esprit des dirigeants fédéraux qui en furent les promoteurs. La déférence judiciaire, prônée ici, ne servirait qu'à limiter cet impact, dans un souci de respect des souverainetés provinciales.

B. *L'arrêt Dolphin Delivery*

Une importante décision de la Cour suprême du Canada a fait craindre que, ironiquement, cet impact uniformisateur de la *Charte canadienne* se fasse sentir plus encore au Québec que dans le reste du Canada.

En 1986, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, a décidé que l'article 32 de la *Charte canadienne*³⁴ en délimitait exhaustivement le champ d'application, et que celle-ci ne portait donc que sur les actes législatifs et exécutifs. Il s'agissait d'une cause dans laquelle

³² *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 77 N.R. 241.

³³ *Supra*, note 24 à la p. 5.

³⁴ *Supra*, note 6, art. 32(1) :

32.(1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada....
b) à la législature et au gouvernement de chaque province....

un syndicat alléguait qu'une injonction judiciaire visant à l'empêcher de faire du piquetage secondaire portait atteinte à sa liberté d'expression. Or l'interdiction même de procéder à ce type de piquetage trouvait sa source dans une règle de common law créant un *tort* du fait d'inciter à une rupture de contrat. Une règle de common law de droit privé et une intervention des tribunaux constituaient donc le support de la prétendue atteinte à la liberté d'expression. Il n'y avait ici ni action législative, ni action exécutive, et la Cour a donc conclu à l'inapplicabilité, en l'espèce, de la *Charte canadienne*.

Cette décision a fait l'objet d'une multitude de commentaires et de critiques, que je ne compte pas reprendre dans le présent texte.³⁵

Une inquiétude directement pertinente ici a cependant été celle relative à l'impact de cette décision sur le droit civil québécois. En effet, le droit d'origine législative en constitue la source principale, et même son droit commun se retrouve donc formellement dans un acte d'origine législative, en l'occurrence le Code civil. On s'est donc demandé si un des effets de la décision dans *Dolphin Delivery* n'était pas une plus grande application de la *Charte canadienne* au Québec, par rapport au reste du Canada, le Québec étant la seule province dont le droit civil se situe dans une tradition de droit écrit. L'ironie, découlant du fait que seul le Québec n'a pas été partie à l'accord constitutionnel du début des années quatre-vingt ayant donné le jour à la *Charte canadienne*, n'est pas passée inaperçue.³⁶

Cet aspect de la décision de la Cour, qui fonde en partie les règles d'application de la *Charte canadienne* sur la distinction entre le droit écrit et la common law, a fait l'objet de nombreuses critiques, tant au Canada anglais qu'au Québec. On a souligné, par exemple, que la non-application de la *Charte canadienne* à certaines règles de common law de droit privé protégerait parfois une forme de discrimination entérinée par l'Etat, comme la règle relative au domicile de la femme mariée.³⁷ On a évoqué l'imbrication certaine de la common law et du droit statutaire, faisant ressortir la difficulté, à cet égard, d'une distinction formelle. Ainsi, par exemple, Brian Slattery a démontré que l'application même de la common law résultait systématiquement de lois de réception, lui donnant ainsi un ultime fondement statutaire.³⁸ On s'est

³⁵ Voir, par ex., les première et deuxième parties dans G.-A. Beaudoin, éd., *VOS CLIENTS ET LA CHARTE — LIBERTÉ ET ÉGALITÉ*, Cowansville, Yvon Blais, 1988 (Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1987) ; Y.-M. Morissette, *Certains problèmes d'applicabilité des Chartes de droits et libertés en droit québécois dans APPLICATION DES CHARTES DES DROITS ET LIBERTÉS EN MATIÈRE CIVILE*, Cowansville, Yvon Blais, 1988, 1 ; H. Brun et G. Tremblay, *DROIT CONSTITUTIONNEL*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, à la p. 804 et s.

³⁶ Voir, par ex., l'analyse de H. Brun et G. Tremblay, *ibid.*, à la p. 805 et s. et celle de Y.-M. Morissette, *ibid.* à la p. 19.

³⁷ Voir, par ex., A. Acorn, *Gender Discrimination in the Common Law of Domicile and the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1991) 29 OSGOODE HALL L.J. 419.

³⁸ *The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver?* (1987) 32 R.D. MCGILL 905 à la p. 910 et s.

demandé si, dans les cas où le législateur intervient afin de soustraire certaines situations à l'application d'une règle de common law, il n'intervenait pas aussi, *a contrario*, à l'égard de celles qu'implicitement il acceptait de voir encore régies par la common law.³⁹

À propos du droit du Québec, on s'est demandé si cette décision n'avait pas pour effet d'assujettir tous les rapports privés au régime de la *Charte canadienne*, puisque, ultimement, ils se rattachent d'une quelconque façon au droit du Code civil. On doit en effet se rappeler la prétention à l'exhaustivité des codes de tradition civiliste, notamment manifestée par cette directive donnée à celles et ceux chargés de les appliquer : « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».⁴⁰ Ainsi, la liberté contractuelle, consacrée par le Code, n'est-elle pas l'habilitation législative de l'ensemble des contrats en vigueur au Québec?

Par ailleurs, on a mis en doute l'idée que, toujours au sens de l'arrêt *Dolphin Delivery*, l'ensemble du droit civil québécois puisse être qualifié d'acte législatif. En effet, le Code contient plusieurs prescriptions couchées en termes généraux et abstraits, et leur concrétisation est souvent réalisée par des théories jurisprudentielles, sinon doctrinales.⁴¹ Yves-Marie Morissette a fort bien mis en évidence le rôle important du droit prétorien dans la tradition civiliste.⁴² Que l'on pense aux régimes de responsabilité civile contractuelle ou délictuelle, il est difficile de voir dans leur formulation générale de droit écrit, plutôt que dans leur mise en oeuvre concrète par les tribunaux, une source éventuelle de violation de droits et libertés.

La Cour d'appel du Québec a manifesté une telle préoccupation dans *Larose c. Malenfant*.⁴³ Il s'agissait, dans cette affaire, d'une action en diffamation, fondée sur l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* qui énonce en ces termes le principe de la responsabilité civile délictuelle : « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. » À la lumière des faits de l'espèce, la Cour a ultimement conclu à absence de responsabilité. Elle a cependant émis le commentaire suivant :

[À] lire l'arrêt *Dolphin*, il est difficile d'imaginer que la Cour suprême aurait jugé différemment s'il se fut agi d'une cause provenant du Québec. Le seul principe général de l'article 1053 C.C. me paraît insuffisant pour qu'on puisse dire qu'il y a en cause un acte du gouvernement du Québec.⁴⁴

³⁹ D. Gibson, *What did Dolphin Deliver?* dans Beaudoin, éd., *supra*, note 35, 75 à la p. 79.

⁴⁰ Art. 11 C.c.B.C.

⁴¹ *Par ex.*, la théorie de l'enrichissement sans cause. Cette théorie sera consacrée aux art. 1493 et s. du nouveau *Code civil du Québec* de 1991.

⁴² *Supra*, note 35 à la p. 21 et s. Il écrit, à la p. 22 : « [S]eule une conception rudimentaire du droit civil nierait l'importance prééminente de la créativité judiciaire et doctrinale dans un système de droit codifié. »

⁴³ [1988] R.J.Q. 2643, 18 Q.A.C. 145 [ci-après cité aux R.J.Q.].

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 2645.

Pour la Cour d'appel, il semble donc que l'on doive nuancer les conclusions de l'arrêt *Dolphin Delivery*, et que, à tout le moins, le principe général de la responsabilité civile délictuelle ne constitue pas un acte législatif apte à déclencher, en soi, l'application de la *Charte canadienne*.

Les inquiétudes soulevées par l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'égard de l'intégrité du droit civil québécois persistent cependant. Une réponse définitive n'a pas encore été donnée. On doit souligner, par exemple, une remarque récente et peu banale de Madame la juge Wilson, alors juge à la Cour suprême du Canada. Elle a écrit l'*obiter* suivant, dans *McKinney c. Université de Guelph*,⁴⁵ une cause portant sur l'âge de la retraite obligatoire et l'application de la *Charte canadienne* aux universités, dans une opinion dissidente :

Je partage l'avis des commentateurs que l'une des conséquences du refus, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, d'appliquer la *Charte* à la common law en l'absence d'une action gouvernementale est que la *Charte* aura une application plus générale au Québec que dans les autres provinces. Il semble toutefois inévitable que toute loi, y compris le *Code civil* du Québec, soit assujettie à un examen fondé sur le par. 32(1) de la *Charte*. À cet égard, je ne vois aucune raison pour laquelle le *Code civil* peut être distingué des autres lois.⁴⁶

Pour Madame la juge Wilson, donc, et peut-être pour bien d'autres, l'arrêt *Dolphin Delivery* a bel et bien créé un régime juridique particulier pour le droit civil québécois, à l'égard de la *Charte canadienne*. On n'est plus ici sur le terrain de la spéulation.

IV. UNE COHABITATION PACIFIQUE

A. *La jurisprudence*

Certains ont tenté de conceptualiser les lieux de heurts possibles entre le droit civil québécois et la *Charte canadienne*.⁴⁷ Je ne reprendrai pas ici cet exercice. J'illustrerai plutôt la question par une brève présentation de certaines des rares décisions judiciaires ayant abordé le contrôle de constitutionnalité du droit civil québécois à la lumière de la *Charte canadienne*.

Tout d'abord, on doit remarquer que la Cour suprême du Canada n'a à peu près pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité du droit civil québécois avec la *Charte canadienne*.

⁴⁵ [1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. (4th) 545 [ci-après cité aux R.C.S.].

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 327.

⁴⁷ Voir, par ex., J. Woehrling, *L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit de la famille au Québec* (1988) 19 R.G.D. 735 ; Morissette, *supra*, note 35 à la p. 20 n. 70. Pour une étude détaillée des rapports entre les normes constitutionnelles et le droit civil, voir F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil* (1982) 81 REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL 245.

Dans *Irwin Toy Ltd c. P.G. Québec*,⁴⁸ bien sûr, la Cour a jugé que les dispositions de la loi québécoise sur la protection du consommateur interdisant en principe toute publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans violaient la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne*, mais qu'elles constituaient une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. La Cour s'est donc prononcée ici, directement, mais sur une loi particulière de droit civil, formellement semblable à d'autres lois des provinces de common law, donc en marge de notre champ précis d'intérêt, soit le droit du Code.

Dans la récente affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*,⁴⁹ la Cour suprême a précisé que l'application des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne* ne connaissait pas en principe, à l'intérieur du Canada, de limites territoriales. Ainsi, le gouvernement ne pouvait justifier une atteinte à la liberté d'expression par son droit de propriété sur un aéroport, en l'espèce protégé par le *Code civil du Bas Canada*.⁵⁰ Cette décision de la Cour peut en fait être lue comme favorisant une interprétation atténuée du droit de propriété du droit civil québécois, ce droit ne pouvant s'exercer, en l'espèce, que dans le respect de la liberté d'expression.

Enfin, dans *Tremblay c. Daigle*,⁵¹ la Cour suprême a interprété le droit civil québécois et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵² comme ne protégeant pas le droit à la vie du foetus, mais ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de cet état du droit québécois avec la *Charte canadienne*. En effet, il s'agissait d'un recours intenté par une partie privée (le père biologique) afin de demander aux tribunaux d'empêcher une autre partie privée (son ex-compagne) d'obtenir un avortement, acte qu'il alléguait être contraire au droit à la vie du foetus. La Cour n'a trouvé en droit positif québécois aucune apparence de droit pouvant fonder l'injonction demandée. À propos des arguments relatifs à la *Charte canadienne*, voici le laconique commentaire de la Cour :

Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la *Charte canadienne* puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque.... Ni l'intimé ni les intervenants qui ont invoqué la *Charte canadienne* comme base possible de l'injonction n'ont contesté le bien-fondé de l'arrêt *Dolphin Delivery* ni offert de raison de distinguer cet arrêt de l'espèce.⁵³

⁴⁸ [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4th) 577 [ci-après *Irwin Toy* cité aux R.C.S.].

⁴⁹ [1991] 1 R.C.S. 139, 77 D.L.R. (4th) 385.

⁵⁰ Art. 406 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. »

⁵¹ [1989] 2 R.C.S. 530, 102 N.R. 81 [ci-après cité aux R.C.S.].

⁵² L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*].

⁵³ *Supra*, note 51 à la p. 571.

La Cour a donc appliqué l'arrêt *Dolphin Delivery* et, ne trouvant en cause dans cette affaire aucun acte législatif ou gouvernemental, a dès lors conclu à l'inapplicabilité de la *Charte canadienne*.⁵⁴

Les tribunaux québécois ont aussi eu certaines occasions de commenter les interactions entre le droit civil québécois et la *Charte canadienne*.

Ils ont affirmé, dans des causes particulières, la compatibilité du principe de responsabilité civile délictuelle prévu à l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* avec la *Charte canadienne*.⁵⁵

On l'a vu, dans *Larose c. Malenfant*, la Cour d'appel a même mis en doute l'assujettissement de ce principe général à la *Charte canadienne*. Elle a cependant jugé qu'en l'espèce, le droit québécois n'était nullement contraire à la liberté d'expression constitutionnellement protégée.⁵⁶

Dans *Fortin c. Syndicat national des employés de l'Hôtel-Dieu de Montréal (C.S.N.)*,⁵⁷ il s'agissait d'une action en diffamation fondée sur l'article 1053 et portant sur des écrits émanant d'un syndicat, relatifs à un chef de service. Le juge Jules Deschênes a interprété le principe de responsabilité civile prévu à l'article 1053 à la lumière de la liberté d'expression protégée par les chartes.⁵⁸ Il a conséquemment accepté une défense basée sur la théorie du caractère loyal et rejeté l'action.

⁵⁴ N'aurait-on pas pu alléguer que cette non-reconnaissance tacite du droit à la vie du foetus, par le droit positif québécois, constituait en fait une violation, par abstention législative, de ce droit prétendument garanti par la *Charte canadienne*? Une telle approche aurait vraisemblablement heurté la conception traditionnelle de la *Charte canadienne* comme document libéral ne servant qu'à contrôler l'action formelle, et non l'« inaction » de l'État.

⁵⁵ Voir, par ex., *Rôtisseries St-Hubert Ltée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)* (1986), [1987] R.J.Q. 443, 12 C.I.P.R. 89 (C.S.).

⁵⁶ *Supra*, note 47 à la p. 2646 :

[P]our les fins du présent dossier, le droit interne québécois ne diminue en rien la liberté d'expression que confère la *Charte canadienne des droits et libertés*. De fait, comme si cela était nécessaire, la loi intitulée *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît l'existence de cette liberté d'expression au Québec.

⁵⁷ [1988] R.J.Q. 526, J.E. 88-211 (C.S.) [ci-après *Fortin* cité aux R.J.Q.]. Désistement d'appel 1989-01-23.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 534 :

Le guide, c'est l'article 1053 C.C. : responsabilité de toute personne pour une faute provenant de son fait ou de son imprudence. Voilà qui devrait suffire dans le système de droit québécois.

Les récentes chartes des droits ont toutefois mis en évidence la liberté d'expression d'une façon qu'on ne saurait ignorer en appliquant l'article 1053....Il faut reconnaître à l'exercice de ces libertés la plus grande latitude compatible avec la vie en société et interpréter l'article 1053 en conséquence.

Il ajoute, à la page 535 :

Cependant, nul ne saurait se retrancher derrière la Constitution pour réclamer l'absolution d'un crime ou d'un délit. La liberté d'expression doit s'exercer par quiconque dans le cadre de la loi. Or, appliquant la règle de droit pertinente, de temps immémorial la jurisprudence du Québec a tenu compte en ces matières de la liberté d'action reconnue aux moyens de communication de masse par la doctrine anglo-saxonne, et des priviléges qui viennent ainsi arc-bouter l'édifice de la liberté d'expression.

Les tribunaux ont aussi confirmé le caractère constitutionnel de l'article 30 du *Code civil du Bas Canada*, qui prévoit le principe que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

Dans *Droit de la famille* — 955,⁵⁹ le juge Monet, de la Cour d'appel, dans une discussion de cet article 30, a souligné la souplesse et l'adaptabilité des valeurs fondamentales formulées par le Code.⁶⁰ Dans ce même arrêt, le juge Malouf a souligné l'importance d'appliquer les notions abstraites du Code dans le respect des droits et libertés.⁶¹

Dans *Droit de la famille* — 1456,⁶² la Cour d'appel a précisé que cet article était « essentiellement neutre, interprétatif », et ne limitait « les droits d'aucune religion en particulier ».⁶³

Finalement, l'application judiciaire de l'article 30 du *Code civil du Bas Canada* a été contestée par un père à qui l'on avait refusé la garde physique d'un enfant et qui invoquait le préjugé discriminatoire des juges dans l'application de cet article. L'argument fut rejeté par la Cour supérieure.⁶⁴

La disposition du Code civil de 1980 restreignant aux seules personnes adoptées de plus de dix-huit ans le droit d'obtenir, dans certaines circonstances, les renseignements leur permettant de retrouver leur parents,⁶⁵ a été déclarée inconstitutionnelle par Madame la juge Ruffo, du Tribunal de la jeunesse, notamment parce qu'elle l'a jugée contraire à l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge prévue par la *Charte canadienne*.⁶⁶

⁵⁹ [1991] R.J.Q. 599, [1991] R.D.F. 255 (C.A.) [ci-après cité aux R.J.Q.].

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 601 : « Au Québec, le *Code civil* formule des valeurs fondamentales. Celles-ci ne sont pas enfouies dans les vicissitudes de règles jurisprudentielles, elles-mêmes souvent assorties d'un principe plutôt immuable de *stare decisis*. »

⁶¹ *Ibid.* à la p. 605 : « My main concern is to see that the best interests of the child are protected and that at the same time the freedoms enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are not infringed. »

⁶² [1991] R.D.F. 610, J.E. 91-1455 (C.A.) [ci-après cité aux R.D.F.].

⁶³ *Ibid.* à la p. 614. Voir aussi, sur la constitutionnalité de l'art. 30, l'opinion du juge Malouf dans *Droit de la famille* — 955, *supra*, note 59 à la p. 606.

⁶⁴ *Droit de la famille* — 1049, [1986] R.D.F. 491 (C.S.). On y retrouve le passage suivant, à la p. 494 :

Toute personne qui a l'occasion d'observer le déroulement de dossiers de cette nature ne peut que constater le souci constant des juges à ne décider qu'en fonction de l'intérêt prépondérant des enfants. Il n'est même pas nécessaire de repasser la volumineuse jurisprudence qui confirme que les tribunaux ne recherchent que le bien-être de l'enfant.

On peut peut-être rattacher à ces décisions ayant discuté de l'art. 30 du *Code civil du Bas Canada*, l'ordonnance émise par Madame la juge Ruffo du Tribunal de la jeunesse, dans *Protection de la jeunesse* — 321, [1988] R.J.Q. 903, J.E. 88-332, où, invoquant dans l'abstrait les droits protégés par la *Charte canadienne*, elle a envoyé un enfant au bureau de la ministre de la Santé et des Services sociaux. La Cour supérieure a accueilli une requête en évocation à l'encontre de cette décision : [1988] R.J.Q. 1290, J.E. 88-586.

⁶⁵ Art. 632.

⁶⁶ *Protection de la jeunesse* — 261, [1987] R.J.Q. 1461.

On a aussi discuté, en jurisprudence, de la constitutionnalité des délais de prescription. Dans *Droit de la famille* — 760,⁶⁷ on a contesté la constitutionnalité de l'article 2233 du *Code civil du Bas Canada*, qui prévoit que la prescription ne court point entre époux. Les arguments d'inconstitutionnalité pour cause de discrimination fondée sur l'état civil ont été rejetés.⁶⁸ La Cour supérieure a tout d'abord justifié le principe de la prescription par l'importance de la stabilité dans la jouissance et l'exercice des droits.⁶⁹ Elle a ensuite confirmé la constitutionnalité de l'exception relative aux époux par des arguments de paix des ménages et de stabilité économique des foyers.⁷⁰

Dans *Gauthier c. Lambert*,⁷¹ à l'occasion du rejet d'arguments d'inconstitutionnalité portant sur un délai de prescription prévu à la *Loi sur les cités et villes*,⁷² la Cour supérieure a commenté, de façon générale, les rapports entre les délais de prescription du droit commun et la *Charte canadienne*, affirmant que l'avènement de la seconde n'avait pas eu pour effet de remettre systématiquement en question la logique des premiers.⁷³ Ces propos ont été approuvés par la Cour d'appel du Québec, qui a rejeté un appel de cette décision.⁷⁴

Certaines dispositions du droit civil québécois prévoyant des règles particulières ont aussi fait l'objet de vaines contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte canadienne*.

La Cour supérieure a rejeté un argument voulant que les dispositions du *Code civil du Bas Canada* qui prévoient la possibilité d'évacuation temporaire du locataire d'un logement, à des fins d'améliorations

⁶⁷ [1990] R.J.Q. 448, J.E. 90-187 (C.S.) [ci-après cité aux R.J.Q.].

⁶⁸ Discutant les nécessaires distinctions établies par tout acte législatif, la Cour écrit, *ibid.* à la p. 453 : « [L]e dispositif égalitaire de la charte n'empêche pas un gouvernement de légitimer. »

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 452.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 454. Remarquons ici que la nouvelle disposition du *Code civil du Québec* de 1991, l'art. 2906, se lit comme suit : « La prescription ne court point entre les époux *pendant la vie commune*. » (Je souligne).

⁷¹ [1985] C.S. 927.

⁷² L.R.Q. c. C-19.

⁷³ *Ibid.* aux pp. 930-31 :

La charte constitutionnelle de 1982 n'a pas fait disparaître toutes les dispositions limitatives des droits des individus, non plus que les notions de prescription. Les recours exercés en vertu de l'article 1053 du *Code civil* qui couvrait déjà, avant l'avènement de la charte constitutionnelle, la majeure partie de l'éventail des recours possibles par les victimes de préjudices de quelque nature qu'ils soient, mais impliquant la notion de faute, continuent d'être astreints aux courtes prescriptions des articles 2260 et suivants du *Code civil* et la charte n'a rien fait pour modifier ces dispositions du *Code civil* qui empêchent l'exercice d'un recours après un an, deux ans, trois ans ou cinq ans, lesdits recours étant éteints par le seul écoulement du temps et cette prescription étant opposable d'office, tel que le stipule la loi.

⁷⁴ [1988] R.D.J. 14 à la p. 15 : « Sur la question de la prescription et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous partageons l'avis du premier juge. » La requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada fut rejetée le 26 mai 1988 : (1989), 20 Q.A.C. 160.

ou de réparations majeures,⁷⁵ soient contraires aux droits garantis à ce dernier par l'article 7 de la *Charte canadienne*.⁷⁶ La Cour semble même avoir affirmé que le régime législatif de la location résidentielle prévu par le *Code civil du Bas Canada* accordait au locataire une protection plus concrète et efficace qu'une quelconque « expression générale de droit fondamental ».⁷⁷

Dans *Côté c. Dankin*,⁷⁸ la Cour supérieure et la Cour d'appel ont confirmé la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Bas Canada* autorisant la reprise de possession par le locateur d'un logement qui désire y installer sa famille.⁷⁹ On a rejeté des arguments de violation de droits à l'égalité, notamment parce qu'on ne se retrouvait pas en présence du type de minorités que cherche à protéger l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Dans *Droit de la famille — 859*,⁸⁰ on a contesté, au nom des droits à l'égalité, la disposition législative de 1989 qui rend inapplicables aux demandes de divorce antérieures au 15 mai 1989 les articles du Code civil relatifs au patrimoine familial des époux.⁸¹ La Cour supérieure a rejeté ces arguments, notamment au motif que la discrimination fondée sur la date de mariage n'était pas visée par l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Il semble donc qu'il faille conclure, suite à ce survol, à une cohabitation relativement pacifique de la *Charte canadienne* et du droit civil québécois. En effet, à ce jour, il ne semble donc pas qu'ait eu lieu le grand assaut jadis prédit. Ou plutôt, s'il a eu lieu, ce n'est pas au niveau explicite de déclarations d'inconstitutionnalité fondées sur l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comment expliquer ce résultat? J'étudierai certaines hypothèses d'explication, ou encore de compréhension de la situation.

B. Analyse

Il serait abusif d'affirmer que ce qui semble être un effet direct relativement limité de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois remet systématiquement en question l'analyse précédente de l'impact

⁷⁵ Art. 1653 et s.

⁷⁶ *Bourcier c. Lafontaine*, [1989] R.J.Q. 865, J.E. 89-545 (C.S.) [ci-après cité aux R.J.Q.]. Désistement d'appel, 1990-06-21.

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 879 :

La loi ne crée pas d'atteinte à la sécurité de la personne. Au contraire, ce code du logement locatif — que certains pourraient qualifier de charte des droits du locataire — offre des garanties procédurales, un mécanisme régulateur et un régime d'indemnité en cas d'évacuation temporaire, ce qui confère au locataire une protection statutaire accrue, davantage supérieure à toute expression générale de droit fondamental.

⁷⁸ [1988] R.J.Q. 1924, J.E. 88-1018 (C.S.), *conf. par* [1991] R.J.Q. 2751, J.E. 91-1130 (C.A.).

⁷⁹ Art. 1659 et s.

⁸⁰ [1990] R.J.Q. 1891, [1990] R.D.F. 498 (C.S.).

⁸¹ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, art. 42.

uniformisateur de la *Charte canadienne*. L'explication du phénomène tient peut-être à d'autres éléments.

Plusieurs facteurs jouent certes un rôle dans l'explication de cette cohabitation apparemment heureuse de la *Charte canadienne* et du droit civil québécois. On pense, spontanément, à deux exemples.

D'une part, on ne doit pas oublier que la *Charte canadienne* est essentiellement une charte publique et pénale, donc, de par la nature des droits qu'elle protège, peu concernée par les rapports de droit privé. L'étude des droits et libertés contenus dans la *Charte canadienne* fait en effet voir que ce document s'intéresse principalement à l'activité publique de l'Etat, et surtout en matière pénale. La réglementation des rapports privés échappera donc souvent à son emprise. Il semble d'ailleurs que les garanties juridiques de la *Charte canadienne*⁸² aient été celles qui ont le plus souvent fondé des déclarations d'inconstitutionnalité.⁸³

D'autre part, la *Charte canadienne* ne protège pas à ce jour le droit de propriété. L'eût-elle fait, ses rapports avec le droit civil québécois auraient certes été fort différents. Réal Forest a fort bien démontré l'ubiquité de ce droit de propriété, telle que l'on peut à la rigueur conceptualiser le Code civil québécois comme une vaste réglementation de ses diverses facettes.⁸⁴ Dès lors, l'absence d'impact grave de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois s'explique peut-être principalement par la négative, soit par l'absence de reconnaissance du droit de propriété dans la première.

On abordera plus à fond, dans la présente section, trois importants facteurs d'explication de cet effet direct limité de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois, soit le fait que cette charte n'a en fait, et au mieux, que cinq ans de vie active au Québec (sous-section 1), l'existence de la *Charte des droits et libertés de la personne* (sous-section 2) et enfin le rôle du droit civil québécois dans la protection des droits et libertés (sous-section 3).

1. *Les cinq ans de la Charte canadienne au Québec*

On doit éliminer ici une confusion, notamment entretenue par le titre de cette étude. En effet, si la *Charte canadienne* a été promulguée il y a dix ans, on doit remarquer qu'on ne célèbre au Québec, au mieux, et si tant est que l'on puisse utiliser cette expression, que les *cinq ans d'application de la Charte canadienne*. On le sait, le parlement du Québec, au lendemain du rapatriement de la Constitution et dans un geste

⁸² *Supra*, note 6, art. 7-14.

⁸³ F.L. Morton et al., *Judicial Nullification of Statutes under the Charter of Rights and Freedoms, 1982-1988* (1990) 28 ALTA L. REV. 396 à la p. 406.

⁸⁴ « Les effets de l'inscription du droit de propriété dans la *Charte canadienne des droits et libertés* sur l'exercice des compétences socio-économiques des provinces », Notes en vue d'une présentation orale devant la Commission québécoise chargée d'étudier les propositions constitutionnelles fédérales, 5 décembre 1991 [non publiées].

d'opposition politique, a utilisé au maximum la disposition dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne* de façon à soustraire l'ensemble de ses lois, antérieures et postérieures à l'adoption de la *Charte canadienne*, à un contrôle judiciaire fondé sur les droits garantis aux articles 2 et 7 à 15, et ce pour une période de cinq ans. La constitutionnalité de la loi québécoise soustrayant la législation existante à l'emprise de la *Charte canadienne*⁸⁵ a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans *Ford c. P.G. Québec*,⁸⁶ affaire dans laquelle la Cour a précisé que l'article 33 ne prévoyait que des exigences de forme.⁸⁷ Par la suite, systématiquement et jusqu'en 1985, le parlement du Québec a inséré une telle disposition dérogatoire dans chacune des lois qu'il a adoptées. Dès lors, comme on l'a dit, plusieurs des droits et libertés de la *Charte canadienne* n'ont, dans les meilleurs des cas, que cinq ans de vie active au Québec. Cette donnée n'est certes pas sans influer sur le bilan de son impact sur le droit civil québécois.

On a beaucoup critiqué, et louangé, cet article 33 de la *Charte canadienne* qui autorise des dérogations législatives à la suprématie de certains droits et libertés qu'elle protège. La légitimité de l'utilisation qu'en a faite le Québec a aussi provoqué de nombreuses discussions.⁸⁸

Aux fins du présent texte, quelques remarques suffiront. Dans un article récent, le politologue Peter H. Russell a présenté les éléments qui, selon lui, constituent les bons motifs de justification de l'existence de l'article 33.⁸⁹ Tout d'abord, au niveau du contenu, les juges ne sont pas infaillibles et rendront, en matière de *Charte*, des décisions extrêmement controversées. L'article 33 constitue un moyen adéquat d'assurer

⁸⁵ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21. Son article premier se lit comme suit :

Chacune des lois adoptées avant le 17 avril 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient à cette date, après l'avoir modifié par l'addition, à la fin et comme article distinct, de ce qui suit :[texte de la disposition dérogatoire telle que permise par l'art. 33 de la *Charte canadienne*].

Conformément à l'art. 33(3) de la *Charte canadienne*, cette disposition dérogatoire générale a été en vigueur pendant cinq ans, soit du 23 juin 1982 au 23 juin 1987.

⁸⁶ [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4th) 577 [ci-après *Ford* cité aux R.C.S.].

⁸⁷ *Ibid.* aux pp. 740-41 :

L'article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné....Pour autant que les exigences tenant au processus démocratique soient pertinentes, telle est la méthode employée dans la rédaction des lois pour renvoyer aux dispositions législatives à modifier ou à abroger. Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33.

⁸⁸ On pense, bien sûr, à la dérogation générale de 1982, *supra*, note 85, mais aussi à la récente utilisation qui en a été faite en 1988, dans la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54, à propos de questions relatives à la langue de l'affichage au Québec.

⁸⁹ *Standing Up For Notwithstanding* (1991) 29 ALTA L. REV. 293. Il oppose ces bons motifs à ce qu'il appelle les mauvais arguments avancés au soutien de l'art. 33, et qui se rattachent à une conception simpliste de la souveraineté parlementaire et de la démocratie majoritaire.

que, dans certains cas, les assemblées législatives responsables pourront discuter publiquement et éventuellement remettre en question la sagesse des décisions judiciaires. Au niveau processuel, la disposition dérogatoire de la *Charte canadienne* permet, selon lui, un débat public sur des questions de justice sociale et politique, dans le forum d'assemblées législatives élues et responsables. Ultimement, c'est un prudent système de « check and balance » que met en place l'article 33.

Le fédéralisme, et le respect d'une diversité provinciale qu'il autorise et sur laquelle il se fonde, sont parmi les valeurs que l'article 33 permet de protéger.⁹⁰ Par le mécanisme de la dérogation, une province pourra préserver l'intégrité d'une partie de sa spécificité.

Conscient du danger d'un impact uniformisateur, danger dont l'incidence particulière pour le Québec a été confirmée dans *Dolphin Delivery*, et informé du contexte politique du début des années quatre-vingt, le parlement du Québec a donc, pendant un temps, soustrait sa législation à l'emprise de la *Charte canadienne*. Il l'a fait dans le respect des droits et libertés, que la *Charte québécoise* et le droit civil québécois protégeaient déjà brillamment. Ce sont ces deux facteurs qu'il nous reste à examiner.

2. *L'existence de la Charte des droits et libertés de la personne*

Si, comme on l'a vu, la *Charte canadienne* n'a dans les meilleurs des cas que cinq ans de vie active au Québec, la *Charte québécoise*, elle, a déjà quinze ans d'existence. On oublie souvent, à l'extérieur du Québec, que la dérogation générale à la première ne plongeait donc pas la province dans un vide, en matière de droits et libertés. Une culture de respect des droits et libertés régnait déjà au Québec au moment de l'adoption de la *Charte canadienne*.

La *Charte québécoise* constitue en effet un autre exemple du caractère distinctif du système juridique québécois. Elle a été adoptée le 27 juin 1975⁹¹ et est entrée en vigueur le 28 juin 1976. Elle a été l'objet de modifications législatives considérables en 1982⁹² et en 1989.⁹³ On a dit de la *Charte québécoise* qu'elle constituait « un document d'une

⁹⁰ Voir notamment Gosselin, *supra*, note 23.

⁹¹ L.Q. 1975, c. 6.

⁹² *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61. A. Morel a souligné que le fait que ces importantes modifications aient été ajoutées à cette époque n'est pas le fruit du hasard :

Les réformes de 1982 ont indéniablement accru la portée de la Charte québécoise au plan de son effectivité, même s'il faut bien reconnaître que l'adoption, la même année, de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas étrangère à la décision du gouvernement d'effectuer certains de ces changements.

Voir *La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne* dans DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS : ORIGINE, NATURE ET DÉFIS, Montréal, Thémis, 1989, 1 à la p. 23.

⁹³ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51.

ampleur inégalée en comparaison des autres textes canadiens de même type ».⁹⁴

Cette ampleur de la *Charte québécoise* se manifeste tant dans les droits et libertés qu'elle protège que dans son champ d'application.

Fait remarquable, la *Charte québécoise*, et ce depuis ses tout débuts, couvre un champ particulièrement considérable. En effet, elle consacre tant les libertés et droits fondamentaux,⁹⁵ les droits à l'égalité,⁹⁶ les droits politiques⁹⁷ et les droits judiciaires⁹⁸ que les droits économiques et sociaux.⁹⁹

La *Charte québécoise* prévoit de plus la protection des droits et libertés dans le contexte des rapports de droit privé et de l'action étatique.¹⁰⁰ Sa facture respecte la tradition civiliste et les institutions démocratiques.¹⁰¹

Le style même de rédaction de la *Charte québécoise*, l'ampleur des principes énoncés et du champ couvert, et notamment cette prétention à une forme de systématisation et d'exhaustivité, peuvent être considérés comme des signes de son attachement à la tradition civiliste.¹⁰² De plus, puisque la *Charte québécoise* s'applique aussi aux rapports de droit privé déjà régis par le droit civil, les tribunaux seront à même de favoriser l'harmonie entre ces sources de droit.¹⁰³

Malgré la progressive constitutionnalisation de la *Charte québécoise*,¹⁰⁴ la protection efficace des droits et libertés s'y réalise dans le respect du contexte démocratique québécois. Dès l'adoption de la *Charte québécoise*, plusieurs droits jouissaient de la prépondérance dans les cas

⁹⁴ A. Morel, *La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction* (1986) 17 R.D.U.S. 49 à la p. 51.

⁹⁵ *Charte québécoise*, *supra*, note 52, art. 1-9.

⁹⁶ *Ibid.*, art. 10-20.

⁹⁷ *Ibid.*, art. 21 et 22.

⁹⁸ *Ibid.*, art. 23-38.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 39-48.

¹⁰⁰ En effet, les droits et libertés garantis par la *Charte québécoise* sont applicables tant aux rapports de droit privé qu'à la Couronne (art. 54) et aux lois provinciales (art. 52).

¹⁰¹ R. Forest a rappelé cette facture civiliste et démocratique de la *Charte des droits et libertés de la personne* ; voir *supra*, note 84, aux pp. 57-59.

¹⁰² Voir Morel, *supra*, note 92 à la p. 17 :

Mais on ne peut non plus s'empêcher d'évoquer la mentalité codificatrice du juriste québécois, héritage d'un passé étranger à la tradition anglo-canadienne, et qui interdisait d'ignorer l'inévitable complémentarité entre les différentes catégories de droits dont la fonction commune est d'exprimer et de régler les relations entre l'individu et le pouvoir.

¹⁰³ Forest, *supra*, note 84 à la p. 58 :

[L]a *Charte québécoise* a été conçue dans un environnement de droit civil et il est possible pour nos tribunaux d'assurer la cohérence et la compatibilité entre l'interprétation des dispositions de notre droit civil et la *Charte québécoise*, puisque celle-ci a également vocation à s'appliquer dans les rapports privés. Cette préoccupation n'est pas sans importance à la veille de l'adoption d'un nouveau code civil pour le Québec.

¹⁰⁴ J.-Y. Morin, *La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne* dans DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS : ORIGINE, NATURE ET DÉFIS, *supra*, note 92 à la p. 25.

de conflit avec des lois postérieures ne contenant pas de disposition dérogatoire expresse.¹⁰⁵ Le parlement du Québec a adopté en 1982 la disposition prévoyant la préséance générale de l'ensemble des droits et libertés protégés par la *Charte québécoise*, à l'exception des droits dits économiques et sociaux, sous réserve des dérogations législatives expresses, et ce à l'égard des lois antérieures et postérieures.¹⁰⁶

Des mécanismes sont cependant présents, aptes à assurer le respect des institutions démocratiques québécoises.¹⁰⁷ D'une part, certains des droits et libertés énoncés dans la *Charte québécoise* sont en quelque sorte assortis d'une réserve, en ce que leur libellé même prévoit de possibles aménagements législatifs.¹⁰⁸ De plus, et ce depuis 1983, la garantie des libertés et droits fondamentaux est expressément assujettie à une disposition limitative, qui énonce qu'ils s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec, et que la loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.¹⁰⁹ La préséance même de la *Charte québécoise*

¹⁰⁵ Au moment de l'adoption de la *Charte québécoise*, *supra*, note 91, le texte prévoyant sa préséance, l'art. 52, était le suivant : « Les articles 9 à 38 [le droit au respect du secret professionnel, les droits à l'égalité et les droits politiques et judiciaires] prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte. »

¹⁰⁶ En 1982, le texte de l'art. 52 de la *Charte québécoise* est remplacé par le suivant : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. » (*Voir Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 92, art. 16). On doit cependant remarquer que cette loi de 1982 prévoyait, à son art. 34, une mise en vigueur progressive de l'art. 16 contenant ce nouvel art. 52 :

L'article 16 de la présente loi entrera en vigueur à la date fixée par proclamation du gouvernement [1er octobre 1983] et l'article 52 de la Charte des droits et libertés de la personne, édicté par cet article 16, prendra effet à cette date en ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 de cette charte sur les lois postérieures à cette date.

En ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 sur les lois antérieures à la date fixée par la proclamation visée dans le premier alinéa et la préséance des articles 9 à 38 sur les lois antérieures au 27 juin 1975, l'article 52 aura effet à compter de la date fixée par une autre proclamation du gouvernement ou au plus tard le 1er janvier 1986 [1er janvier 1986]. Toutefois, en ce qui concerne la préséance des articles 9 à 38 sur les lois postérieures au 27 juin 1975, l'article 52 a effet depuis cette dernière date.

Le report de la date d'entrée en vigueur de la préséance des droits et libertés de la *Charte québécoise* sur les lois antérieures visait à « permettre au gouvernement de vérifier la conformité de la législation existante à la Charte ». *Voir Morin*, *supra*, note 104 à la p. 37.

¹⁰⁷ *Voir notamment Forest*, *supra*, note 84.

¹⁰⁸ *Voir, par ex.*, *supra*, note 52, art. 6 : « Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi » ou encore art. 24 : « Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite. »

¹⁰⁹ Art. 9.1, ajouté par L.Q. 1982, c. 61, art. 2. Cet article est entré en vigueur le 1er octobre 1983. Pour une discussion intelligente de cette disposition, *voir* F. Chevrette, *La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit* dans DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS : ORIGINE, NATURE ET DÉFIS, *supra*, note 92 à la p. 71.

est assortie, depuis le début, de la possibilité de dérogation expresse par le législateur souverain.¹¹⁰ Finalement, ce même législateur souverain conserve toujours la possibilité de modifier cette loi qu'est la *Charte québécoise*.

La *Charte québécoise* a prévu la création d'une Commission des droits de la personne. De façon générale, elle énonce que la Commission doit en promouvoir les principes, par toutes mesures appropriées.¹¹¹ La Commission doit notamment élaborer des programmes d'information et d'éducation,¹¹² diriger et encourager les recherches et publications sur les libertés et droits fondamentaux.¹¹³ De plus, la Commission a un pouvoir d'enquête sur des plaintes en matière de droits à l'égalité.¹¹⁴ Elle doit alors tenter d'amener les parties à régler leur différend,¹¹⁵ pourra leur proposer l'arbitrage¹¹⁶ ou encore toute mesure de redressement,¹¹⁷ et ultimement s'adresser aux tribunaux.¹¹⁸

Outre son effet symbolique important, et forte de son ampleur et de ses mécanismes de mise en oeuvre, la *Charte québécoise* a permis une réforme législative et jurisprudentielle visant à assurer l'harmonisation du droit québécois avec les droits et libertés qu'elle garantit.

La réforme jurisprudentielle a pu avoir lieu, d'une part, par une interprétation conciliatrice des lois. En effet, l'article 53 de la *Charte québécoise* prévoit que : « Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la *Charte* ».¹¹⁹ Cette disposition a permis, dans le cas de lois imprécises ou ambiguës, une protection des droits et libertés par le simple mécanisme de l'interprétation des lois.¹²⁰ D'autre part, la *Charte québécoise* énonce sa propre

¹¹⁰ *Supra*, note 105.

¹¹¹ *Supra*, note 52, art. 71.

¹¹² *Ibid.*, art. 71, al. 4.

¹¹³ *Ibid.*, art. 71, al. 5.

¹¹⁴ *Ibid.*, art. 71, al. 1.

¹¹⁵ *Ibid.*, art. 71, al. 2.

¹¹⁶ *Ibid.*, art. 79.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.* art. 80 et s.

¹¹⁹ *Ibid.*, art. 53.

¹²⁰ Voir, par ex., *D.(A.) c. D.(D.)*, [1990] R.J.Q. 2933, J.E. 90-1746 (C.S.) [ci-après cité aux R.J.Q.]. Dans cette affaire, sans citer expressément l'art. 53 de la *Charte québécoise*, c'est quand même au type d'interprétation qui y est prévu que la Cour s'est livrée. Dans le contexte d'une requête en vue d'obtenir la révocation d'une ordonnance d'internement, on a plaidé, au soutien de la validité de l'ordonnance, l'existence d'un pouvoir implicite de l'émettre, alors que les dispositions le permettant expressément avaient été abrogées. La Cour, à la p. 2942, a rejeté l'argument en ces termes, refusant de lire entre les lignes des dispositions législatives le pouvoir de priver un individu de sa liberté :

[L]e droit à la liberté en est un de nature fondamentale équivalent à un droit constitutionnel ; il est ainsi consacré à l'article 24 de la *Charte des droits et libertés de la personne*....[L]e Tribunal ne peut se convaincre que le législateur ait abrogé une disposition législative prévoyant expressément l'internement, et donc la privation de la liberté, et que, en même temps, il ait voulu conserver ce pouvoir au Tribunal l'ayant détenu, mais de façon implicite, indirecte, par déduction ou par inter-

supériorité hiérarchique, en cas de conflit avec d'autres lois. Le texte de la *Charte* autorise donc les juges à déclarer inopérantes les dispositions législatives jugées incompatibles avec les droits et libertés qu'elle garantit (à l'exception, bien sûr, des droits économiques et sociaux).¹²¹

La *Charte* québécoise a aussi permis une révision législative propre à assurer une meilleure protection des droits et libertés. En effet, elle prévoit que la Commission des droits de la personne doit relever les dispositions des lois du Québec qui pourraient lui être contraires et faire au gouvernement les recommandations appropriées.¹²² Dès l'adoption de

prétation. L'internement est une mesure à ce point dérogatoire du droit à la liberté qu'il ne peut être ordonné que pour les motifs permis par la loi et suivant la procédure prescrite.

Pour des exemples d'interprétation conforme à la *Charte* québécoise, voir aussi : *Gauthier c. Morand* (1983), 4 C.H.R.R. D/1281 (C.S. Qué.) (interprétation de l'art. 102 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. 1977 c. V-1, à la lumière des art. 23 et 24 de la *Charte* québécoise) ; *Villa Ste-Geneviève (1986) Inc. c. Syndicat des salariés de la Villa Ste-Geneviève*, [1988] T.T. 36 (interprétation de l'art. 32 du *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27, à la lumière de l'art. 23 de la *Charte* québécoise) ; *Lacombe c. Hôtel F.L. Ltée/Sheraton Laval*, [1985] C.P. 56 (interprétation de l'art. 1816a C.c.B.C. à la lumière des art. 4 et 5 de la *Charte* québécoise) ; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61 (interprétation de l'art. 8 de la *Loi de l'aide sociale*, L.R.Q. c. A-16, à la lumière de l'art. 45 de la *Charte* québécoise) ; *Blais c. Drummondville (Cité de)*, [1976] C.S. 1360 (interprétation de l'art. 400 du *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, à la lumière de l'art. 9 de la *Charte* québécoise) ; *Société centrale d'hypothèque et de logement c. Pagé*, [1977] C.A. 560 (interprétation des art. 399, 399a et 400 C.p.c., ci-dessus, à la lumière de l'art. 9 de la *Charte* québécoise) ; *Léonard c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1981] C.S. 153 (interprétation de l'art. 39 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q. c. M-31, à la lumière de l'art. 9 de la *Charte* québécoise) ; et enfin *Syndicat national des employés de l'Institut Doréa (C.S.N.) c. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 925 (C.S.) (interprétation de l'art. 111.17, al. 3 du *Code du travail*, ci-dessus, à la lumière de l'art. 23 de la *Charte* québécoise).

¹²¹ *Supra*, note 52, art. 52. Voir Morin, *supra*, note 104. Pour des déclarations de caractère inopérant fondées sur l'art. 52, voir *Ford*, *supra*, note 86, et *Devine c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790, 55 D.L.R. (4th) 641 (déclaration du caractère inopérant de certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11, relatives à la langue de la publicité commerciale et des raisons sociales, notamment pour cause de violation de droits garantis aux art. 3 et 10 de la *Charte* québécoise) ; *Association des pompiers de Laval et Ville de Laval*, [1985] T.A. 446, requête en évocation rejetée dans *Laval (Ville de) c. Foisy*, [1986] D.L.Q. 33 (C.S.) (déclaration du caractère inopérant de l'art. 116, al. 6 de la *Loi sur les cités et villes*, *supra*, note 72, pour cause de violation du droit garanti à l'art. 18.2 de la *Charte* québécoise) ; *Entreprises M.A.Y. Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1987] R.D.F.Q. 99 (C.P.) (déclaration du caractère inopérant de l'art. 25 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, *ibid.*, pour cause de violation des droits garantis aux art. 23, 33 et 35 de la *Charte* québécoise) ; *St-Georges c. P.G. Québec*, [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.) (déclaration du caractère inopérant de l'art. 40 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, *ibid.*, pour cause de violation du droit garanti à l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise) ; *Fountainhead Fun Centres Ltd c. St-Laurent (Ville de)*, [1979] C.S. 132, 7 M.P.L.R. 53 (déclaration du caractère inopérant d'un règlement municipal, notamment pour cause de violation des droits garantis à l'art. 10 de la *Charte* québécoise) ; et enfin *R. c. L'Heureux*, [1985] C.P. 275 (déclaration du caractère inopérant des art. 49.1., 49.4 et 49.5 de la *Loi sur les transports*, L.R.Q. c. T-12, pour cause de violation du droit garanti à l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise).

¹²² *Supra*, note 52, art. 71, al. 6.

la *Charte québécoise*, la Commission a joué ce rôle d'analyse des lois avec beaucoup de sérieux.¹²³ Alors que la version initiale de la *Charte* ne référait qu'à un mandat d'analyse des lois antérieures,¹²⁴ la Commission a plutôt interprété son mandat général de promotion de la *Charte québécoise* comme l'autorisant à scruter l'ensemble des projets de loi déposés à l'Assemblée nationale.¹²⁵ Concrètement, la Commission a fait de nombreuses recommandations au gouvernement, et on a écrit qu'elles ont généralement reçu un accueil favorable.¹²⁶

L'exemple le plus remarquable des révisions législatives opérées en vue d'assurer une meilleure protection des droits et libertés énoncés dans la *Charte québécoise* est peut-être la *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne*,¹²⁷ qui a apporté des modifications à une centaine de lois québécoises, y compris au *Code civil du Bas Canada*¹²⁸ et au Code civil de 1980.¹²⁹

Il se peut que la présence de cet important instrument de protection des droits et libertés qu'est la *Charte québécoise* explique en partie l'impact limité de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois. Certes, l'analyse de la jurisprudence et de la législation ne démontre pas un effet particulier des mécanismes de mise en oeuvre des droits et libertés que garantit la *Charte québécoise* sur le droit civil québécois. Il demeure cependant que la *Charte canadienne* n'arrivait pas en terrain en friche, en matière de droits et libertés au Québec. Une culture de droits et libertés réelle et efficace y prévalait déjà.

3. *Le droit civil québécois et la protection des droits et libertés*¹³⁰

La richesse du droit civil québécois, au titre de la protection des droits et libertés, explique peut-être aussi en partie cet impact, à première vue limité, qu'a eu sur lui la *Charte canadienne*.

On l'a souvent dit, une charte des droits constitutionnalisée ne peut être d'aucune utilité réelle si elle est parachutée dans une société dont la culture politique et juridique ne repose pas déjà sur un respect concret

¹²³ Voir M. Caron, *La Commission des droits de la personne du Québec : cinq années de lutte pour le droit à l'égalité* (1981) 12 R.G.D. 335.

¹²⁴ *Supra*, note 91, art. 67(d).

¹²⁵ Caron, *supra*, note 123 à la p. 351.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ L.Q. 1986, c. 95.

¹²⁸ Pour y prévoir que le mot « serment » comprend l'affirmation solennelle (*ibid.*, art. 346), et pour supprimer toute exigence de mention de la qualité, de l'occupation ou de la profession dans certains articles du Code relatifs aux actes de naissance, aux actes de mariage, aux actes de sépulture et aux jugements déclaratifs de décès (*ibid.*, art. 347-350).

¹²⁹ Pour y supprimer la référence à la profession des futurs époux dans le contexte de la publication de mariage (*ibid.*, art. 351).

¹³⁰ M. Caron a écrit sur le sujet, en 1978, un article remarquable ; voir *supra*, note 11.

des droits et libertés.¹³¹ Plus encore, on constate que des documents constitutionnels de protection de droits et libertés, comme la *Charte canadienne*, risquent d'agir comme freins aux interventions législatives aptes à assurer, dans les faits, une réelle protection aux droits.¹³² En effet, en conformité avec la philosophie libérale, l'idée que les réelles atteintes à la liberté individuelle ne proviennent que de l'État fonde inévitablement un document du type de la *Charte canadienne*. Selon cette philosophie, c'est donc contre ces interventions qu'il faut protéger l'individu. Allan C. Hutchinson et Andrew Petter ont bien montré en quoi une telle conception de la liberté n'est ni conforme à la réalité canadienne actuelle, ni souhaitable comme modèle de société.¹³³ Les forces libres du marché peuvent être extrêmement préjudiciables à la liberté individuelle, ont-ils écrit, et, pour plusieurs, l'intervention de l'État est au contraire la seule voie possible de libération.¹³⁴ Au-delà des

¹³¹ Voir F. Chevrette et H. Marx, DROIT CONSTITUTIONNEL, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 1201 :

Ce n'est pas un seul document légal qui garantit les libertés publiques au Canada. Ce n'est pas même un seul système de droit, et encore moins un seul secteur de droit. Peut-être leur source la plus importante est-elle constituée de notre héritage d'institutions et de droit public d'origine britannique.

Voir aussi P. Hogg, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA, 2e éd., Toronto, Carwell, 1985 à la p. 651 :

The Charter will never become the main safeguard of civil liberties in Canada. The main safeguards will continue to be the democratic character of Canadian political institutions, the independence of the judiciary and a legal tradition of respect for civil liberties. The Charter is no substitute for any of these things, and would be ineffective if any of these things disappeared.

¹³² Voir Brun, *supra*, note 24 à la p. 7 :

Une charte des droits est un instrument juridique particulièrement conservateur : elle fixe et fige certaines valeurs, pour un temps considérable....[C]es droits de la Charte doivent recevoir une interprétation qui n'empêche pas les parlements d'adopter des lois sociales, culturelles et économiques de nature à favoriser dans les faits l'accession aux droits fondamentaux. Cette proposition postule une interprétation retenue des droits de la Charte, c'est-à-dire une interprétation incarnée, qui tienne compte du poids concret des valeurs véhiculées par les législations contestées.

¹³³ *Private Rights/ Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter* (1988) 38

U.T.L.J. 278. Ils écrivent, aux pp. 283-84 :

In the Charter vision, the main enemy of freedom is not disparity in wealth or concentration of private power, but the state. It is the state whose tendency to abuse power and hamper the heroic individual must be kept in constant check lest we begin the irresistible slide down the totalitarian slope.

Although such fears are not groundless, their exaggeration makes liberals blind to the threat of unchecked private power and to the role of government as a promoter of liberty, particularly for the disadvantaged and oppressed. The Charter's incorporation of liberal legalism as the dominant Canadian ethos is mistaken. It is neither descriptively accurate of existing social and political conditions nor prescriptively desirable as a future model for social and political life.

¹³⁴ *Ibid.*

documents formels, c'est donc dans le droit commun qu'il faut rechercher le type de protection réelle et concrète des droits et libertés qu'offre une société.¹³⁵ Il semble qu'à cet égard, et de plus en plus, le Québec puisse s'enorgueillir de la richesse de ses institutions juridiques.

On a déjà mis en lumière tout le potentiel du Code civil québécois comme instrument de protection des droits et libertés.¹³⁶

Le Code, dans le respect de la tradition civiliste, énonce des principes généraux et abstraits, laissant dès lors une large part au pouvoir d'appréciation des tribunaux.¹³⁷ Par l'utilisation de tels principes, le législateur laisse une marge d'appréciation considérable aux juges chargées de les appliquer.¹³⁸ Plutôt que de régir par des règles précises et multiples les éventuels cas d'application, il énonce un principe général, et confie à l'interprète judiciaire le pouvoir d'apprécier ces cas concrets d'application à la lumière des valeurs sociales d'une époque.

Les principes de validité des actes juridiques et de responsabilité civile délictuelle constituent les voies royales d'intégration de la problématique des droits et libertés dans le droit civil québécois. Le Code

¹³⁵ Caron, *supra*, note 11 aux pp. 230-31 :

[À] côté de la Charte [québécoise] et inspiré par elle, le Code civil devra servir, plus que jamais, dans les domaines qui lui sont propres, d'instrument efficace pour la sauvegarde des droits et des libertés, dans le respect de l'égalité des personnes. En effet, pour paraphraser le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, si la Charte proclame des principes qui visent à protéger les droits des personnes, on ne saurait se passer d'un régime de droit qui incarne, dans des situations particulières, cet idéal.

¹³⁶ On verra, notamment, par ordre chronologique : F.R. Scott, *The Bill of Rights and Quebec Law* (1959) 37 R. DU B. CAN. 135 ; Caron, *supra*, note 11 ; L. Perret, *De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec* (1981) 12 R.G.D. 121 ; D. Lluelles et P. Trudel, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé* (1984) 18 R.J.T. 219 ; R. Tassé, *À qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés?* dans G.-A. Beaudoin, éd., *supra*, note 35 à la p. 35.

¹³⁷ Les tribunaux ont souligné cette flexibilité issue du mode de rédaction du Code. Voir, par ex., les propos du juge Monet, de la Cour d'appel du Québec, dans *Droit de la famille — 955*, *supra*, note 60.

¹³⁸ D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés* (1989) 30 C. DE D. 137 à la p. 140 :

Inéuctablement, le recours aux notions floues a pour effet d'accroître le pouvoir de l'interprète. En effet, l'utilisation de la technique de la norme floue exprime en fait la reconnaissance, par l'autorité qui l'édicte, de l'existence de nombreux critères pertinents et souvent conflictuels. L'interprète devra les identifier, leur attribuer une importance relative, puis les pondérer. Elle sera ensuite investie de l'autorité de décider, dans chaque cas concret, de l'application ou non de la norme générale.

frappe de nullité les actes juridiques contraires à l'ordre public.¹³⁹ Dans le contexte des faits juridiques, il oblige à la réparation du dommage que l'on cause à autrui par sa faute.¹⁴⁰ Les contours incertains des notions d'ordre public et de faute sont perméables, et le contenu des chartes des droits et libertés ne peut que jouer un rôle considérable dans leur tracé, et ce pour au moins trois raisons.¹⁴¹

D'abord, parce que ces notions sont par nature imprécises, leur signification est essentiellement déterminée par le contexte particulier de leur mise en application. Ainsi, leur contenu variera selon les époques.¹⁴² Ce qui n'était pas hier constitutif d'une faute civile, ou encore contraire à l'ordre public, pourra l'être aujourd'hui. Le contexte social, certes, mais aussi, et surtout, le contexte juridique seront à cet égard déterminants. Ce que le droit positif applicable permet ou prohibe constitue une donnée essentielle à la détermination du contenu des notions de faute ou d'ordre public. L'adoption des chartes des droits, de la québécoise en 1975, et de la canadienne en 1982, a considérablement modifié l'ordonnancement du droit positif au Québec. Au-delà d'une préséance dans la hiérarchie juridique, implicite ou explicitement prévue, et au-delà même d'une quelconque applicabilité directe, la simple existence de ces documents, et d'une culture de respect des droits et libertés dont ils participent, ne peut qu'influer sur le contenu de notions que le législateur, de par la formulation même qu'il a utilisée, a voulu essentiellement perméables au contexte.

Deuxièmement, la *Charte québécoise* se confère explicitement un rôle interprétatif, prévoyant que « [s]i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par

¹³⁹ Art. 13 *C.c.B.C.* : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs » ; art. 989 *C.c.B.C.* : « Le contrat sans considération, ou fondé sur une considération illégale, est sans effet » ; art. 990 *C.c.B.C.* : « La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public » ; art. 1062 *C.c.B.C.* : « L'objet d'une obligation doit être une chose possible, qui ne soit ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes moeurs ». Je laisse tomber ici, tout comme le fait le nouveau *Code civil du Québec* adopté en décembre 1991, la vétuste et imprécise notion de « bonne moeurs ». Voir, cependant, les art. 1373 al. 2, 1411 et 1413 du *Code civil du Québec*, *supra*, note 8, qui prévoient toujours, dans le cadre des obligations, que ni la prestation, ni la cause, ni l'objet ne doivent être contraires à l'ordre public.

¹⁴⁰ Art. 1053 *C.c.B.C.* : « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. »

¹⁴¹ L'utilité des notions générales et abstraites du droit civil, pour la protection des droits et libertés, a été systématiquement soulignée par la doctrine. Voir, par ex., Scott, *supra*, note 136 ; Caron, *supra*, note 11 ; Perret, *supra*, note 136 ; Lluelles et Trudel, *supra*, note 136 ; et Tassé, *supra*, note 136.

¹⁴² Voir Caron, *supra*, note 11 à la p. 214 :

Le contenu de la notion d'ordre public pourra changer, soit que la société ait adopté de nouvelles valeurs qu'elle rejetait précédemment, soit que le législateur ait imposé à l'ensemble de la société des normes impératives. Certains articles de la Charte des droits et libertés de la personne en seraient un exemple.

la Charte ».¹⁴³ Dès lors, en cas de doute quant à la possibilité d'application des notions juridiques de faute ou de violation de l'ordre public à une situation factuelle constitutive d'atteinte à la *Charte québécoise*, cette dernière incite à préférer l'interprétation susceptible d'assurer une meilleure protection des droits et libertés qu'elle garantit, et donc à conclure à l'existence d'une faute ou d'une violation de l'ordre public.

Finalement, la troisième raison pour laquelle les questions de droits et libertés influeront inévitablement sur le contenu des principes généraux et abstraits de droit civil que sont notamment la faute et l'ordre public tient à l'existence même de la *Charte canadienne*. Si, contrairement à la *Charte québécoise*, elle ne comprend pas de disposition expresse à cet égard, la *Charte canadienne* n'en joue pas moins un rôle interprétatif primordial. Au-delà de drastiques prononcés d'inconstitutionnalité fondés sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte canadienne* permettra, plus subtilement, d'infléchir la signification des notions floues utilisées dans les textes législatifs dans le sens d'une plus grande protection des droits et libertés. En effet, le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité, et en vertu duquel toute loi doit, en autant que les autres principes le permettent, être interprétée de manière à être conforme à la Constitution, s'applique aussi en matière de *Charte canadienne*.¹⁴⁴ Cette interprétation, parfois dite « conciliatrice », est d'autant plus possible, dans les cas qui nous intéressent ici, que le contenu sémantique des termes utilisés n'impose à l'interprète qu'une contrainte minimale. On l'a vu, les notions de faute et d'ordre public, telles qu'utilisées par le Code civil, sont essentiellement devenues des notions jurisprudentielles élaborées par les tribunaux à la lumière d'un contexte social et juridique évolutif. Dès lors, et en raison de leur malléabilité, ces notions qu'utilisent les principes de droit civil prêtent peut-être plus à une interprétation conciliatrice qu'à des déclarations d'inconstitutionnalité et donc de caractère inopérant.¹⁴⁵

¹⁴³ *Supra*, note 52, art. 53. Cet article était présent dès 1975.

¹⁴⁴ D. Pinard, *Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la Charte canadienne des droits et libertés* (1990) 35 R.D. MCGILL 305.

¹⁴⁵ À cet égard, les notions floues du Code civil se trouvent peut-être dans la même situation que la common law. On se souviendra des propos du juge McIntyre, dans *Dolphin Delivery*, *supra*, note 7 à la p. 603, quand il affirme que, malgré une non-application formelle de la *Charte canadienne* à la common law de droit privé, les juges devront quand même avoir le souci de faire évoluer cette dernière dans le sens d'une plus grande harmonie avec la *Charte canadienne* :

Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchaînées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

Le régime de responsabilité civile délictuelle¹⁴⁶ et la violation de l'ordre public comme cause de nullité des contrats¹⁴⁷ constituent donc, au sein du Code civil, une forme importante de protection des droits et libertés.¹⁴⁸ Selon les circonstances particulières,¹⁴⁹ la violation de droits ou libertés pourra donc constituer une faute, et dès lors donner lieu à la responsabilité civile délictuelle.¹⁵⁰ On pourra encore interpréter la notion de faute comme ne comprenant pas le légitime exercice de ses droits et libertés, notamment dans le contexte de la diffamation et de la liberté

¹⁴⁶ Voir, Caron, *supra*, note 11 à la p. 199 : « [L']article 1053 du Code civil constitue à lui seul une véritable Charte des droits, puisqu'il fournit à la victime d'une atteinte à un droit fondamental le moyen d'obtenir la réparation du dommage subi. »

¹⁴⁷ *Ibid.* à la p. 210 :

[O]n peut dire que le respect de ces libertés fait partie de l'ordre public, mentionné à l'article 13 du Code civil et auquel on ne peut déroger par des conventions particulières.

L'auteure ajoute, à la p. 217 :

Si nous revenons au domaine des libertés publiques, on peut affirmer qu'une convention qui aurait pour principal effet de compromettre l'exercice de l'une d'entre elles devrait être jugée illicite en vertu des articles 989 qui prévoit que « Le contrat....fondé sur une considération illégale est sans effet » et 990 du Code civil qui stipule que « La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public ».

¹⁴⁸ Je ne tenterai pas ici de dresser un portrait exhaustif de la façon dont la violation de droits et libertés pourrait, selon les circonstances, être constitutive de faute civile ou encore d'atteinte à l'ordre public. Je n'aborderai pas non plus l'intéressante question de la détermination des limites raisonnables aux droits et libertés qui pourraient alors jouer, pas plus que je ne discuterai des effets d'une possible renonciation aux droits. Tout cela déborderait le cadre de cette étude. Je ne souhaite ici que souligner l'important potentiel du droit civil québécois en matière de protection de droits et libertés.

¹⁴⁹ On doit en effet admettre que le régime de droit commun de la responsabilité civile délictuelle ne réussira pas dans tous les cas à sanctionner les atteintes aux droits et libertés. M. Caron a attiré notre attention sur l'exemple suivant : on peut penser que la discrimination par effets préjudiciables, ou systémique, constituera difficilement une faute civile, au sens traditionnel du terme, à défaut de tout élément intentionnel.

¹⁵⁰ J.-L. Baudouin, *LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 153 : « La *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* protège désormais par des dispositions législatives particulières ce qui ressortissait antérieurement de la protection générale du droit commun. » M. Caron, *supra*, note 11, en donne notamment des exemples dans les cas de la protection du droit à la vie et à l'intégrité physique ou morale (aux pp. 201-03), du droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (à la p. 204), du droit à la vie privée (à la p. 206) et du droit à la liberté de conscience (à la p. 209). Elle rappelle, à ce sujet, le célèbre arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2d) 689. Pour des exemples de violations de droits et libertés que la jurisprudence a considérées constitutives de fautes civiles, voir notamment : *Commission des droits de la personne du Québec c. Lambert* (1986), 7 C.H.R.R. D/3125 (C.S.) ; *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164, 18 D.L.R. (4th) 222 ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243 (C.S.), appel accueilli pour d'autres motifs à [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), J.E. 89-648 ; *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.) ; et *Valiquette c. The Gazette*, [1991] R.J.Q. 1075, [1991] R.R.A. 327 (C.S.).

d'expression.¹⁵¹ La violation de droits et libertés, dans le domaine des conventions, pourra aussi être cause de nullité de l'acte, ou encore de certaines de ses parties.¹⁵²

En plus de ceux dont on vient de parler, le Code civil contient aussi d'autres moyens de protection des droits et libertés.

Tout d'abord, le contexte de libéralisme régnant au moment de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* s'y matérialise par la reconnaissance du droit de propriété et par une forme élémentaire de respect de la liberté individuelle, bien sûr assortie de la responsabilité correspondante. Ainsi, chacun est libre de contracter comme il ou elle le veut, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs. Chacun est cependant aussi responsable du dommage causé par sa faute. Il est possible d'identifier une parenté idéologique entre le *Code civil du Bas Canada* et la *Charte canadienne*, même si plus de cent ans les séparent. L'idéologie libérale et individualiste les inspire tous deux.¹⁵³ L'État minimal, la liberté et l'autonomie de la volonté individuelle sont des notions qui les animent. Ce Code civil de 1866, essentiellement, aménage le respect de la propriété privée et de la volonté des parties.¹⁵⁴

¹⁵¹ Pour un tel exercice d'interprétation conciliatrice, voir notamment *Fortin, supra*, note 57.

¹⁵² J. Pineau et D. Burman, *THÉORIE DES OBLIGATIONS*, 2e éd., Montréal, Thémis, 1988 aux pp. 173-74 :

L'ordre public, parfois, se met aussi au service de la personne, en préservant sa liberté. C'est ainsi que sont interdites les conventions portant atteinte à la personne humaine, à son intégrité ou à sa liberté : contrat par lequel une personne exposerait inutilement son corps à des dangers trop grands, contrat par lequel une personne verrait sa liberté de travailler anéantie (contrat de travail prévoyant une clause de non-concurrence qui ne serait pas suffisamment restreinte dans le temps et dans l'espace).

Pour une discussion de la violation de droits et libertés comme cause de nullité des conventions, voir Caron, *supra*, note 11, notamment aux pp. 209-10 et 217. Pour des exemples jurisprudentiels, voir notamment *Béland-Abraham c. Abraham-Kriaa*, [1988] R.J.Q. 1831, J.E. 88-888 (C.S.), et *Desparts c. Petit*, [1988] R.J.Q. 2259, J.E. 88-1094 (C.S.), affaires dans lesquelles des clauses testamentaires ont été jugées nulles puisque contraires aux droits et libertés de la *Charte québécoise*.

¹⁵³ Pour une évocation du caractère libéral du Code de 1866, voir Caron, *supra*, note 11 à la p. 198. Pour une telle analyse de la *Charte canadienne*, voir Hutchinson et Petter, *supra*, note 138 à la p. 283 :

The Charter is, at root, a liberal document. Its enactment was a constitutional affirmation of liberal faith. The framework and tenor of the Charter reflect traditional liberal values; it arms individuals with a negative set of formal rights to repel attempts at government interference.

¹⁵⁴ Il ne serait donc pas surprenant que le droit commun du *Code civil du Bas Canada* donne moins prise à des contestations constitutionnelles que la réglementation étatique québécoise plus récente, préoccupée d'une nouvelle justice sociale. Voir, par ex., *Irwin Toy, supra* note 48, probablement la seule contestation constitutionnelle du droit civil québécois, fondée sur la *Charte canadienne*, à se rendre en Cour suprême du Canada. Elle porte sur les dispositions de la *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74, dérogatoires au droit commun, qui interdisent la publicité commerciale destinée aux enfants. Dans leur analyse du caractère raisonnable des limites apportées à la liberté d'expression, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et Lamer ont relevé le fait que la loi en cause visait, à bon droit, à rétablir une forme d'équilibre dans un rapport de pouvoir. Ils écrivent,

Il demeure que ce document libéral qu'est le Code civil de 1866, empreint aussi des valeurs sexistes de son époque, s'est rapidement avéré insuffisant pour assurer une réelle protection des droits et libertés. Il a donc fait l'objet de nombreuses modifications législatives visant à pallier cette inadéquation. Elles tentaient notamment de mettre en place des régimes juridiques aptes à assurer une égalité réelle, au-delà d'une égalité formelle ignorante des rapports de pouvoir existant dans le puissant monde des faits. En voici quelques-unes.

En 1964, le législateur québécois ajoute au *Code civil du Bas Canada* une disposition permettant aux juges, dans certaines circonstances, de réduire ou d'annuler les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent, lorsque l'obligation en devient excessive, abusive et exorbitante.¹⁵⁵

En 1971, le Code est modifié de façon à protéger explicitement l'inviolabilité de la personne,¹⁵⁶ et la *Loi de la protection du consommateur* voit le jour.¹⁵⁷ L'article 8 de cette loi prévoit aujourd'hui, et depuis 1978,¹⁵⁸ la possibilité d'annulation judiciaire d'un contrat de consommation portant lésion.

En 1979, le législateur québécois pose, dans le *Code civil du Bas Canada*, les jalons d'un régime juridique de la location immobilière résidentielle visant à rétablir un équilibre dans les relations contractuelles entre locataires et locataires.¹⁵⁹

Depuis le début des années quatre-vingt, le Code civil¹⁶⁰ protège l'égalité des époux. Ainsi, le Code énonce que les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations.¹⁶¹ Chacun des conjoints conserve ses noms et prénoms.¹⁶² Ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent.¹⁶³ Ils choisissent de concert la

à la p. 987 : « La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. » Plus loin, à la p. 990, ils écrivent : « Bref, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. »

¹⁵⁵ Art. 1040c *C.c.B.C.*, adopté par la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains priviléges*, S.Q. 1964, c. 67, art. 1.

¹⁵⁶ Art. 19 et 22 *C.c.B.C.*, adoptés par la *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, art. 2 et 5 respectivement. M. Caron (*supra*, note 11 à la p. 201) ne voit ici que continuité par rapport au droit civil : « En effet, en vertu du droit de la responsabilité civile, une atteinte fautive à la vie ou à l'intégrité physique ou morale d'une personne comporte pour son auteur l'obligation de réparer le dommage ainsi causé. »

¹⁵⁷ *Supra*, note 154.

¹⁵⁸ L.Q. 1978, c. 9.

¹⁵⁹ *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48.

¹⁶⁰ *Supra*, note 8.

¹⁶¹ *Ibid.*, art. 441.

¹⁶² *Ibid.*, art. 442.

¹⁶³ *Ibid.*, art. 443.

résidence familiale¹⁶⁴ et contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.¹⁶⁵

Cette réforme des années quatre-vingt prévoit aussi un régime unique de filiation, et fait disparaître toute distinction entre enfants nés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'institution du mariage. Ainsi l'article 594 du Code civil de 1980 prévoit expressément que tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance.

En 1989, le Code civil a été modifié par l'ajout de dispositions relatives au patrimoine familial.¹⁶⁶ Elles prévoient en substance que ce patrimoine familial, dont la composition est prévue par la loi, est séparé à parts égales entre les époux à la fin de leur union, nonobstant toute convention contraire. Le législateur voulait ici protéger l'égalité entre conjoints, mettant chacun à l'abri de négociations dans un rapport de pouvoir souvent inégalitaire. La mesure a cependant soulevé beaucoup d'opposition, généralement fondée sur le respect de la liberté contractuelle.

Encore en 1989, on a inséré au *Code civil du Bas Canada* une disposition prévoyant que nul ne peut être soumis à des soins sans son consentement.¹⁶⁷

Enfin, et il s'agit ici d'une réforme fondamentale, le nouveau *Code civil du Québec* a été adopté par le parlement du Québec à la fin de l'année 1991.¹⁶⁸ Il remplacera intégralement le *Code civil du Bas Canada*, ainsi que le Code civil de 1980.

Qu'il suffise ici d'évoquer certains éléments du nouveau Code qui illustrent la préoccupation qu'on y retrouve relativement aux droits et libertés.

La continuité de cet intérêt du droit civil québécois est explicite dès la disposition préliminaire du Code, dont le premier paragraphe se lit comme suit :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.¹⁶⁹

Le Code reconnaît expressément les droits de la personnalité, « tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 444.

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 445.

¹⁶⁶ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des conjoints*, L.Q. 1989, c. 55.

¹⁶⁷ Art. 19.1 C.c.B.C. adopté par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, art. 78. Pour une application récente et pathétique de l'art. 19.1 du *Code civil du Bas Canada*, voir *Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.). La Cour supérieure y reconnaît le droit du Centre d'accueil requérant d'accéder à la demande de l'intimé, quadraplégique, de ne pas recevoir de soins ni d'alimentation, de façon à accélérer son décès.

¹⁶⁸ *Supra*, note 8.

¹⁶⁹ *Ibid.*

de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. »¹⁷⁰ Il consacre plusieurs articles au respect des droits de l'enfant,¹⁷¹ au respect de la réputation et de la vie privée,¹⁷² et au respect du corps après le décès.¹⁷³ Il sanctionne l'abus de droit.¹⁷⁴ Il prévoit toujours, dans le cadre des obligations, que ni la prestation, ni la cause ni l'objet ne doivent être contraires à l'ordre public.¹⁷⁵ Plus généralement, il énonce que, dans l'exercice des droits civils, on peut déroger aux règles du Code qui sont supplétives de volonté, mais qu'on ne peut déroger à celles qui intéressent l'ordre public.¹⁷⁶ Dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle, la faute est formulée en termes de manquement à un « devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent » à une personne.¹⁷⁷

On doit noter, en terminant, une disposition remarquable, au chapitre de la preuve :

Art. 2858 Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans les conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel.¹⁷⁸

Cet article du Code établit donc une règle générale d'exclusion d'éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux, et dont l'utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.¹⁷⁹ Il prévoit une exception relative au droit au respect du secret professionnel, dont la violation, semble-t-il, entraînera une exclusion de preuve dans tous les cas. Cette disposition réfère vraisemblablement aux droits et libertés fondamentaux protégés par la *Charte* québécoise à ses articles 1 à 9.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 3.

¹⁷¹ *Ibid.*, art. 32-34.

¹⁷² *Ibid.*, art. 35-41.

¹⁷³ *Ibid.*, art. 42-49.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 7.

¹⁷⁵ *Ibid.*, art. 1373, al. 2, 1411 et 1413.

¹⁷⁶ *Ibid.*, art. 9.

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 1457. Le texte intégral de cette disposition est le suivant :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait de biens qu'elle a sous sa garde.

¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 2858.

¹⁷⁹ On note ici la parenté de libellé avec la règle d'exclusion prévue à l'art. 24(2) de la *Charte canadienne*.

Elle leur confère une protection accrue fort importante, et il est dès lors surprenant que l'ajout n'ait pas été fait dans la *Charte québécoise* elle-même. Peut-être est-ce ici encore une indication de la connexité essentielle entre cette dernière et le droit civil québécois.

Quoiqu'il en soit, même un bref survol du nouveau *Code civil du Québec* révèle un souci réel de respect et de protection des droits et libertés.

V. CONCLUSION

J'ai tenté dans ce texte, après avoir évoqué certaines des craintes suscitées à cet égard au début des années quatre-vingt, d'expliquer, du moins en partie, un impact relativement minime de la *Charte canadienne* sur le droit civil québécois. Le caractère public et pénal de la *Charte canadienne*, tout comme le fait qu'elle ne garantisse pas le droit à la propriété et qu'elle n'ait en fait, et au mieux, que cinq ans de vie active au Québec, ont sûrement un rôle à jouer à cet égard. Mais la raison la plus importante tient peut-être à ce que le droit québécois contient déjà, et de plus en plus, des institutions propres à assurer une réelle et concrète protection des droits et libertés en matière de droit civil.¹⁸⁰

Nier tout rôle à la *Charte canadienne* serait cependant abusif. Comme on l'a vu, elle pourra, à l'occasion, insuffler un contenu aux notions générales et abstraites du droit civil. C'est un rôle important, mais difficile à identifier.

À cet égard, force est d'admettre que la *Charte québécoise*, de par sa facture et son ampleur, risque cependant d'être plus utile.

Il est possible que le véritable assaut de la *Charte canadienne* sur le Québec ait eu lieu ailleurs que dans le contexte du droit civil. Je pense ici à un effet direct sur la législation linguistique, et à un effet plus symbolique, et en partie responsable du blocage constitutionnel actuel.¹⁸¹ Évoquons brièvement l'un et l'autre.

La *Charte canadienne* a permis la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de la *Charte de la langue française* relatives à l'enseignement dans la langue de la minorité,¹⁸² et à l'affichage commercial.¹⁸³ Il s'agit ici d'un effet certain, direct, politique et voulu.

La *Charte canadienne* a aussi participé à un phénomène de multiplication des acteurs de la scène constitutionnelle. Le fédéral et les provinces l'ont occupée, à peu près exclusivement, pour la plus grande

¹⁸⁰ Je ne veux pas ici déifier le droit québécois. Si les instruments d'une protection sont bel et bien là, leur utilisation a pu, à l'occasion, laisser à désirer. On en conviendra.

¹⁸¹ À propos de ce dernier effet, voir Cairns, *supra*, note 22.

¹⁸² P.G. Québec c. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4th) 321.

¹⁸³ Ford, *supra*, note 86. Les dispositions relatives à la langue des lois et des tribunaux avaient déjà été déclarées contraires à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 3 ; voir P.G. Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016, 49 C.C.C. (2d) 359.

partie de ce siècle. L'aménagement du fédéralisme a été le sujet de prédilection de leurs discussions. L'adoption de la *Charte canadienne* semble avoir alimenté une culture au sein de laquelle divers acteurs sociaux revendiquent le droit légitime de faire virtuellement partie de toute discussion constitutionnelle, et de pouvoir y apporter leur point de vue particulier et leurs revendications propres. Il devient maintenant difficile de ne régler qu'un problème constitutionnel à la fois, au point où l'inscription d'un élément à l'ordre du jour est aujourd'hui facilement perçue comme une exclusion vicieuse de certains autres.

C'est peut-être un autre effet important de l'adoption de la *Charte canadienne* sur le Québec : la satisfaction de ses revendications constitutionnelles historiques semble avoir été reportée aux calendes grecques.

