

La réforme constitutionnelle et la notion de société distincte

Nicole Duplé

Volume 24, Number 1, March 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1057016ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1057016ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Duplé, N. (1993). La réforme constitutionnelle et la notion de société distincte. *Revue générale de droit*, 24(1), 65–79. <https://doi.org/10.7202/1057016ar>

Article abstract

The recognition of Québec as a distinct society in an interpretative provision has been at the centre of the constitutional reform issue since the Meech Lake Accord. To date, two versions of the distinct society clause other than the one presented in the Meech Lake Accord have been submitted to the governments. Regardless of differences in their respective wordings, one aspect remains constant: the clause does not in any way seem to be a source of additional legislative powers for Québec, and the clause only has a marginal effect in the context of the Charter. This limited effect is further restricted if the Charter is interpreted not only by taking into account the recognition of Québec as a distinct society but also by considering other principles of interpretation. Thus, including a distinct society provision in a “Canada Clause” would reduce any minor juridical benefits that Québec could hope to reap. It seems that the main benefit of the clause is as a constitutional symbol: its wording should allow one to place the Québécois collectivity in the greater Canadian context. By including the provision recognizing Québec’s distinct character in a “Canada Clause” — which also outlines numerous and very different characteristics of Canadian society — the Québec fact is made to seem trite, and its relative importance is reduced.

It is clear that Québec would not obtain satisfaction by means of recognition of its distinct character in Canada which is in name only. Only a reconsideration of the division of legislative powers is likely to give Québec the real means to protect and promote its special nature.

La réforme constitutionnelle et la notion de société distincte*

NICOLE DUPLÉ

Professeure à la Faculté de droit de
l'Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

Depuis l'Accord du lac Meech, la reconnaissance constitutionnelle du Québec comme société distincte dans une disposition interprétative applicable à l'ensemble de la Constitution est au cœur de la problématique de la réforme constitutionnelle. À l'heure actuelle, outre celle de l'Accord, deux autres versions de la clause relative à la société distincte ont été soumises aux gouvernements. Indépendamment des différences de formulation que révèle leur comparaison, un fait demeure constant : la clause ne saurait en aucun cas constituer la source de pouvoirs législatifs supplémentaires pour le Québec et elle n'a qu'un effet marginal dans le contexte de la Charte canadienne. Cet effet, déjà limité, est encore réduit si la Charte doit être interprétée non seulement en tenant compte de la reconnaissance du Québec comme société distincte mais aussi en tenant compte de certains autres principes d'interprétation conçus pour s'appliquer concurremment. Ainsi, l'inclusion de la disposition relative à la société distincte dans une « clause

ABSTRACT

The recognition of Québec as a distinct society in an interpretative provision has been at the centre of the constitutional reform issue since the Meech Lake Accord. To date, two versions of the distinct society clause other than the one presented in the Meech Lake Accord have been submitted to the governments. Regardless of differences in their respective wordings, one aspect remains constant : the clause does not in any way seem to be a source of additional legislative powers for Québec, and the clause only has a marginal effect in the context of the Charter. This limited effect is further restricted if the Charter is interpreted not only by taking into account the recognition of Québec as a distinct society but also by considering other principles of interpretation. Thus, including a distinct society provision in a "Canada Clause" would reduce any minor juridical benefits that Québec could hope to reap. It seems that the main benefit of the clause is as a constitutional symbol : its wording should allow one to place the Québécois collectivity in the

* Certains éléments de ce texte ont été présentés à la Commission d'étude sur toute offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle, le 12 décembre 1991.

Canada » réduirait les maigres bénéfices juridiques que le Québec pourrait en espérer.

Il semble que la principale utilité de la clause s'inscrive dans le domaine de la symbolique constitutionnelle : sa formulation devrait permettre de situer la collectivité québécoise dans le grand ensemble canadien. À cet égard, l'inclusion de la disposition reconnaissant le caractère distinct du Québec dans une « clause Canada » énonçant de nombreuses caractéristiques, très diverses, de la société canadienne, a pour effet de banaliser le fait québécois et de minimiser son importance relative.

Il est clair que le Québec ne saurait se satisfaire d'une reconnaissance de son caractère distinct au sein du Canada qui n'aurait qu'un caractère formel ou presque. Seule une révision du partage des compétences législatives est susceptible de lui donner les moyens concrets de protéger et promouvoir sa spécificité.

greater Canadian context. By including the provision recognizing Québec's distinct character in a "Canada Clause" — which also outlines numerous and very different characteristics of Canadian society — the Québec fact is made to seem trite, and its relative importance is reduced.

It is clear that Québec would not obtain satisfaction by means of recognition of its distinct character in Canada which is in name only. Only a reconsideration of the division of legislative powers is likely to give Québec the real means to protect and promote its special nature.

SOMMAIRE

Introduction	67
I. La valeur interprétative des énoncés relatifs à la société distincte	68
A. Une clause interprétative en deux énoncés	68
B. Un seul énoncé dans la clause Canada?	69
II. Les facteurs de spécificité de la société québécoise	70
A. La spécificité linguistique du Québec	70
B. La spécificité culturelle	72
C. La spécificité juridique	72
D. Les autres spécificités... non spécifiées	74
III. L'effet concret des dispositions relatives à la société distincte	75
A. Un effet juridique limité	75
1. Un effet nul sur les compétences législatives	75
2. Un effet marginal dans le cadre de la Charte	75
B. Une importance politique majeure	77
Conclusion	77

INTRODUCTION

Pour sortir de l'impasse constitutionnelle dans laquelle le Canada est acculé depuis l'échec de l'Accord du lac Meech, le gouvernement fédéral a tenté de relancer le dialogue relatif à la révision constitutionnelle en soumettant aux Canadiens, le 24 septembre 1991, un ensemble de principes de réforme sur lesquels les négociations pourraient être entreprises¹. Même si ces propositions ne sont plus avancées par le gouvernement fédéral à l'heure actuelle, la notion de société distincte qui y est incluse reste toutefois d'une très grande actualité. En effet, on la retrouve en substance dans le rapport présenté le 28 février 1992 par le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes (Comité Beaudoin-Dobbie) qui avait mandat de faire des propositions de réforme constitutionnelle au Parlement fédéral. En outre, il semble que dans l'« Accord d'Ottawa » du 7 juillet 1992 intervenu entre neuf provinces et le gouvernement fédéral, un consensus ait été réalisé relativement à une notion de société distincte formulée dans les mêmes termes. Il est très probable par conséquent que si des propositions « formelles » de modifications constitutionnelles sont présentées au gouvernement québécois, elles incluront une « clause de société distincte » très similaire. Si les onze gouvernements se réunissent jamais autour d'une table pour négocier, il y a fort à parier que la notion de société distincte restera inchangée dans son essence et sa substance et que les discussions porteront essentiellement sur la localisation de la clause dans la Constitution ainsi que sur l'insertion d'une disposition corrélative formulant l'engagement des gouvernements canadiens envers les minorités des deux langues officielles. La notion de société distincte, telle qu'elle se dégage des propositions fédérales du 24 septembre 1991, mérite donc une attention particulière et il faut l'examiner en tenant compte des éléments suivants :

1) L'Accord du lac Meech constituait en quelque sorte une démarche préliminaire. Il s'agissait d'une première étape destinée à ramener le Québec à la table des négociations afin de procéder à la révision de la Constitution dans une seconde étape. La reconnaissance du fait que le Québec constitue une société distincte au sein de la fédération canadienne n'aurait conféré aucun pouvoir supplémentaire à la législature de cette province. Son efficience juridique se serait surtout manifestée dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés* et plus spécifiquement dans le contexte de l'application de l'article premier de celle-ci.

2) La clause de la société distincte dans l'Accord présentait avant tout un intérêt politique majeur. En effet, sa plus grande utilité était de légitimer la revendication, dans la seconde phase des négociations, des compétences législatives nécessaires à la protection et à la promotion des éléments distinctifs de la société québécoise.

3) Les particularismes québécois cernés implicitement par la clause résultaient de l'inversion du rapport entre majorité et minorité linguistiques, les deux langues de référence étant l'anglais et le français. L'Accord constatait donc qu'au Québec, la langue de la majorité est le français et que partout ailleurs, c'est l'anglais.

Nous croyons que, contrairement à ce que certains ont affirmé, la clause ne référerait pas à une spécificité québécoise autre que celle qui est de nature linguistico-culturelle. Par ailleurs, la société distincte étant définie à partir d'un

1. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada. Propositions*, ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1991, CP22-24/1991F.

rapport entre majorité et minorité, la promotion de cette spécificité impliquait le maintien de ce rapport entre la population francophone et anglophone. La clause supposait donc la protection, par les pouvoirs publics québécois, de ce groupe linguistique minoritaire. Elle n'aurait jamais permis de justifier ou légitimer au Québec la suppression des conditions minimales d'existence de celui-ci puisqu'il est un élément constitutif de la société distincte.

Certaines personnes ont relevé que le concept de société distincte n'était pas cerné dans l'Accord, ce qui est faux à notre avis. Certains autres commentateurs ont vu dans la clause une définition indûment réductrice de la spécificité québécoise. D'autres enfin, y ont vu exactement l'inverse, soit la mention d'une spécificité extensive selon l'humeur des juges; une spécificité menaçante par conséquent. Quoi qu'il en soit, l'Accord est mort. Mais son rejet a surtout été attribué au caractère inacceptable, pour un grand nombre de Canadiens, de la clause de la société distincte. Or, plus le reste du Canada s'opposait à la mention dans la Constitution de la spécificité québécoise à titre de règle d'interprétation, plus cette reconnaissance prenait une valeur symbolique pour les Québécois et Québécoises. De sorte qu'à l'heure actuelle il faut craindre que le but initial de l'Accord n'ait été perdu de vue. Il faut appréhender en effet que l'attention ne soit concentrée sur la reconnaissance de la société distincte alors que l'enjeu véritable pour le Québec est l'obtention de pouvoirs nécessaires à la protection et à la promotion de sa spécificité au sein de la fédération. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit le fait que dans l'Accord du lac Meech la clause était, du point de vue du Québec, indissociable des autres éléments de l'Accord qui tous étaient destinés à permettre au Québec de sauvegarder et de renforcer sa spécificité.

Le gouvernement du Québec a maintes fois affirmé que l'Accord du lac Meech constituait un plancher de négociations en deçà duquel aucune proposition de modifications constitutionnelles n'était acceptable. Pourtant, la reconnaissance du caractère distinct du Québec au sein de la fédération canadienne a soulevé tellement de polémiques et d'oppositions que les Québécoises et les Québécois pourraient croire remporter une grande victoire en obtenant une telle reconnaissance. Ils risquent, dans ce contexte, de se faire véritablement flouer. Ce serait notamment le cas s'ils obtenaient une telle reconnaissance, acquise de haute lutte, et qu'il s'avérait ensuite qu'elle ne leur sert pratiquement à rien.

C'est donc avec ces considérations présentes à l'esprit qu'il faut examiner le concept de société distincte énoncé dans les principes de modifications constitutionnelles présentés par le gouvernement fédéral à l'automne 1991 et repris en substance dans le rapport Beaudoin-Dobbie.

I. LA VALEUR INTERPRÉTATIVE DES ÉNONCÉS RELATIFS À LA SOCIÉTÉ DISTINCTE

A. UNE CLAUSE INTERPRÉTATIVE EN DEUX ÉNONCÉS

Dans le texte fédéral la société distincte est mentionnée à deux reprises : en premier lieu, dans la clause Canada destinée à constituer l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; en second lieu, dans l'article 25.1 devant être ajouté à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La clause Canada a pour but d'énoncer les caractéristiques et les valeurs fondamentales du Canada et c'est après l'énoncé reconnaissant « la res-

ponsabilité des gouvernements de préserver les deux majorités linguistiques du Canada » que se trouve mentionnée « la reconnaissance de la responsabilité particulière qui incombe au Québec de protéger et de promouvoir sa société distincte ».

Pour sa part, l'article 25.1 édicte que la Charte canadienne doit être interprétée de manière à ce que soit respecté le caractère distinct du Québec au sein du Canada. Cet article interprétatif se lit ainsi :

25.1 (1) Toute interprétation de la Charte doit concorder avec :

- a) La protection et la promotion du caractère de société distincte du Québec au sein du Canada;
- b) La protection de l'existence de Canadiens d'expression française majoritaires au Québec, mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, majoritaires dans le reste du pays, mais présents aussi au Québec.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), une société distincte comprend notamment

- a) une majorité d'expression française;
- b) une culture unique en son genre;
- c) une tradition de droit civil.

Énonçant les valeurs fondamentales du Canada qui sous-tendent la Constitution, il ne fait aucun doute que la « clause Canada » est destinée à formuler une règle d'interprétation. Le législateur et, *a fortiori*, le constituant, ne s'expriment pas inutilement, ce qui viendrait appuyer l'idée que la clause Canada énonce bien une règle d'interprétation, tout comme le ferait l'article 25.1 de la Charte canadienne.

Il faut bien alors constater que cette qualification de la clause Canada met en lumière toute l'ambiguïté de celle-ci. En effet, inscrite dans l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la clause de la société distincte devrait théoriquement avoir une valeur interprétative à l'égard de toute la Constitution. Elle devrait donc servir à interpréter tant le partage des compétences que la *Charte canadienne des droits et libertés*. On saisit donc mal tout d'abord pourquoi le concept de société distincte n'est défini qu'à l'article 25.1 destiné à être ajouté à la Charte et à ne servir par conséquent qu'à l'interprétation de celle-ci.

Il est difficile de concevoir que dans le contexte de la clause Canada, la responsabilité du Québec de « protéger et de promouvoir la société distincte » puisse être appréciée en référant à un concept de société distincte différent de celui qui se trouverait enchâssé dans la Charte à l'article 25.1. Si l'on doit, par principe, écarter toute interprétation absurde, on doit par conséquent conclure que ce concept aurait le même contenu dans les deux dispositions qui l'énonceraient et qui devraient donc être lues ensemble. Cependant, en analysant l'impact concret des deux dispositions sur la marge de manœuvre des pouvoirs publics québécois, on perçoit vite que leur utilité réelle est confinée au cadre de la Charte² et cela explique sans doute la raison pour laquelle c'est dans ce dernier contexte que le gouvernement fédéral proposait de cerner le concept de société distincte.

B. UN SEUL ÉNONCÉ DANS LA CLAUSE CANADA ?

Le rapport Beaudoin-Dobbie prévoit, comme le fait le document du gouvernement fédéral, une double mention de la société distincte, dans la clause

2. *Infra*, partie III: L'effet concret des dispositions relatives à la société distincte.

Canada d'une part et dans un article 25.1 de la Charte d'autre part. Il semble cependant que l'Accord d'Ottawa envisage d'insérer une clause unique dans la clause Canada.

Sur le plan strictement juridique, le fait d'intégrer les deux énoncés relatifs à la société distincte pour en faire une disposition unique située dans la clause Canada, n'a guère d'impact. La portée interprétative de cette disposition unique ne serait pas étendue; la clause de la société distincte n'aurait de véritable impact que dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'intégration des deux énoncés de la clause de la société distincte ne présente donc à elle seule qu'un intérêt mineur. Autrement plus importante est la question de savoir quelle valeur relative sera donnée dans la Constitution à la reconnaissance du caractère distinct du Québec au sein du Canada. Il est évident que noyer la reconnaissance du caractère distinct du Québec dans une clause Canada énonçant de nombreuses autres caractéristiques canadiennes, revient à minimiser l'importance relative de la singularité québécoise dans la fédération et à la mettre en concurrence, au regard de la Charte, avec les autres valeurs canadiennes.

L'article 25.1 que le gouvernement fédéral proposait d'inclure dans la *Charte canadienne des droits et libertés* aurait pour effet de mettre en corrélation la clause de la société distincte avec l'article 25.1(1)b) traitant de la protection des deux communautés de langue officielle au Canada. La Charte devrait être interprétée en fonction des deux dispositions corrélatives, soit l'article 25.1(1)a) et l'article 25.1(1)b).

Dans le document fédéral de l'automne 1991, la clause Canada fait état, entre autres, d'une valeur canadienne : le respect des droits individuels et collectifs « tels qu'énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* », c'est-à-dire, compte tenu de l'article 25.1 qui serait ajouté à celle-ci. Dans l'hypothèse de l'insertion, dans la clause Canada, d'une clause unique relative à la société distincte, dans l'hypothèse donc où l'idée d'insérer un article 25.1 dans la Charte serait abandonnée, la société distincte n'aurait pas, en regard de la Charte, plus de poids que toute autre valeur canadienne énoncée dans le reste de la clause Canada.

II. LES FACTEURS DE SPÉCIFICITÉ DE LA SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE

De la combinaison des deux paragraphes de l'article 25.1, il résulte que toute interprétation de la Charte canadienne doit concorder avec la protection et la promotion du caractère de société distincte du Québec [*sic*]³ au sein du Canada laquelle comprend notamment (aux termes du 2^e paragraphe) :

- a) une majorité d'expression française;
- b) une culture unique en son genre;
- c) une tradition de droit civil.

A. LA SPÉCIFICITÉ LINGUISTIQUE DU QUÉBEC

Seul le premier paragraphe de l'article 25.1 contient un énoncé à valeur interprétative destiné à éclairer la signification de la Charte; le deuxième para-

3. Nous nous permettons de noter de manière incidente que la langue utilisée dans la version française des propositions fédérales est fort peu respectueuse de la langue majoritaire de la société distincte!

graphe, qui ne sert en effet qu'à compléter et expliciter le premier, fait donc corps avec celui-ci. Il est bon de rappeler les termes de ce premier paragraphe qui se lit ainsi :

25.1 (1) Toute interprétation de la Charte doit concorder avec :

- a) La protection et la promotion du caractère de société distincte du Québec au sein du Canada;
- b) La protection de l'existence de Canadiens d'expression française majoritaires au Québec, mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, majoritaires dans le reste du pays, mais présents aussi au Québec.

Il y a beaucoup plus dans l'article 25.1(1)b) que la simple référence à la dualité linguistique canadienne. En effet, cette disposition scinde nettement l'ensemble de la population canadienne en deux sous-ensembles définis à la fois en fonction de leur composition linguistique et en fonction d'un facteur géographique.

— Le premier sous-ensemble comprend la population québécoise majoritairement francophone et minoritairement anglophone;

— Le second sous-ensemble comprend la population implantée hors Québec qui est majoritairement anglophone et minoritairement francophone.

Le seul article 25.1(1)b) a donc pour effet de cerner la spécificité de la population québécoise au sein de la population canadienne. Comme dans l'Accord du lac Meech⁴ cette spécificité repose sur l'inversion du rapport numérique entre les deux groupes linguistiques décrits dans l'un et l'autre des sous-ensembles : ce n'est qu'au Québec que l'on retrouve une population majoritairement francophone et minoritairement anglophone. Partout ailleurs au Canada, le rapport entre majorité et minorité des deux langues officielles est inversé.

Si l'article 25.1(1)b) a pour effet de mettre en évidence la spécificité linguistique québécoise au sein du Canada, on peut se demander alors quelle est l'utilité de l'article 25.1(2)a) qui réfère à la majorité francophone comme élément de la société distincte. Cependant, un regard sur le passé récent et le rappel des tergiversations, spéculations et incompréhensions auxquelles ont donné lieu des dispositions similaires dans l'Accord du lac Meech permettent de comprendre que le souci des rédacteurs était avant tout de clarifier le concept de société distincte et cela, même au prix d'une répétition inutile. En outre, et c'est là un élément majeur, l'article 25.1(1)a) réfère non seulement à la *protection* mais aussi à la *promotion* de la société distincte au sein du Canada, lesquelles, en vertu de la clause Canada sont de la responsabilité particulière du Québec.

En vertu de la clause Canada, il est de la responsabilité *des gouvernements* de préserver les deux majorités linguistiques du Canada. Le Québec n'est pas concerné par cette partie de la clause qui ne vise que les autres gouvernements canadiens. En effet, pour le Québec, la même responsabilité est implicitement incluse dans celle que lui assigne spécifiquement la clause Canada. Puisque le caractère distinct du Québec repose en partie sur l'existence sur le territoire de la province des deux communautés francophone et anglophone, la *protection* de la

4. La clause de la société distincte, dans l'Accord se lisait comme suit :

Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :

- a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada;
- b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.

société distincte implique nécessairement, au minimum, la protection de l'existence des deux groupes linguistiques. La clause Canada assigne donc aux autres gouvernements canadiens une responsabilité identique à l'égard des deux communautés de langue officielle sur le territoire de leur juridiction respective et l'article 25.1(1)b) vient préciser la portée de cette responsabilité en regard de la Charte canadienne. La clause Canada ainsi que l'article 25.1(1) contiennent donc chacun *deux énoncés corrélatifs* visant respectivement le Québec et les autres gouvernements canadiens.

B. LA SPÉCIFICITÉ CULTURELLE

Aux termes de l'article 25.1(2)b), « une »⁵ société distincte comprend « une culture unique en son genre ».

Cette disposition nous semble redondante. À notre point de vue, on aurait tort d'y voir une référence à des éléments culturels autres que ceux qui s'articulent sur l'usage de la langue française. Bien sûr, nous n'ignorons pas qu'une culture est constituée d'un ensemble d'éléments qui ne sont pas tous reliés à l'usage d'une langue. Mais l'article 25.1 devrait être lu avec l'article 27 de la Charte qui établit lui-même une règle d'interprétation⁶. Ainsi, la Charte devrait être interprétée de manière à concorder avec la protection de la culture québécoise, « unique en son genre », mais *aussi* avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Ces deux dispositions interprétatives seraient toutes deux applicables et devraient donc être conciliées. Le Québec serait alors considéré à la fois comme une société unique au Canada en raison de la prédominance de la culture francophone sur son territoire et comme une société multiculturelle, qui ne se distingue pas, à tout autre égard du reste de la société canadienne. La seule manière de concilier l'article 27 avec l'article 25.1 ajouté à la Charte, serait de considérer que celui-ci devrait être interprété de manière à permettre la promotion de la culture francophone au Québec mais *aussi* la protection de la communauté anglophone qui y réside. Mais dès lors que la promotion ou la protection d'un autre élément culturel, non relié à la langue française ou anglaise, serait en question, la Charte devrait être interprétée à l'aide de l'article 27.

C. LA SPÉCIFICITÉ JURIDIQUE

En énonçant que la société québécoise se distingue au sein du Canada par sa tradition de droit civil, l'article 25.1(2)c) réfère à une spécificité indéniable.

Au Québec, les relations de droit privé sont régies par le Code civil⁷ ainsi que par diverses lois. Partout ailleurs au Canada, c'est la common law qui est la source d'une grande partie des règles de droit privé. Il en découle des différences

5. Se pourrait-il que d'autres sociétés définies à partir des facteurs énoncés dans l'article 25.1(2) puissent elles aussi prétendre constituer une société distincte? L'utilisation de l'article indéfini semble accrédi-ter une telle hypothèse.

6. Cet article se lit ainsi :

Toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

7. Le Code civil régit aussi certains rapports entre l'Administration et les personnes privées, notamment en matière contractuelle.

notables du point de vue de l'application de la Charte, au Québec d'une part, et dans le reste du Canada d'autre part.

La Charte ne lie que les législateurs et les gouvernements⁸. Or, si le Code civil est un acte du législateur, la common law est essentiellement une création des tribunaux; elle n'existe précisément qu'en raison d'une absence de règle légale, absence que les tribunaux ont dû combler. En conséquence, le Code civil ainsi que les lois québécoises régissant les rapports entre personnes privées ainsi que l'interprétation que les tribunaux en font doivent être conformes à la Charte canadienne⁹. Par opposition, les créations purement jurisprudentielles que sont les règles de common law, qui dans les provinces autres que le Québec règlent les rapports juridiques entre des personnes privées lorsqu'aucune loi ne le fait, ne sont pas assujetties à la Charte. Il faut donc noter que celle-ci s'applique plus largement au Québec que partout ailleurs au Canada¹⁰.

La pertinence de mentionner la spécificité juridique du Québec dans un article destiné à interpréter cette partie de la Constitution est plus que douteuse à notre sens pour les motifs suivants :

— La tradition du droit civil, distincte de la tradition de common law, doit certes être considérée pour appliquer *aux lois québécoises*, les règles d'interprétation qui respectent la logique du système juridique dans lequel elles s'inscrivent. Ainsi, le Code civil constitue par principe un ensemble de règles complet par lui-même. Le législateur est censé y avoir prévu par avance la solution juridique de tous les litiges opposant des personnes privées, sous réserve des lois particulières. À l'inverse, dans les provinces dites de common law, lorsque le législateur n'a pas expressément visé une situation, les tribunaux combleront le vide législatif en créant la règle de droit ou en appliquant aux faits qui leur sont soumis, une règle de common law déjà existante. On comprend donc que chacun des deux systèmes, le système de droit civil et le système de common law, impose des comportements judiciaires fondamentalement différents parce que le rapport entre les juges et la loi y est différent.

Il est indéniable qu'une loi québécoise régissant des rapports privés s'interprète en fonction de la tradition de droit civil. On peut se demander néanmoins en quoi cette tradition peut être utile à l'interprétation, non pas des lois québécoises, mais de la Charte canadienne.

Bien sûr, une mesure législative ou gouvernementale visant à assurer la promotion ou la protection de la langue française ou de la culture francophone au Québec est susceptible d'entrer en conflit avec certains droits ou libertés énoncés dans la Charte. C'est en raison de ces conflits potentiels que l'article 25.1 commanderait une certaine lecture de la Charte pour concilier ce qui, autrement, pourrait être incompatible¹¹. Toutefois, on voit mal comment la responsabilité du Québec de promouvoir le système de droit civil peut être menaçante pour la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés. Le projet d'inclure dans la Charte un article 25.1, tel que structuré, soulève inévitablement la question de savoir pour-

8. Art. 32(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

9. L'interprétation législative vise à révéler la volonté du législateur; elle constitue le prolongement de la loi et comme elle, doit être compatible avec la Charte. En revanche, pure création des tribunaux, la common law existe nécessairement en marge de la loi dont elle comble les carences.

10. Sur la soustraction de la common law applicable entre personnes privées à l'emprise de la Charte, voir : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

11. *Infra*, partie III : L'effet concret des dispositions relatives à la société distincte.

quoi, et en quoi, le système de droit civil est moins compatible avec les droits et libertés constitutionnels que ne le sont les nombreuses lois qui, dans les provinces dites de common law, régissent les relations entre personnes privées et parallèlement auxquelles existe la common law proprement dite¹².

Inclure dans l'article 25.1 le système de droit civil à titre de facteur de spécificité québécoise, c'est postuler que ce système juridique est intrinsèquement incompatible avec les droits et libertés énoncés dans la Charte canadienne et qu'il faut dès lors « adapter » celle-ci à un tel système, sous peine de le dénaturer. Ce postulat, on l'admettra, est insultant pour les Québécois et Québécoises qui sont censés s'accommoder si bien de ce système juridique qu'ils désirent non seulement conserver leur tradition de droit civil mais encore promouvoir cette tradition considérée pourtant comme réductrice des droits et libertés démocratiques...

Enfin, mentionnons que si le concept de société distincte a le même contenu dans l'article 25.1 d'une part, et dans la clause Canada d'autre part, — et on voit mal comment il peut en aller différemment, — il y a quelque chose d'absurde à reconnaître au Québec la *responsabilité* de promouvoir sa tradition de droit civil en tant qu'élément de sa société distincte. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* lui confère en plus de la responsabilité, la compétence de le faire, notamment dans l'article 92(13).

D. LES AUTRES SPÉCIFICITÉS... NON SPÉCIFIÉES...

Les caractéristiques de la société québécoise, celles qui permettent de la qualifier de société distincte au sein du Canada, ne sont pas énoncées exhaustivement. L'article 25.1(2) utilise en effet le terme « notamment » avant l'énumération des alinéas a), b) et c). L'intention claire des rédacteurs est donc de permettre aux tribunaux d'appliquer le raisonnement par analogie pour identifier éventuellement d'autres spécificités de la société québécoise. Logiquement, si l'on exclut l'idée qu'il s'agisse là d'une pure réitération, ces traits distinctifs, non définis, de la société québécoise, ne découleraient ni des particularités linguistiques ou culturelles de cette société, ni même de son particularisme juridique déjà mentionné. On peut certes s'interroger alors sur la nature de cette spécificité non spécifiée. Ce serait aux tribunaux que reviendrait la tâche de répondre à cette question. Pour ce faire, ils ne disposeraient guère que d'une indication, soit que la protection ou la promotion de ces éléments distinctifs est par hypothèse incompatible avec les droits et libertés énoncés dans la Charte...

Le fédéralisme implique nécessairement la coexistence et donc la juxtaposition d'entités qui prétendent toutes détenir une certaine spécificité et qui revendiquent les pouvoirs nécessaires pour la sauvegarder. Dans un tel contexte, obtenir la reconnaissance du caractère distinct du Québec équivaut à faire admettre un particularisme distinct des autres particularismes. La démarche doit donc aboutir à la formation de deux sous-ensembles canadiens, d'une part le sous-ensemble québécois et d'autre part, le sous-ensemble formé par la réunion des neuf autres provinces. Il nous semble donc que la distinction de ces deux sous-ensembles ne peut être effectuée qu'en fonction du ou des éléments précis qui fondent la spécificité du Québec au sein de la fédération canadienne et que ces éléments doivent donc être désignés aussi précisément que les mots le permettent.

12. La common law étant entendue ici comme étant l'ensemble des décisions créatrices de droit et assorties du *stare decisis*.

III. L'EFFET CONCRET DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA SOCIÉTÉ DISTINCTE

A. UN EFFET JURIDIQUE LIMITÉ

Quel est le bénéfice que le Québec retirerait de l'insertion, dans la Constitution des clauses relatives à la société distincte? Pour répondre à cette question, il faut examiner l'impact qu'auraient ces clauses tant sur la Charte que sur le reste de la Constitution, y compris sur les dispositions que l'on envisage d'y ajouter.

1. Un effet nul sur les compétences législatives

La mention selon laquelle le Québec a la responsabilité de protéger et promouvoir sa société distincte n'est aucunement susceptible d'être source de compétences législatives¹³. Dans le contexte du partage des compétences la clause Canada est tout simplement destinée à ne pas servir. En effet, pour les raisons qui suivent, il ne serait jamais requis de l'utiliser.

— La validité d'une loi en regard du partage des compétences s'apprécie en recherchant d'abord la matière véritable de cette loi pour déterminer ensuite les compétences législatives auxquelles cette matière se rattache.

Dans la première étape du raisonnement, la règle d'interprétation ne serait donc d'aucune utilité puisqu'elle serait applicable à la Constitution et non pas à la loi. Dans la deuxième étape elle n'aurait pas non plus d'utilité car elle ne permettrait pas d'ajouter des compétences législatives à la liste des compétences provinciales. Tout au plus aurait-elle pour effet de *légitimer* le but d'une loi visant à promouvoir ou protéger la société distincte ce qui, sur le plan juridique, est surtout pertinent dans le cadre de la Charte. Dans le contexte du partage des compétences, il faudrait que le tribunal jugeant de la constitutionnalité de la loi soit convaincu que le législateur québécois n'a pas légiféré dans un but fédéral.

— Outre le but, la nature des activités régies par la loi ainsi que les effets de celle-ci, seraient examinés par le tribunal. Pas davantage que la première, ces deux étapes subséquentes de l'analyse constitutionnelle ne seraient modifiées par la clause de la société distincte incluse dans la clause Canada. Elle ne serait tout simplement pas source de compétences législatives.

2. Un effet marginal dans le cadre de la Charte

La disposition relative à la société distincte, dans la clause Canada, n'a en réalité qu'une seule utilité, soit permettre de cerner la signification de l'article 25.1. Il s'agit donc, curieusement, d'un principe d'interprétation applicable à une disposition elle-même interprétative.

Dans le contexte de la Charte, les tribunaux seraient invités à considérer que l'interprétation de cette partie de la Constitution doit concorder avec la protection et la promotion du caractère de société distincte [*sic*] du Québec au sein du Canada (clause Canada), ce qui comprend notamment la protection de la majo-

13. Les propositions fédérales sont aussi claires sur ce point que l'était le texte de l'Accord.

rité francophone mais aussi, la protection de la minorité anglophone; la protection et la promotion de la culture majoritaire et minoritaire ainsi que du système de droit civil (art. 25.1). En outre, il serait clair, qu'en vertu de la clause Canada, le Québec aurait la responsabilité d'assumer cet effort de protection et de promotion.

L'impact réel de cette règle d'interprétation ne peut s'apprécier qu'à l'aide d'exemples concrets.

Nous avons déjà relevé ce qu'il y a d'incongru sur le plan juridique à postuler que la protection du système de droit civil est, de par la logique de celui-ci, susceptible d'être conflictuelle avec les droits et libertés énoncés dans la Charte. Il est cependant évident qu'il n'en est pas de même d'une loi qui viserait à protéger ou promouvoir la langue ou la culture majoritaire du Québec, ou encore à accorder à la communauté anglophone la protection qu'il serait de la responsabilité du Québec de lui accorder en vertu de la clause Canada. Une loi ayant l'un de ces buts serait porteuse d'inégalités fondées sur la langue puisqu'elle pourrait être comparativement désavantageuse, soit pour les anglophones par rapport aux francophones, soit pour les personnes appartenant aux autres groupes linguistiques, par rapport aux anglophones protégés par les pouvoirs publics québécois, et bien sûr, par rapport aux francophones. La loi en question soulèverait donc, sans aucun doute, la question de savoir si elle viole l'article 15(1) de la Charte énonçant les droits à l'égalité.

La langue n'est pas un facteur de discrimination énoncé à l'article 15(1) et il faudrait donc déterminer s'il s'agit ou non d'un *facteur analogue* à ceux qui sont énoncés. Il est possible que la règle d'interprétation de l'article 25.1 produise des effets à ce stade de l'analyse constitutionnelle en dictant une réponse négative aux juges. Dans la mesure où, précisément, l'article 25.1 envisage des démarches législatives forcément inégalitaires et potentiellement porteuses de discrimination sur la base de la langue, les juges pourraient décider qu'en vertu de l'article 25.1, l'article 15(1) de la Charte n'interdit pas *certaines* discriminations fondées sur la langue, notamment sur les langues anglaise et française. Cependant, nous pensons que ce ne serait pas le cas. Il serait beaucoup plus orthodoxe croyons-nous, de considérer que l'article 25.1 produit ses effets dans le contexte de l'application de l'article premier de la Charte.

L'article 25.1 référerait nettement au but de la loi ou de la règle de droit dont la validité serait testée en regard de la Charte. Il indiquerait aux juges que les buts désignés de promotion et protection de la société distincte sont en quelque sorte *légitimes*; que la Constitution canadienne considère qu'il s'agit là de la sauvegarde d'une valeur fondamentale du Canada, d'où l'inscription dans la clause Canada, du principe de la responsabilité du Québec à l'égard de sa société distincte. C'est donc dans l'article qui commande l'appréciation des buts de la loi en relation avec les moyens choisis pour atteindre ces buts que l'article 25.1 serait destiné à produire des effets concrets. Si, en vertu de la clause, les distinctions fondées sur les langues anglaise ou française ne devaient pas être considérées comme analogues aux autres caractéristiques de la personne énoncées à l'article 15(1) de la Charte, les tribunaux n'auraient aucun moyen de vérifier le but de la loi de promotion ou de protection puisque l'article premier de la Charte ne s'appliquerait tout simplement pas.

L'article 25.1 tel qu'il est formulé dans les propositions de l'automne 1991 permettrait au tribunal de reconnaître que la loi québécoise vise à répondre à une préoccupation urgente et réelle. Par ailleurs, à la condition que la limitation apportée à un droit ou à une liberté soit établie dans des limites raisonnables, le tri-

bunal reconnaîtrait certainement que cette limitation, constituant le moyen d'assurer la promotion de la société distincte, est *justifiable dans le cadre de la société démocratique canadienne*. La Constitution du Canada légitimant en quelque sorte le but poursuivi par le législateur québécois, il serait impossible que les tribunaux y voient une manœuvre anti-démocratique.

L'efficacité de la règle d'interprétation contenue à l'article 25.1 peut être mesurée à partir d'un exemple concret. On peut ainsi se demander quelle aurait été la décision de la Cour suprême si elle avait disposé de cette règle au moment où elle s'est prononcée sur la validité, en regard de la Charte, de certaines dispositions de la Loi 101¹⁴.

C'est parce que la Loi 101 portait atteinte à la liberté d'expression d'une manière inutilement excessive (déraisonnable), qu'elle fut déclarée invalide par la Cour suprême. La règle d'interprétation de l'article 25.1 n'éliminerait pas bien sûr le test de la raisonnabilité de l'article 1 de la Charte, lequel test resterait tout aussi exigeant dans son principe. Il se peut cependant que la règle influe lors de l'application de ce test.

La méthode d'interprétation contextuelle de la Charte utilisée lors de l'application de l'article premier a pour but de révéler les aspects pertinents des valeurs en conflit avec un droit ou une liberté¹⁵. Or, le fait que l'une de ces valeurs, la protection ou la promotion de la société distincte, soit reconnue explicitement par la Constitution pour servir à l'interprétation de la Charte serait sans doute de nature à lui conférer une certaine prépondérance dans certaines situations concrètes. Il est néanmoins permis de croire que l'article 25.1 référant implicitement à la protection de la communauté anglo-québécoise, n'aurait pas modifié le résultat auquel est parvenue la Cour dans l'arrêt *Ford*¹⁶.

B. UNE IMPORTANCE POLITIQUE MAJEURE

Une Constitution ne se résume pas à un ensemble de données juridiques. Bien que son rôle normatif soit primordial, elle a aussi un rôle majeur à jouer, celui de renvoyer à la collectivité qui s'en est dotée sa propre image. Dans un système démocratique, la Constitution qui est censée être le fruit de la volonté générale, devrait refléter la société qu'elle régit; elle doit lui ressembler. La Constitution doit donc être empreinte des valeurs sociales fondamentales, celles qui sont partagées par l'ensemble de la communauté étatique. À la suite de l'échec de l'Accord du lac Meech la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinct du Québec a acquis une haute valeur politique qui dépasse largement son importance juridique laquelle est, croyons nous, mineure.

CONCLUSION

En ce qui concerne la reconnaissance du caractère distinct de la société québécoise au sein de la société canadienne, le document du gouvernement fédéral ainsi que le rapport Beaudoin-Dobbie d'une part et l'Accord du lac Meech d'autre part, s'équivalent. Cependant, si on envisageait de ne pas ajouter d'article 25.1 à

14. Voir *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

15. Pour une justification rationnelle de la méthode voir les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1327, pp. 1355-1356.

16. *Supra*, note 14.

la Charte et d'insérer une seule disposition relative à la société distincte dans la clause Canada en y mentionnant les traits distinctifs de celle-ci, il faudrait alors qu'il y soit stipulé que la Charte sera interprétée compte tenu de la responsabilité du Québec de promouvoir la société distincte. Sans cette mention, nous croyons que l'efficacité de la clause de la société distincte en ce qui concerne la Charte, si minime soit-elle, serait encore plus réduite.

Tel qu'il est prévu dans les propositions fédérales et dans le rapport Beaudoin-Dobbie, le double énoncé relatif à la société distincte constitue globalement une « clause de la société distincte » équivalente à celle que prévoyait l'Accord du lac Meech :

— Les trois textes ont une portée interprétative qui ne peut être vraiment effective que dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

— la notion même de société distincte y est définie en tenant compte des mêmes éléments *juridiquement efficaces*. Dans l'Accord du lac Meech la notion de société distincte réfère à une spécificité d'ordre démo-linguistique et à ce qui en découlait. Tant dans le projet fédéral que dans le rapport Beaudoin-Dobbie la société québécoise est reconnue distincte en raison de l'existence d'« une majorité d'expression française »¹⁷ et d'« une culture unique en son genre »¹⁸, ce qui est équivalent. La mention additionnelle du système de droit civil, dont l'Accord du lac Meech ne parlait pas, n'est pas susceptible croyons-nous de produire des effets juridiques utiles. Cependant en faisant état d'une singularité certaine de la société québécoise, elle contribue à expliciter l'État canadien, ce qui est aussi le rôle d'une Constitution.

Il peut être difficile pour certains d'accepter que la spécificité québécoise soit circonscrite par l'énoncé des facteurs de spécificité. Ils se rassureront en constatant que la liste des caractéristiques constitutionnellement reconnues n'est pas close, puisque le terme « notamment » précède la mention des trois caractéristiques québécoises spécifiées par le deuxième paragraphe de l'article 25.1 que les deux documents ajoutent à la Charte. Nous croyons néanmoins que l'utilisation de ce terme dans une Constitution n'est guère souhaitable, et cela pour plusieurs raisons.

En premier lieu, parce que si une Constitution n'est pas essentiellement un document juridique, elle constitue la référence suprême dans le processus du contrôle de la légalité. Il est donc essentiel que ses termes soient aussi précis que le langage des mortels le permet.

En second lieu, parce qu'une Constitution établit aussi, en quelque sorte, la fiche d'identité de la collectivité qui s'en est dotée; le portrait qu'elle trace de celle-ci ne gagne rien en restant dans le flou.

En troisième lieu, parce que tout ne peut pas être dit dans une Constitution et qu'il est donc souhaitable de n'y mentionner que ce qui est pertinent. Dans une Constitution de type fédéral, il est implicite que les États-membres ont tous des prétentions à la spécificité. Dans ce contexte, si l'un des États-membres revendique une spécificité par rapport à tous les autres États-membres, il faut qu'il s'agisse d'une singularité ou de particularismes qu'aucun des autres membres de la fédération ne possède. La reconnaissance constitutionnelle de la spécificité de la société québécoise au sein de la collectivité canadienne ne saurait donc constituer

17. Art. 25.1(2)a).

18. Art. 25.1(2)b).

un portrait complet de cette société. Il s'agit nécessairement d'un portrait partiel et surtout comparatif. Par respect pour les autres membres de la fédération, les traits distinctifs du Québec devraient être clairement identifiés. Nous croyons d'ailleurs que si le terme « notamment » précédant l'énoncé du deuxième paragraphe de l'article 25.1 rassure certaines personnes, il peut en ulcérer d'autres qui se sentent ainsi rangées dans une catégorie en quelque sorte indéfinissable...

Si des « propositions formelles » sont jamais soumises aux membres de la société distincte, elles devront tendre à réaliser en une seule étape ce qui, au moment de l'élaboration de l'Accord du lac Meech devait être réalisé en deux phases. Il faudrait donc que ces propositions intègrent les éléments de réforme constitutionnelle prévus dans l'Accord. Il faudrait en outre trouver dans ces propositions, non seulement la reconnaissance de la spécificité québécoise, mais aussi la reconnaissance du potentiel juridique, c'est-à-dire des compétences législatives qui lui permettront de protéger et promouvoir réellement sa spécificité linguistico-culturelle. Sans ces dernières, la reconnaissance du caractère distinct du Québec est un énoncé formel, n'ayant que peu d'impact sur la marge de manœuvre juridique du Québec. Le moins que l'on puisse dire alors est qu'il s'agit d'un leurre.