

Les droits et libertés à l'heure de la dérogation

Dorval Brunelle

Number 13, Fall 1989

Droits et libertés

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1002078ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1002078ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département de sociologie - Université du Québec à Montréal

ISSN

0831-1048 (print)

1923-5771 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brunelle, D. (1989). Les droits et libertés à l'heure de la dérogation. *Cahiers de recherche sociologique*, (13), 103–117. <https://doi.org/10.7202/1002078ar>

Article abstract

Recourse to an exception rule as provided under S.33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms could well be the only safeguard to ensure a peaceful coexistence in a constitutional context where two distinct civil societies prevail.

Les droits et libertés à l'heure de la dérogation*

Dorval BRUNELLE

À l'occasion du deux centième anniversaire de la Révolution française une analyse de circonstance sur la question des droits et libertés entreprise à partir du contexte canadien et québécois devrait selon certains, faire son deuil de l'héritage révolutionnaire. À leur sens, la Charte canadienne des droits et libertés comporte en effet une clause dérogatoire qui autorise les gouvernements à surseoir à la reconnaissance de certains droits ou de certaines libertés. Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte édicte:

Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

La dérogation s'applique à certaines garanties juridiques prévues à l'article 2, où il est question de libertés fondamentales, de même qu'à l'ensemble de la section consacrée aux garanties juridiques qui couvre le droit à la vie, la liberté et la sécurité (art. 7), la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies (art. 8), la détention ou l'emprisonnement (art. 9), l'arrestation ou la détention arbitraires (art. 10), certains droits en matière criminelle et pénale (art. 11), la protection contre la cruauté (art. 12), le témoignage incriminant (art. 13), le droit à un interprète (art. 14) et, enfin, les droits à l'égalité (art. 15).

Pour ses défenseurs, l'inclusion de la clause dite "nonobstant" dans la loi fondamentale du pays s'explique par la nature même du pacte fédéral, puisque "aucun des deux ordres ou niveaux de gouvernement n'est juridiquement ou

* L'auteur tient à remercier les professeurs Jacques-Yvan Morin, Jean-Paul Bernard et Charles Halary pour leurs commentaires et suggestions.

politiquement subordonné à l'autre¹", ou par les contraintes liées à la promotion d'un peuple qui entend "acquérir davantage de pouvoirs politiques et d'autonomie²".

Pour ses détracteurs, la dérogation apparaît comme une concession tactique qui doit être corrigée dans les meilleurs délais, afin de redonner à la reconnaissance des droits et libertés dans la constitution canadienne sa pleine signification³, ou comme une autorisation explicite donnée aux gouvernements provinciaux de contourner les dispositions de la Charte⁴. Ce second argument, qui reprend un raisonnement développé par Brady il y a près de quarante ans, vise à stigmatiser un antidémocratisme qui serait propre au Canada français:

In French Canada sporadic anti-democratic movements, grounded in natural nationalism, have also appeared (...) and have sought to exact the special character of the national group, to protect its identity, and to ensure that it is not impaired by democratic compromise.

Thus, small groups of ardent nationalists in South Africa and Quebec believe that the state must be coterminous with the nation and the nation with the state, and for them the nation means their own exclusive language group, with its solidarity of culture. They reject the concept of a federal or composite nation, as they reject also the modus vivendi of a dual nationalism within the state, which is acceptable to the majority of Afrikaners and French and in harmony with the democratic idea⁵.

Une interprétation similaire a été proposée par Conrad Black dans un article remarqué. Selon Black, la clause dérogatoire nous reporte aux plus belles années du régime Duplessis, alors qu'il faudrait envisager la protection des droits linguistiques des minorités partout à travers le pays⁶.

Dans le présent article, nous soutiendrons qu'on a tort de croire que la dérogation rend inopérante la Charte canadienne des droits et libertés enchâssée dans

¹ S. Chaput-Rolland, "La réforme des relations fédérales-provinciales. Introduction", *Les Cahiers de Droit*, vol. 26, no 1, mars 1985, p. 10.

² C. Morin "L'expérience canadienne et québécoise de révision constitutionnelle: leçons et perspectives", *Les Cahiers de Droit*, op. cit., p. 53. Dans son analyse, Morin fait référence au droit de retrait.

³ Pierre Elliott Trudeau, *La Presse*, juin 1987.

⁴ Cet argument, qui voit dans l'exercice du pouvoir provincial la présence constante d'une menace autoritaire, c'est-à-dire foncièrement antidémocratique et antilibertaire se retrouvait déjà chez Trudeau. Par exemple: "De quelques obstacles à la démocratie au Québec", dans *Le Fédéralisme et la société canadienne-française*, Les Éditions HMH, 1968, p. 105-128.

⁵ A. Brady, *Democracy in the Dominion*, University of Toronto Press, 3e édition, 1955, p. 545-546.

⁶ C. Black, *Financial Post*, 29 décembre 1988; l'auteur revient à la charge dans la livraison du 21 juin 1989 du même quotidien. Voir aussi Pierre de Bané, *Le Devoir*, 27 et 28 juin 1989.

la Loi constitutionnelle de 1982. Nous montrerons en particulier que le recours à la dérogation est conforme à la lettre et à l'esprit de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui sanctionnait la coexistence de deux régimes juridiques différents: la *common law* et le droit civil inspiré du Code Napoléon.

Les constitutionnalistes reconnaissent cette juxtaposition ou cette coexistence, sans toujours lui accorder toute l'importance que nous lui donnerons dans la présente interprétation. En cela, nous suivrons une démarche apparentée à celle qu'avait proposée Jacques-Yvan Morin dans un important article publié en 1964 où l'auteur théorise le contenu de ce qu'il appelle un régime juridique "hybride" au sein d'un nouvel équilibre constitutionnel⁷. Et ce régime existe toujours en droit canadien comme l'a encore récemment rappelé l'auteur dans une étude consacrée à la charte québécoise⁸.

Notre analyse ne prétend pas se substituer à une interprétation sociologique ou politique de la question nationale québécoise; elle vise plutôt à prendre en compte le domaine du droit dans la formalisation des rapports entre individus et société. En ce sens, et pour anticiper sur notre conclusion, le recours à la clause dérogatoire nous semble être une façon de résoudre le problème posé par la coexistence de deux chartes dont les contenus "tantôt se recoupent et tantôt divergent"⁹ et, dont les sources relèvent de régimes juridiques différents.

1 L'AANB et le Code civil

Sans nier l'importance de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique dans l'institutionnalisation des droits et libertés au pays il importe de rappeler que sa sanction avait été précédée par la promulgation du Code civil du Bas-Canada en 1866.

Si la Révolution française n'a pas eu de prise directe sur le Canada à l'époque, la promulgation du Code Napoléon, en 1804, a en revanche exercé une influence sur la plupart des codes civils qui ont été adoptés par la suite et, en particulier, sur le Code civil du Bas-Canada de 1866. Nous ne voulons pas dire par là que les codificateurs ont voulu reprendre les idéaux révolutionnaires, mais simplement que, à travers le Code Napoléon, la Révolution française a traversé l'Atlantique. Quoi qu'il en soit, ce qui compte pour nous c'est que l'adoption du Code civil fondait, au sens le plus lourd du terme, la société bas-canadienne, comme nous allons le soutenir maintenant.

⁷ J.-Y. Morin, "Liberté nationale et fédéralisme", *Revue Juridique Thémis*, 14e année, no 50, mai 1964, p. 91-130, p. 128-129.

⁸ J.-Y. Morin, "La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne", *Revue Juridique Thémis*, vol. 21, 1987, p. 25-69.

⁹ A. Morel, "La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne", *Revue Juridique Thémis*, vol. 21, 1987, p. 23.

En conséquence, le Canada n'aurait pas connu un seul acte fondateur, mais bien deux, et ces deux moments délimitent deux espaces passablement étanches, un espace civil bas-canadien et un espace civil canadien. Le Code civil du Bas-Canada institutionnalisait le premier, l'article 94 de l'AANB, le second. Rappelons que cet article confiait au pouvoir fédéral, à titre tout à fait exceptionnel, c'est-à-dire en dérogeant aux dispositions de l'article 92 qui confie la responsabilité en matière de propriété et de droits civils aux gouvernements provinciaux, le pouvoir d'uniformiser les lois civiles en dehors de la province de Québec:

Par dérogation aux dispositions du présent acte, le Parlement du Canada pourra décréter l'uniformité de toutes les lois ou de quelques-unes des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, ainsi que celle de la procédure à suivre devant tous les tribunaux ou quelques tribunaux de ces trois provinces (...).

L'intérêt de mettre en évidence la double institutionnalisation de la société civile au Canada apparaît clairement dans le cadre du débat sur l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982. Depuis lors, en effet, le pouvoir fédéral entend légiférer sur des matières qui relevaient antérieurement, non pas tellement de la juridiction provinciale en général — à quoi nous conduit inmanquablement la démarche strictement constitutionnaliste — mais d'un domaine civil bas-canadien qui repose sur un socle juridique distinct.

La différence est déterminante puisque le sens et la portée de l'expression "propriété et droits civils" sont investis, dans le contexte québécois, d'une signification et d'une densité sans équivalent ailleurs au pays où l'expression "droits civils" renvoie aux règles uniformes de la *common law*¹⁰.

Dès lors, la question posée par la Loi constitutionnelle de 1982 est moins de savoir si le Québec demeure ou non une "société distincte", mais de savoir si la société québécoise repose encore et toujours sur un socle différent de celui sur lequel repose la société canadienne dans son ensemble.

1.1 La société civile bas-canadienne

Le projet d'union des deux Canadas avec les provinces de l'Atlantique a été facilité par la démarche du procureur général du Bas-Canada, George-Étienne Cartier, qui était à la fois responsable de la promulgation du Code civil et ardent défenseur du projet fédératif. Pour certains civilistes, comme Charles de Lorimier et Charles Vilbon, "décréter l'uniformité dans nos lois, c'était raffermir et

¹⁰ D'ailleurs, rappelons que le droit civil français est expressément aboli au Haut-Canada dès 1791 et on lui substitue alors le droit civil britannique. Voir *Documents constitutionnels canadiens 1791-1818*, Ottawa, 1915.

consolider notre unité nationale¹¹". Il advient alors que la notion même de société civile sera à la fois réduite et survalorisée dans le contexte bas-canadien, précisément parce que son institutionnalisation est circonscrite à un espace défini tandis que l'instauration de la *common law* en matière de propriété et de droits civils prévaut partout ailleurs au pays, et parce que la prééminence du droit anglais dans la quasi-totalité des autres domaines (droit pénal, droit commercial, droit militaire, et surtout, droit constitutionnel) est assurée.

Il découle deux importantes conséquences de cet encadrement: la première tient à la séparation, la seconde, à la congruence. Pour ce qui est de la séparation, qu'il suffise d'indiquer que les rapports entre les individus divergeront nécessairement selon que l'on s'appuiera sur le Code civil ou sur la *common law*, avec le résultat que le contenu des liens de sociation variera selon l'appartenance à l'une ou à l'autre société; en ce qui concerne la congruence, il faudrait relever que la relation entre droits civils et droits politiques ne sera pas la même puisque le Code civil est encadré par un corps de doctrine hétérogène tandis que les préceptes de la *common law* en matière de propriété et de droits civils participent d'un esprit et d'une démarche qui se retrouvent dans les autres législations. Dans le premier cas, il y a rupture entre l'espace civil et l'espace politique, dans le second, il y a prolongement, équilibre et, surtout, cohérence.

Précisons cette dernière idée. En droit français, en vertu de l'article 7 du Code Napoléon, "l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se *conserve* que conformément à la loi constitutionnelle¹²". L'article 3 du projet de Code civil bas-canadien renvoie, lui, à la notion de "sujet britannique", qui substitue l'identification impériale à l'identification nationale. L'article 8 du Code Napoléon édicte en effet: "Tout Français jouira des droits civils".

On voit alors que la société civile bas-canadienne est encadrée par un ordre juridique et politique extrinsèque. Le statut civil et le statut politique du "sujet britannique" du Bas-Canada sont ainsi disloqués alors que le citoyen français, par exemple, jouit de plein droit de privilèges civils et politiques qui relèvent d'une même raison juridique.

En France, la promulgation d'un Code civil en 1804 s'inscrit dans un processus plus vaste de rationalisation juridique qui a pour complément le Code de procédure civile, le Code de commerce, le Code d'instruction criminelle, le Code

¹¹ *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montréal, La Minerve, 1871, t. 1, "Introduction", p. 3. Cette interprétation sera reprise par les civilistes.

¹² L'expression "de la qualité de citoyen" a été modifiée en 1889 de sorte que la première partie de l'article se lit depuis lors: "l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques". Mais même cette dissociation ne change pas la validité de l'argumentation avancée.

pénal, le Code forestier et le Code de justice militaire notamment. De cet ensemble, on a pu écrire:

Les cinq premiers de ces Codes, promulgués sous le Consulat et l'Empire, forment sur les matières civiles, commerciales et criminelles, un ensemble tellement clair, concordant et complet, que de toutes les législations européennes il en est peu qui puissent être comparées à la législation française. Ces Codes constituent un des plus beaux titres de gloire de Napoléon, et seront toujours l'objet de la reconnaissance des Français¹³.

Dans le contexte bas-canadien l'adoption, en 1866, du Code civil, loin de s'inscrire dans un "ensemble" de codifications relevant d'un même esprit ou d'une même problématique, vient au contraire occuper un espace balisé par des lois comme le droit commercial, le droit pénal et, bientôt, le droit constitutionnel, qui relevaient d'un autre corps de doctrine, le droit britannique.

Le Code civil ne sera d'ailleurs complété que par un Code de procédure civile, également différent dans son esprit de son équivalent anglo-saxon. Le Bas-Canada atteint donc à cette occasion à la fois sa maturité et son autonomie civiles, étant entendu que l'espace de liberté ainsi délimité, pour restreint qu'il fût, était néanmoins plus étendu que celui qui prévalait antérieurement sous l'empire de la Coutume de Paris alors que subsistaient encore les vestiges du régime seigneurial.

1.2 L'option constitutionnelle de l'AANB

Pour la science politique de l'époque, il existait essentiellement trois formes de gouvernements entre lesquels les politiciens étaient appelés à choisir: la monarchie, l'aristocratie et la démocratie. La décision d'opter pour la monarchie constitutionnelle tient au fait que l'instauration d'une aristocratie est "impraticable" dans le contexte canadien, comme le souligne John A. Macdonald:

*An hereditary Upper House is impracticable in this young country. Here we have none of the elements for the formation of a landlord aristocracy - no men of large territorial positions - no class separated from the mass of the people. An hereditary body is altogether unsuited to our state of society, and would soon dwindle into nothing*¹⁴.

Au demeurant, il ne serait pas venu à l'esprit des Pères de la Confédération de défendre la démocratie à l'américaine. Les discussions sur le projet de Confédération étant enclenchées au moment même où la guerre civile faisait rage

¹³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1869, 4e édition, t. 1, p. 11-12.

¹⁴ P.B. Waite (dir.), *The Confederation Debates in the Province of Canada, 1865*, McClelland and Stewart, 1963, p. 45.

là-bas, il semblait exclu qu'on ait recours à une forme de gouvernement que certains tenaient pour responsable du déclenchement des hostilités.

Le projet démocratique américain est donc à toutes fins pratiques ignorée. George-Étienne Cartier avait une position claire.

He was opposed he might as well state most distinctly, to the democratic system which obtained in the United States. In this country of British North American we should have a distinct form of government, the characteristic of which would be to possess the monarchical element ¹⁵.

Il restait la monarchie non seulement au niveau de l'exécutif, mais également à la Chambre haute puisque c'est la couronne qui devait nommer les sénateurs:

Nomination by the Crown is of course the system which is most in accordance with the British Constitution ¹⁶.

Dans la mesure où la question politique — quel devait être le nouveau régime constitutionnel canadien — avait pu revêtir quelque importance lors de la tenue des débats sur le contenu de la future constitution, il ne fait pas de doute que les Pères se sont entendus pour sanctionner un régime constitutionnel le plus conforme à l'esprit des institutions britanniques, tout en protégeant l'étanchéité juridique d'un espace civil bas-canadien. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique décrète, à son tout premier paragraphe:

Considérant que les Provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion placé sous la couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni.

Le défi posé par l'instauration d'un régime parlementaire dans un contexte juridique "dual" et décentré se retrouve dans de nombreuses dispositions de l'acte qui devaient avoir pour effet de soumettre le plus parfaitement possible l'exercice de l'autonomie provinciale au contrôle de l'exécutif fédéral. C'est ainsi qu'on accorde au gouverneur général, au nom de la reine, le pouvoir de nommer les lieutenants-gouverneurs (art. 58) et que, en corollaire, on retire expressément aux provinces le pouvoir de modifier la fonction de lieutenant-gouverneur (art. 90, paragraphe 1). De surcroît, tout comme le gouverneur général peut exercer un droit de réserve ou de désaveu sur tout projet de loi voté par les deux Chambres du Parlement (art. 55), les lieutenants-gouverneurs peuvent les exercer également à l'encontre d'un projet de loi des législatures provinciales (art. 90).

¹⁵ Ibid., p. 52.

¹⁶ Ibid., p. 52.

Le cabinet fédéral est également investi de ces deux pouvoirs; entre 1867 et 1947, 112 lois provinciales ont été désavouées et 65 réservées¹⁷. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, ces pouvoirs sont tombés en désuétude, mais il s'en faut que le fédéral ait laissé les provinces agir à leur guise; durant l'après-guerre, par exemple, l'initiative législative du Parlement a été déterminante.

Cependant, aucune de ces mesures ponctuelles d'intervention n'a modifié le cadre constitutionnel et les deux espaces civils qu'il encadrait. On voit alors à quel point la transposition d'un régime démocratique à l'américaine, essentiellement fondé sur l'uniformisation des droits et des libertés, aurait non seulement été une rebuffade vis-à-vis des institutions de la mère patrie, elle aurait surtout supposée résolue la question du rapport entre deux régimes juridiques instituant chacun un espace civil propre. C'est afin de contourner ce problème que l'on a eu recours à la solution qui consistait à juxtaposer deux cadres de référence étanches, le droit civil bas-canadien d'un côté, le droit anglais de l'autre, étant entendu que l'Acte de 1867 devait à la fois encadrer et clôturer cette juxtaposition.

Dans ce qui suit, nous essaierons de montrer comment la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 vient contourner à la fois l'esprit et la lettre de l'AANB, c'est-à-dire l'institutionnalisation d'une coexistence entre deux ordres civils au Canada.

2 La société civile québécoise

À l'instar du Code civil français, celui de la province de Québec a été débordé par le déploiement de nouvelles lois¹⁸: droit du travail, droit de la santé, droit de l'éducation, etc. De surcroît, le Code civil a été progressivement laïcisé et les principales discriminations et inégalités, qui prévalaient encore jusqu'en 1964, entre les sexes notamment, ont été en partie corrigées depuis.

Ce ne sont pas tant ces formes de l'application d'un principe d'égalité qui font problème, mais bien le recours à des lois et à des réglementations en marge du Code civil dont la fonction première est d'instaurer des normes quasi contractuelles fondées sur le statut de la personne. Ces normes ne relèvent pas d'un ordre civil

¹⁷ Robert MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, University of Toronto Press, 1947, p. 253. On pourra noter au passage que ce pouvoir a visé des programmes législatifs précis dans le cas de lois discriminatoires adoptées par la Colombie-Britannique, ou le projet créditiste de l'Alberta. Par ailleurs, le rôle de superviseur joué par Ottawa à cet égard n'a pas été constant comme en témoigne le fait que la loi du Cadenas (1937) n'ait été ni réservée ni désavouée.

¹⁸ Ce phénomène est étudié, entre autres, par Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1948. Pour une analyse plus circonstanciée voir S. Normand, "La sauvegarde de l'intégrité du droit civil", *McGill Law Journal*, vol. 32, 1986-87, p. 559.

stricto sensu, elles relèvent de l'ordre public, c'est-à-dire d'un espace et d'une logique qui sont à la fois politiques et administratifs.

Si nous reprenons maintenant la notion de socle, nous voyons que le débordement au-delà du droit civil tel qu'il avait été circonscrit initialement a élargi la base sur laquelle avaient été édifiés les liens de sociation. Cela donne naissance à une confrontation d'un type nouveau entre deux espaces publics, dont l'un appartient à la société québécoise, tandis que l'autre relève des institutions canadiennes. Le recours concurrent à l'adoption de chartes des droits de la part du gouvernement québécois et du gouvernement canadien ces dernières années, n'a pas son équivalent ailleurs au pays.

Peu importe que les dispositions de la Charte québécoise sont plus ou moins avancées ou progressistes par rapport à celles de la Charte canadienne si les deux espaces publics sont relativement étanches; on voit mal, en effet, en vertu de quelle opération l'ordre public canadien pourrait prévaloir dans le contexte québécois sinon en vertu de l'uniformisation de normes ou de principes qui lui sont étrangers et dont la sanction devrait reposer sur une rationalité extrinsèque.

C'est précisément cette uniformité que tend à instaurer la Charte canadienne en introduisant dans le régime constitutionnel canadien une standardisation inspirée désormais du démocratisme à l'américaine. La difficulté que pose cette forme de contournement des paramètres propres à l'un et à l'autre socle sera de délégitimer les principales lignes de force de la logique québécoise, tout autant que de la logique canadienne d'ailleurs, et d'aller précipiter le Québec tout comme le Canada sur la voie d'une véritable continentalisation constitutionnelle. Ainsi, le rapatriement de la Constitution puis l'enchâssement d'une charte des droits auront été un préalable au libre-échange dans la mesure où ils arrimeront désormais les décisions ultérieures à un nouvel ordre juridique qui n'est ni québécois ni canadien, mais bien d'inspiration continentale.

En ce sens, le rapatriement ne fait pas que sanctionner l'état des rapports de force entre deux espaces publics, il vient également ajuster les normes juridiques et institutionnelles au continentalisme qui prévalait déjà dans les échanges économiques entre le Canada et les États-Unis.

2.1 Les termes du débat sur la clause dérogatoire et la notion de "société distincte"

Selon ses détracteurs, la dérogation inscrite dans la Charte canadienne est inacceptable pour deux raisons au moins: premièrement, le législateur ne peut pas dans un même souffle reconnaître un ensemble de droits et libertés, et permettre d'en suspendre l'application par simple mention expresse; deuxièmement, n'importe quelle liberté fondamentale peut être suspendue dans des circonstances exceptionnelles, en cas de conflit armé ou d'insurrection appréhendée, par exemple. Cette éventualité est d'ailleurs prévue à l'article premier de la charte:

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.

Or, comme les modalités d'une suspension sont déjà inscrites dans la Charte, l'ajout d'une clause dérogatoire est superfétatoire, sinon stérilisante.

En revanche, pour ses partisans, une telle disposition s'explique assez facilement, pour autant que l'on admette que, en constitutionnalisant les droits et libertés, le gouvernement fédéral se trouvait, par le fait même, à empiéter sur la juridiction des provinces. Quoi de plus normal que d'avoir recours à un mécanisme juridique qui, tout en voulant assurer l'uniformisation et l'universalisation des droits et libertés, sauvegarde des prérogatives au pouvoir qui dispose de sa juridiction propre sur ces matières?

Dans un premier temps, la question de la clause dérogatoire répondrait donc à un double défi: universaliser la sanction des libertés fondamentales et reconnaître que le législateur qui prétend instaurer cette homogénéisation n'a pas le pouvoir de le faire ou de l'imposer. L'uniformité visée représenterait alors un idéal que des contraintes politiques et juridiques inscrites dans un partage de pouvoirs ne permettraient pas de réaliser dans l'immédiat sans faire droit à ce genre de compromis.

Le recours à la dérogation pourrait apparaître ensuite comme un mécanisme susceptible d'éviter d'accroître indûment et brusquement le pouvoir des juges au détriment de celui du législateur. Le problème dans ce cas-ci n'est d'ailleurs pas lié seulement à l'introduction d'un nouvel équilibre entre les pouvoirs au Canada, il concerne également le mécanisme très centralisé de nomination des juges. Une démarche d'apparence plus souple qui visait à accroître l'indépendance relative du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif, comme c'est le cas aux États-Unis, aurait pu être porteuse d'effets pervers dans un contexte où le pouvoir de nommer les juges à la Cour suprême relève du seul pouvoir fédéral. À cet égard, il conviendrait de se demander si la promulgation d'une charte peut se concilier avec un régime parlementaire qui, en principe, accorde la primauté au pouvoir législatif.

Finalement, la clause dérogatoire pourrait également être envisagée comme un mécanisme devant servir à constitutionnaliser une marge d'autonomie législative susceptible d'enclencher des réaménagements spécifiques entre minorités et majorités au Canada. On pense ici bien sûr au cas du Québec, mais les problèmes posés par la coexistence et la juxtaposition des discriminations ne se limitent pas à une seule province, ni à un seul enjeu (la langue), puisqu'ils peuvent tout aussi bien toucher des inégalités fondées sur le sexe, sur la race ou l'âge. La clause dérogatoire servirait à introduire plus de souplesse dans l'ensemble du système en protégeant ou en ménageant des espaces publics qui ne seraient pas uniformes d'un bout à l'autre du pays.

Avant de pousser plus avant la question de savoir si l'insertion d'une clause dérogatoire est susceptible de contrevenir à la protection des droits et libertés, nous allons de nouveau rappeler quelques faits.

2.2 Un retour en arrière

À l'issue du référendum de mai 1980 et fort des promesses de renouvellement du fédéralisme qui avaient été faites, le gouvernement fédéral procède au rapatriement de la Constitution sans l'accord des provinces. Par la même occasion, il constitutionnalise sa propre charte des droits et libertés, une démarche qui a pour premier effet de soumettre la Charte québécoise des droits et libertés, de même que certaines lois comme la Charte de la langue française, à une nouvelle interprétation jurisprudentielle.

Il faut bien voir que, au-delà de ces affrontements dans le domaine juridique et constitutionnel, ce sont deux visions de l'ordre social au Canada qui sont en cause. Pour le gouvernement québécois, le référendum devait sanctionner le progrès du statut juridique déjà existant et autoriser la poursuite du processus d'autonomisation du Québec notamment dans le domaine économique. La promulgation antérieure de chartes par le gouvernement du Québec correspondait en tout point à cette idée selon laquelle il y avait deux régimes juridiques et constitutionnels au pays: un régime canadien hérité de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et un régime québécois disposant de ses propres priorités et exigences articulées à un socle juridique que l'on s'occupait de mettre en place à travers différents documents (livres blancs, livres verts, énoncés de politiques, etc.).

À l'inverse, pour le gouvernement fédéral, il s'agit non seulement d'éviter l'institutionnalisation de deux sociétés dans un même pays, mais surtout de rétablir sa prééminence et son ascendant politiques en cherchant à imposer une seule logique dans le fonctionnement du système juridique et constitutionnel, une logique inspirée d'un texte fondateur qui devait s'imposer et être imposé indistinctement auprès de toutes les parties constituantes. En conséquence, pour ses promoteurs d'alors l'acte constitutionnel de 1982 ne pouvait pas préparer l'institutionnalisation d'un nouveau fédéralisme au Canada sans chercher concurremment à démonter ou à défaire la Charte de la langue française, en particulier.

L'affrontement qui s'annonce apparaît alors comme une querelle sémantique au cours de laquelle le pouvoir fédéral s'approprie la notion de charte et ne reconnaît pas l'utilisation qu'en fait le gouvernement du Québec. L'entreprise sera couronnée de succès puisqu'il sera de moins en moins question de la Charte de la langue française, sinon de la loi 101, plus récemment de la loi 178. Or, derrière la façade des mots, c'est tout l'engagement à l'égard d'une langue dans le contexte québécois qui est rabattu au niveau d'un droit équivalent à d'autres droits qui relèvent de l'ensemble des prérogatives individuelles constitutionnalisées dans la charte canadienne.

Alors, même si la clause dérogatoire inscrite à l'article 33 de la Charte canadienne n'avait pas été prévue à cette fin, son insertion ayant plutôt été exigée par les provinces de l'Ouest, il est advenu qu'elle a aussi été invoquée par le gouvernement du Québec dans le but de protéger les principales dispositions de ses initiatives législatives les plus importantes, dont la Charte de la langue française¹⁹, et ce sans succès d'ailleurs, puisque les tribunaux devaient souscrire à l'approche constitutionnelle du gouvernement fédéral. Là où le Québec avait tenté d'organiser sa propre constitutionnalisation autour de la langue française, le gouvernement fédéral et les tribunaux à sa suite vont procéder, ni plus ni moins, à "déconstitutionnaliser" le statut du français au Québec²⁰.

Avant de poursuivre l'analyse de la validité et des limites du recours à la dérogation, arrêtons-nous sur une autre façon d'identifier et de protéger la spécificité du Québec, celle qui consiste à inscrire l'expression "société distincte" dans l'accord constitutionnel du lac Meech.

2.3 La notion de "société distincte"

La notion de "société distincte" a acquis un nouveau statut juridique et constitutionnel depuis qu'elle a été intégrée à l'accord constitutionnel du 3 juin 1987, (art. 2 (1) b), mieux connu sous le nom d'accord du lac Meech.

Le gouvernement libéral nouvellement élu à Québec en décembre 1985 avait posé cinq conditions à la sanction d'un accord:

(1) la reconnaissance explicite du Québec comme société distincte; (2) la garantie de pouvoirs accrus en matière d'immigration; (3) la limitation du pouvoir fédéral de dépenser; (4) la reconnaissance d'un droit de veto; et, (5) la participation du Québec à la nomination des juges à la Cour suprême du Canada²¹.

Une fois l'expression inscrite dans un accord, qu'en est-il de sa signification? En premier lieu, il faut relever que, dans la mesure où l'accord doit permettre au Québec de souscrire "dans l'honneur et l'enthousiasme" à la Loi constitutionnelle de 1982, son adoption implique forcément la reconnaissance de la suprématie de

¹⁹ C'était le sens de la promulgation de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21.

²⁰ La logique de la constitutionnalisation de la langue française au Québec peut être retracée à travers l'analyse fort éclairante de William Tetley, "Language Rights in Quebec and Canada", *Law and Contemporary Problems*, vol. 45, no 4, automne 1982, p. 177-220. Il s'agit d'un numéro spécial de la revue dirigé par P. Davenport et R. H. Leach, intitulé *Canadian Constitution, 1982*, School of Law, Duke University (N.C.).

²¹ G. Rémillard, Allocution prononcée le 9 mai 1986 citée dans *Le Québec et le Lac Meech*, Montréal, Guérin, 1987, p.56-57

l'acte constitutionnel canadien²². Il s'agirait donc, au mieux, d'une tactique d'arrimage de la société québécoise au socle juridique canadien revu et corrigé par le *Canada Bill*, une approche qui contribuerait à valider un nouveau mythe fondateur au pays, ce que vient d'ailleurs confirmer une déclaration du premier ministre Robert Bourassa au lendemain de la ratification par l'Assemblée nationale de l'entente le 23 juin 1987, selon laquelle "l'accord est la plus grande victoire politique du Québec depuis deux siècles²³".

Le fait pour le Québec d'assumer le poids de la "distinction" dans le contexte canadien peut tout simplement conduire à confirmer l'asymétrie entre les provinces pour ce qui est de leurs responsabilités à l'égard de leurs minorités linguistiques au détriment de la reconnaissance d'une hiérarchie des responsabilités et des pouvoirs entre les deux ordres, fédéral et provincial, de gouvernement. Nous voulons relever à ce propos à quel point l'identification du Québec comme société distincte contribue à dédouaner le pouvoir fédéral en matière linguistique et pousse le gouvernement du Québec à assumer seul le poids de la différence à ce chapitre. Là où, selon certaines interprétations, le Québec aurait la responsabilité de protéger le fait français, il pourrait également être investi de l'obligation de le faire sans nuire à sa minorité anglophone et sans brimer les libertés individuelles en matière de langue. Dans ces conditions, le Québec serait distinct de toutes les provinces pour lesquelles la responsabilité à l'égard de leur minorité linguistique n'aurait ni le même contenu, ni le même poids, ni les mêmes exigences.

Quant à la notion de société distincte, il n'est pas inutile de rappeler qu'elle nous vient en droite ligne du Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada qui consacre une section de son chapitre 24, "Le système institutionnel canadien et les problèmes communautaires non résolus" à étudier "le Québec en tant que société distincte²⁴" où l'on peut lire:

Afin qu'une entente durable s'installe entre le Québec et le reste du Canada (...), il importe au départ de dépasser les clichés traditionnels sur la spécificité du Québec pour dégager une vue réaliste des données, qui, en 1985, caractérisent cette province. Deux écueils en particulier doivent être évités. Le premier est celui de la recherche à tout prix d'une homogénéité culturelle qui définisse cette spécificité: si une telle homogénéité a jamais existé, elle n'est certes plus caractéristique du Québec. Le second est celui d'une dépréciation de la dimension collective du problème du Québec au point de le ramener à une simple question de droits individuels susceptibles d'être exercés

²² Pour un intéressant tour d'horizon des positions respectives des partisans et des adversaires, on pourra consulter Gérard Boismenu «Les écueils du Lac Meech», dans D. Monière (dir.), *L'Année politique 1987-1988 au Québec*, Montréal, Québec/Amérique, 1989, p. 79-99.

²³ Ibid., p. 82-83 et p. 89.

²⁴ Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, vol. 3, p. 379-384.

partout au Canada; si vivre, travailler et s'épanouir dans sa langue est ce dont il s'agit, ceci ne pourra jamais être totalement vrai²⁵.

Les rédacteurs du rapport proposent donc de casser l'isolement dans lequel s'est placé le Québec depuis le rapatriement de la Constitution en scellant une nouvelle entente en vertu de laquelle le caractère distinct du Québec ferait l'objet d'une déclaration de principe inscrite dans le préambule de la Constitution. Néanmoins, il apparaît par la suite qu'une telle reconnaissance ne contredit pas l'enchâssement des libertés fondamentales dans la Constitution mais qu'elle touche plutôt l'enjeu du droit de retrait avec ou sans compensation ou celui du droit de veto. En d'autres termes, aux yeux des commissaires, la notion de société distincte renvoie aux institutions ou aux programmes, voire à la culture et à la langue, elle ne touche pas à la question de la protection et de la survie d'un cadre juridique distinct.

2.4 L'enjeu

Nous avons voulu, dans les pages précédentes, mettre en relief une caractéristique essentielle du régime fédéral canadien qui n'est pas liée au fait que ce régime serait plus ou moins décentralisateur ou centralisateur que d'autres, ni au fait qu'il opérerait à l'intérieur des règles constitutionnelles britanniques. Cette caractéristique est celle d'un compromis constitutionnel fondamental en vertu duquel il était permis d'assurer la co-existence de deux systèmes juridiques d'inspiration et de sources différentes: un ordre de droit inspiré du droit civil français au Québec et un ordre de droit inspiré des règles de la *common law* partout ailleurs au pays.

Quoi qu'on ait dit de cette juxtaposition, et même si le droit britannique devait prévaloir dans la plupart des domaines de la vie économique, financière, voire constitutionnelle, il n'en demeure pas moins que la reconnaissance d'un espace civil distinct représente sans doute la plus grande originalité du fédéralisme canadien. En ce sens, la notion de "société distincte" ne repose pas seulement sur un ensemble de traits de caractères, de mœurs, ou de coutumes, ni même sur une langue différente. La notion renvoie plus profondément à un ordre juridique différent de celui qui prévaut ailleurs au pays. À son tour, cet ordre porte ses propres principes juridiques, sa propre raison juridique et commande des comportements différents de ceux qui sont régis par la *common law* ailleurs au pays.

Il ne s'agit donc pas d'envisager la question de la distinction sous l'angle d'un seul cadre juridique, mais bien de reconnaître que la coexistence même de deux ordres de droit implique que des comportements qui sont fondés en vertu des préceptes propres à l'un, ne le soient plus vis-à-vis des principes appliqués dans le second. La question du pluralisme juridique en territoire politique et intellectuel canadien devrait trouver dans la reconnaissance de ce fait une application éclairante.

²⁵ Ibid., p. 379.

L'enjeu ne consiste plus alors à agir comme si les Québécois étaient privés des lumières propres à l'ordre juridique assuré par la Loi constitutionnelle de 1982, mais il consiste plutôt à savoir si cette loi assure et continuera d'assurer la protection d'un espace civil québécois différent et distinct d'un espace civil canadien, ce qui doit entraîner, bien sûr, la tolérance du recours effectif, légal et législatif, à des mesures législatives et réglementaires susceptibles d'assurer cette différence, que ce soit en matière linguistique, commerciale ou autre.

Dorval BRUNELLE
Département de sociologie
Université du Québec à Montréal

Résumé

La démarche proposée prétend que le recours à une forme de dérogation constitutionnelle est indiquée dans le cas canadien, en particulier, puisqu'il s'agit ni plus ni moins que de prévoir un mécanisme ou une modalité susceptible d'assurer la coexistence de deux sociétés civiles distinctes.

Summary

Recourse to an exception rule as provided under S.33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms could well be the only safeguard to ensure a peaceful coexistence in a constitutional context where two distinct civil societies prevail.