

Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois

Patrick Taillon *

« *As it would be obviously absurd to submit the complicated details of such a measure to the people, it is not proposed to seek their sanction before asking the Imperial Government to introduce a Bill in the British Parliament.* »

John A. Macdonald

« *Sans le consentement du peuple, on ne peut jamais ériger aucune nouvelle forme de gouvernement.* »

John Locke

Expression de la souveraineté dans l'État, la constitution est la manifestation circonstancielle d'une volonté constituante qui, dans un système donné, dispose de l'autorité et de la capacité d'édicter des normes hiérarchiquement supérieures¹. Dans tous les cas, l'adoption d'une constitution rigide suppose la mise en place de procédures spéciales d'adoption et de modification des textes constitutionnels permettant de définir et de préciser les modes d'exercice du pouvoir constituant. Ces procédures assurent la hiérarchisation des normes et des pouvoirs normatifs en distinguant les *normes législatives* des *normes constitutionnelles* et en dissociant le *législateur* du *pouvoir constituant*. Bien plus qu'une formalité, les procédures d'adoption et de modification constitutionnelles transforment une force politique suprême, le *pouvoir constituant originaire*, en un *pouvoir constituant dérivé* institutionnalisé au sommet de la hiérarchie des pouvoirs normatifs.

Ces procédures d'adoption et de modification constitutionnelles sont d'autant plus importantes qu'elles conditionnent à la fois le degré de rigidité et la

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, courriel : Patrick.Taillon@fd.ulaval.ca

¹ Le plus souvent, ce pouvoir constituant s'appuie sur la volonté du peuple, titulaire de la souveraineté, qui s'exprime soit directement par référendum, soit par l'entremise de ses représentants élus. Blaise Knapp, « Principes et modalités de la démocratie directe », dans Francis Delpérée, dir., *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain » no: 17, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 72.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

légitimité des normes hiérarchiquement supérieures². Elles traduisent à cet égard une certaine conception de l'État et de la démocratie³. En clair, la manière dont est adoptée et modifiée une constitution est intimement liée au type de constitutionnalisme préconisé dans un ordre juridique donné.

À titre d'exemple, les procédures de modification mises en place au Canada par la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui cherche à assurer la limitation des pouvoirs publics en réduisant le plus possible la fréquence et l'ampleur des réformes constitutionnelles par le biais de procédures excessivement rigides et complexes, sont l'expression canadienne d'une forme de *constitutionnalisme libéral*. En réduisant au silence le pouvoir constituant, ce *constitutionnalisme libéral* vise surtout à garantir la primauté de principes jugés fondamentaux en les mettant définitivement à l'abri de toute modification par les acteurs politiques. Ainsi, la question de la légitimité des normes constitutionnelles canadiennes est d'abord et avant tout analysée non pas tant à travers la question de l'*origine des pouvoirs* ou de la manière dont ont été adoptées ces normes, mais en fonction de leur conformité aux principes libéraux et de leur capacité à mettre en œuvre ces principes.

Advenant l'adoption d'une constitution québécoise, cette conception canadienne du *constitutionnalisme libéral* devrait autant que possible être écartée. C'est du moins ce que nous tenterons de démontrer en suggérant des modes d'exercice du pouvoir constituant moins rigides et plus adaptés à la situation québécoise que ceux que l'on retrouve dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ce faire, nous opposerons l'approche du *constitutionnalisme d'affirmation*, censée faciliter la libre expression de la souveraineté populaire, à celle du *constitutionnalisme libéral*, adoptée par la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour ensuite dessiner les contours de la procédure de modification constitutionnelle que nous préconisons, soit celle du référendum facultatif initié par le peuple sous forme de *veto populaire*. Seule procédure donnant au

² Ernst-Wolfgang Böckenförde affirme: « La notion de pouvoir constituant constitue d'abord une notion de légitimation, qui – au-delà de la seule explication de son élaboration – fonde la validité normative de la constitution, et ensuite une notion constructive et dogmatique ayant pour but de stabiliser cette validité. » Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 207.

³ Comme l'écrit Olivier Beaud, la théorie du pouvoir constituant est intimement liée au problème de la légitimité de la constitution: « Le pouvoir constituant est considéré comme non pas seulement l'auteur de la constitution, mais aussi sa source de légitimité. » Olivier Beaud, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », dans Andreas AUER et Jean-François FLAUSS, dir., *Le référendum européen*. Actes du colloque international de Strasbourg, 21-22 février 1997, organisé par le Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe et par le Centre d'études internationales et européennes de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 145.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

peuple une réelle emprise sur le contenu des textes constitutionnels sans pour autant conduire à la multiplication excessive des scrutins référendaires, la procédure du *veto populaire* permet de dégager une présomption selon laquelle le peuple titulaire du pouvoir de la souveraineté dans l'État « approuve », soit tacitement, soit explicitement, le contenu de chacune des dispositions constitutionnelles.

1. Une approche: le constitutionnalisme d'affirmation

Au Canada, la question de l'*origine des pouvoirs* et de la légitimité des modes d'exercice du pouvoir constituant a généralement été occultée. Pour toutes sortes de raisons, que ce soit à cause du « fédéralisme exécutif » qui caractérise l'exercice du pouvoir constituant, du rôle joué pendant longtemps par les autorités coloniales dans l'élaboration et l'adoption des normes constitutionnelles canadiennes, de l'absence de participation directe des électeurs canadiens à l'adoption des normes constitutionnelles, voire même de l'opposition persistante du Québec – seule province majoritairement francophone – à ce cadre constitutionnel qui lui a été imposé contre son gré, les autorités canadiennes valorisent bien davantage le contenu des normes constitutionnelles que la manière dont ces normes ont été adoptées. S'intéressant davantage aux « bienfaits » du *constitutionnalisme libéral* qui caractérise l'approche canadienne qu'à la légitimité des modes d'exercice du pouvoir constituant, les partisans de la *Loi constitutionnelle de 1982* font généralement peu de cas du mode d'adoption des normes constitutionnelles. À ce chapitre, une constitution québécoise aurait tout avantage à se démarquer. Pour ce faire, il suffirait d'adopter une procédure de modification qui, contrairement à celles mises en place par la *Loi constitutionnelle de 1982*, serait moins rigide, plus républicaine et, surtout, plus démocratique au sens de « plus conforme à la volonté du peuple ».

Tant sur le plan de la rigidité que sur celui de la légitimité des modes d'exercice du pouvoir constituant, le Québec doit se distinguer de l'approche préconisée au niveau fédéral, et ce, principalement pour trois motifs. Premièrement, il faut rechercher pour le Québec une procédure qui, tout en étant formellement rigide, ne soit pas complexe au point de rendre presque impossible toute réforme constitutionnelle, comme c'est présentement le cas au niveau fédéral⁴. En effet, il serait pour le moins paradoxal que le Québec,

⁴ La plupart des auteurs s'entendent sur ce point. Alors que Jacques-Yvan Morin et José Woehrling soulignent la très grande rigidité de cette procédure, Benoît Pelletier insiste sur son « caractère des plus complexes et nébuleux ». Constatant les déceptions qu'a engendrées l'ordre constitutionnel mis en place par la *Loi constitutionnelle de 1982*, Jamie Cameron déclare: « What

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

dont les représentants revendiquent constamment plus de pouvoirs et plus d'autonomie, s'empresse de limiter et de restreindre par l'adoption d'une constitution rigide – le peu de pouvoirs dont il dispose déjà. Mieux vaut donc opter pour une procédure d'adoption et de modification qui soit « politiquement praticable » et qui offre de raisonnables chances de succès aux acteurs politiques qui se lancent dans un tel processus. En clair, une constitution québécoise devrait faciliter la libre expression du pouvoir constituant.

Deuxièmement, le Québec a tout avantage à s'inspirer d'une approche plus républicaine, axée sur l'aspiration à une plus grande liberté politique, soit ce que nous désignerons ici par les termes *constitutionnalisme d'affirmation*. En effet, contrairement à la *Loi constitutionnelle de 1867* qui se voulait l'expression d'un compromis politique entre deux peuples fondateurs et à la *Loi constitutionnelle de 1982* qui cherchait à fédérer une pluralité d'individus sous une même *Charte des droits et libertés*⁵, l'adoption d'une constitution québécoise vise d'abord et avant tout à renforcer l'autonomie et la spécificité

should have been an important event in our constitutional history has instead become a colossal disappointment. » Or, le Québec n'a pas intérêt à ce que l'ordre constitutionnel établi contre son gré devienne immuable. Comme l'ont si bien dit Henri Brun et Guy Tremblay:

« Une situation de plus en plus absurde est créée de la sorte. Le Québec n'a aucun intérêt à ce que le coup de force de 1982 devienne inaltérable. Ce qu'il désire, c'est qu'on apporte des modifications à la Constitution qu'il a refusée. À l'inverse, le fédéral et le Canada anglais, qui s'accommodent fort bien de l'ordonnement constitutionnel qu'ils ont imposé au Québec, ont beau jeu de le couler dans le ciment. La Loi fédérale de 1996 qui prétend donner au Québec un droit de *veto* équivaut à lui resserrer la camisole de force. »

En somme, plutôt que de faciliter la recherche d'un dénouement aux problèmes constitutionnels du Canada, la formule d'amendement adoptée en 1982 contribue au contraire à aggraver la crise. Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 252; André Tremblay; *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, p. 11; Patrick J. Monahan, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 187; Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 315; Benoît Pelletier, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », Jamie Cameron, « To amend the process of amendment » et José Woehrling, « Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans Gérald-A. Beaudoin, Joseph E. Magnet, Benoît Pelletier, Gordon Robertson et John Trent, dir., *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 280, p. 316, p. 323 et p. 335; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Les éditions Thémis, 1994, p. 537; Patrick Taillon, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec, Montréal, I.R.Q., 2007, 60 p.

⁵ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, coll. « Cahiers des Amériques », Sillery, Septentrion, 2005, p. 323 à 373; Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Éditions du Septentrion, 1992, 266 p.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

du Québec⁶. Il s'agit en quelque sorte d'assurer l'affirmation plus explicite d'une culture politique républicaine⁷, c'est-à-dire d'un ensemble de valeurs communes qui caractérisent notre identité nationale⁸. Bien plus qu'un simple bricolage institutionnel, cette culture politique républicaine porte en elle un idéal de liberté conçu non pas comme un simple principe de non-intervention de l'État, ni comme une simple protection de la sphère privée, mais bien plutôt comme un principe d'émancipation et de non-domination des peuples et des individus⁹. En protégeant ainsi la liberté politique et l'autonomie du Québec comme État membre de la fédération, ce *constitutionnalisme d'affirmation* apparaît plus en mesure de renforcer les liens civiques qui unissent la nation autour d'une expérience historique commune.

Enfin, troisièmement, toujours par opposition aux procédures mises en place par la *Loi constitutionnelle de 1982*, une certaine démocratisation de l'exercice du pouvoir constituant s'impose¹⁰. En consacrant formellement le

⁶ Guy Laforest, « S'associer à un projet de constitution pour faire avancer le Québec », *Le Devoir* jeudi 8 juin 2006, en ligne: <http://archives.vigile.net/06-6/7.html#2a>

⁷ Comme l'écrit Marc Chevrier: « Constitution et république doivent aller de pair [...] Adopter une constitution sans y joindre un langage républicain, c'est se priver d'une puissante idée, capable de conférer à un projet démocratique cohérence et élévation. » Marc Chevrier, « La République du Québec et sa constitution », [2007] *Argument*, p. 143.

⁸ Dans cette optique, des textes comme la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.R.Q. c. E-20.2; la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12; la *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11; *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64. énoncent déjà plusieurs de ces principes communs.

⁹ Il s'agit d'une manière de concevoir la liberté qui, bien qu'éclipsée au Canada par l'approche libérale, a de profondes assises dans l'histoire de la pensée occidentale. Marc Chevrier, « L'idée républicaine au Québec et au Canada – les avatars d'une tradition cachée », dans Paul Baquiast et Emmanuel Dupuy, dir., *L'idée républicaine dans le monde XVIIIe / XXIe siècles*, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 42 à 59; Or, la montée en puissance du libéralisme a entraîné une mutation du sens généralement admis du terme « liberté ». À l'origine conçue comme une *absence de domination*, la liberté s'est progressivement individualisée à travers l'idée de *non-intervention* de l'État dans la sphère privée. Il n'en reste pas moins que dans son sens premier, la liberté signifie la maîtrise de son destin, la capacité de faire des choix, autrement dit l'absence de domination par un pouvoir tyrannique ou arbitraire. Philip Pettit, *Republicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. par Patrick Savidan et Jean Fabien Spitz, coll. "nrf essais", Paris, Gallimard, 2004, p. 35 à 38, p. 40 à 48 et p. 363; Hans Kelsen, *La démocratie: sa nature, sa valeur*, trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004, p. 9 et 10; Quentin Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, trad. Maral Zagha, Paris, Seuil, 2000, 132 p.

¹⁰ Au Canada, l'exercice du pouvoir constituant demeure en tout état de cause peu démocratique. Une telle affirmation doit toutefois être modulée en fonction de la conception de la démocratie que l'on utilise comme référence. Suivant la conception *représentative* de la démocratie, les procédures canadiennes de modification posent problème dans la mesure où en pratique ce sont surtout les exécutifs et non pas les parlementaires qui jouent un rôle déterminant dans l'élaboration et la négociation des textes constitutionnels. Les parlementaires n'étant impliqués qu'à la fin du processus, ceux-ci se trouvent obligés d'approuver ou de rejeter en bloc les amendements élaborés par les chefs de gouvernement. C'est d'ailleurs une critique que l'on

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

principe de souveraineté populaire, l'adoption d'une constitution québécoise est l'occasion de rompre avec le « fédéralisme exécutif » qui caractérise l'approche canadienne et qui reste encore aujourd'hui axé sur la négociation à huis clos de compromis élaborés exclusivement par les élites gouvernementales¹¹. Il suffirait de faire du peuple, agissant à la fois comme auteur et comme destinataire des normes constitutionnelles, la source et l'origine des pouvoirs étatiques de l'État québécois. À l'instar d'États qui, comme l'Irlande¹², la Suisse¹³ et l'Australie¹⁴, ont rendu obligatoire la ratification par référendum de toute modification constitutionnelle¹⁵, le recours au référendum ferait de cette constitution québécoise l'expression directe d'une volonté constituante du peuple comme sujet conscient de son existence politique¹⁶. De cette manière, une constitution québécoise

retrouve souvent dans les travaux réalisés sur le thème du « fédéralisme exécutif ». Le recours à une conception *délibérative* de la légitimité démocratique n'est guère plus réjouissant. Le fait que l'essentiel des négociations constitutionnelles aient lieu à huis clos, est effectivement un obstacle de taille à une discussion publique et rationnelle. Les nombreux *veto* et la capacité de blocage des provinces et du fédéral amènent les acteurs politiques à rester sur leurs positions et à préférer le *statu quo* à la négociation des compromis nécessaires à l'aboutissement des réformes constitutionnelles. De plus, les excès de rigidité de la procédure de modification canadienne ont à terme pour effet de nuire au nécessaire « dialogue » entre le juge (interprète de la constitution) et le pouvoir constituant (rédacteur de la constitution). Enfin, le « déficit » démocratique dont souffre la constitution canadienne est encore plus important lorsque l'on adopte une conception *participative* de la légitimité démocratique. Excluant systématiquement la participation directe des citoyens à l'élaboration et à la ratification des normes constitutionnelles, les procédures mises en place par la *Loi constitutionnelle de 1982* n'imposent aucune obligation quant à l'organisation d'un processus, en amont, de consultation publique et, en aval, de ratification populaire des normes constitutionnelles soumises *ad referendum*. Vue ainsi, la constitution canadienne apparaît comme le fruit de compromis entre les élites gouvernementales et non pas comme l'expression de la volonté constitutive des peuples qui composent le Canada.

¹¹ Guy Laforest et Éric Montigny, « Le fédéralisme exécutif: origines, évolution, problèmes et typologie », dans Manon Tremblay et Réjean Pelletier, dir., *Le parlementarisme canadien*, 3^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005.

¹² *Constitution irlandaise* du 1^{er} juillet 1937, article 146.

¹³ *Constitution de la Suisse* du 18 avril 1999, article 140.

¹⁴ *Commonwealth of Australia Constitution Act* du 9 juillet 1900, article 128.

¹⁵ Du reste, le référendum est également obligatoire pour la ratification en Espagne du statut des communautés autonomes historiques (ou de premier rang); voir l'article 151 par. 2 de la *Constitution de l'Espagne* du 27 décembre 1978; Pierre Bon, « Le référendum en droit ibérique », [1997] 31 R.F.D.C., p. 475 à 480; Miguel Revenga Sanchez et Paz SANCHEZ MANZANO, « Référendum et régionalisme en Espagne », dans Henry Roussillon, dir., *Référendum et démocratie*. Secondes assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1998, p. 153 à 156; José Luis Martínez Lopez-Muniz, « Le référendum en Espagne », dans Francis Delpérée, dir., *Référendums*, Bruxelles, Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1985, p. 128 à 130.

¹⁶ Olivier Beaud, *supra* note 3, p. 146.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

apparaîtrait incontestablement comme un instrument légitime d'affirmation nationale.

2. Un acteur central: le peuple s'exprimant par référendum constitutionnel

Moins rigide, plus républicain et plus démocratique, le *constitutionnalisme d'affirmation* que nous proposons pour le Québec conduit inévitablement à la mise en place d'une procédure qui – conformément au principe de souveraineté populaire – favorise la libre expression du peuple comme pouvoir constituant. Le référendum constitutionnel comme procédure d'approbation des normes constitutives de l'État semble à cet égard tout indiqué. Manifestation directe du peuple comme pouvoir constituant, le référendum fournit l'occasion aux citoyens d'agir à la fois à titre de producteurs et de destinataires des normes juridiques. La démocratie référendaire assure la légitimité de l'ordre constitutionnel en faisant du peuple la source des normes les plus fondamentales de l'État¹⁷. Plus qu'une procédure normative, le référendum accroît la liberté politique du peuple, c'est-à-dire le droit des électeurs d'exprimer leurs choix, de s'autodéterminer et de contribuer à la construction de l'ordre juridique¹⁸.

Le référendum a aussi pour effet de limiter les distorsions que peut occasionner l'expression indirecte des élites représentatives. En ce sens, le référendum donne l'occasion aux électeurs de s'exprimer sans intermédiaire. Il favorise la participation active du plus grand nombre et rapproche les citoyens du processus d'élaboration du droit¹⁹. Interpellés dans le cadre des

¹⁷ Sur ce point, Jacques Robert écrit: « Le consentement aux principes constitutionnels obtenu dans le cadre d'un référendum garantit que la constitution bénéficie bien du soutien populaire dont elle a un besoin indispensable en démocratie. » Jacques Robert, « Le référendum constitutionnel », [2007] *Electronic Journal of Comparative Law*, en ligne: <http://www.ejcl.org/113/article113-25.pdf>, p. 6; Jean-Daniel Delley et Claudio Mascotto, *Parler des droits populaires [Document électronique]: les discours des élites, des sciences sociales et des juristes sur la démocratie directe: rapport au Fonds national suisse de la recherche scientifique*, Genève, Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe (C2D) / Université de Genève, 1997, p. 34.

¹⁸ François Chevallier, dir., « Le Référendum: une pratique nécessaire à la démocratie », Paris, Institut La Boétie, 1987, 42 p.

¹⁹ Jean-François Aubert, « Le référendum en Suisse: règles et application », dans Francis Hamon et Olivier Passelecq, dir., *Le référendum en Europe: bilan et perspectives*. Actes du colloque organisé les 28-29 janvier 2000 à la Maison de l'Europe de Paris, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 53; Duff Conacher, « Power to the People: Initiative, Referendum, Recall and the Possibility of Popular Sovereignty in Canada », [1991] 49 *U. T. Fac. L. Rev.*, p. 190; Patrick Boyer, *The People's Mandate: Referendum and a More Democratic Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1992,

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

débats référendaires par des dossiers précis, les électeurs se documentent et confrontent leurs points de vue sur les projets soumis *ad referendum* et tendent ainsi à acquérir davantage d'information sur les tenants et les aboutissants du scrutin²⁰. De cette manière, le référendum constitutionnel force les citoyens à délaissé leur rôle de spectateurs passifs pour devenir des participants actifs²¹.

Dans le cas particulier des rapports entretenus par le Québec avec le reste du Canada, le référendum constitutionnel se veut aussi un instrument d'affirmation nationale. Ce mode d'adoption des normes constitutionnelles apparaît comme un excellent moyen d'augmenter le rapport de force du Québec dans ses relations avec le reste du Canada en assurant la légitimité des normes constitutionnelles québécoises, en posant l'existence du peuple québécois comme sujet politique et en accentuant la spécificité et l'autonomie du pouvoir constituant québécois.

Éventuellement, le recours au référendum pourrait même réduire les risques de déclaration de non-conformité à la constitution canadienne prononcée par les tribunaux judiciaires. Il faut dire qu'une éventuelle constitution du Québec en tant qu'État membre de la fédération étant soumise à une obligation de conformité avec les normes constitutionnelles canadiennes, les choix élaborés par le constituant québécois pourraient, à tout moment, être remis en question par les juges, gardiens de la primauté de la constitution fédérale²². Dans ce

p. 49; Roland Darnoux, « Les techniques de démocratie semi-directe sous la V^e République », [1995] R.D.P., p. 416.

²⁰ Analysant ce phénomène, Patrick J. Boyer montre comment la démocratie référendaire amène les citoyens à rompre avec ce qu'il appelle « l'ignorance intelligente », c'est-à-dire cette attitude de bon nombre de citoyens qui consiste à ne pas investir le temps et les efforts nécessaires pour assimiler le contenu de dossiers complexes tant et aussi longtemps que leur avis n'est pas explicitement sollicité. Patrick J. Boyer, « L'expérience canadienne des plébiscites et des référendums », dans Pierre F. Côté, *Démocratie et référendum: la procédure référendaire*, Actes du colloque du Département de science politique de l'Université de Montréal, Montréal, Québec-Amérique / Département de science politique, Université de Montréal, 1992, p. 51; Duff Conacher, *supra* note 19, p. 190; Patrick BOYER, *supra* note 19, p. 115.

²¹ Paul M. Tellier, *La politique du référendum au Québec*, [1967] 17 R. J. T., p. 104; Duff Conacher, *supra* note 19, p. 190; Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada: The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 249; Patrick Boyer, *Lawmaking by the People: Referendums and Plebiscites in Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 8.

²² Une constitution du Québec comme État membre de la fédération canadienne est dans son contenu limitée notamment par la charge de lieutenant-gouverneur qui ne peut être modifiée sans le consentement unanime du fédéral et de toutes les provinces (articles 45 et 41(a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*), par l'ensemble des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et définis au cas par cas par les juges de la Cour suprême (sous réserve de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ou encore par les articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatifs au partage des compétences. Par conséquent, les risques de

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

contexte, la ratification par référendum présente un avantage tactique important: une fois approuvé directement par le peuple, il devient plus difficile pour les juges fédéraux d'invalider le contenu de cette constitution québécoise. C'est comme si ces derniers s'opposaient directement à la volonté de tout un peuple. De cette manière, le référendum constitutionnel est non seulement un instrument de légitimation, mais aussi une manière de faire politiquement pression sur les autorités fédérales, et plus particulièrement sur les juges de la Cour suprême qui interprètent cette constitution québécoise.

Du reste, si des changements à la constitution canadienne s'avéraient nécessaires afin de donner ses pleins effets à la volonté du pouvoir constituant québécois, le recours au référendum pourrait jouer un rôle utile en forçant les autorités fédérales à prendre acte de la volonté démocratiquement exprimée par le peuple québécois et à entreprendre les négociations qui s'imposent. Suivant le raisonnement développé par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la sécession du Québec, l'expression claire d'une majorité de Québécois exprimée par référendum devrait normalement enclencher une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi les changements à la constitution canadienne requis à la suite de l'adoption d'une constitution québécoise dont certaines dispositions pourraient contredire celles de la constitution canadienne²³. Vu ainsi, le référendum constitutionnel présente un « effet de levier » permettant l'amorce de changements à la constitution canadienne.

Malgré cela, certains s'opposent à la procédure référendaire et insistent sur ses nombreux inconvénients. Au premier chef, on prétend que c'est une procédure qui demeure très rigide²⁴. D'abord, le référendum apparaît comme une formalité lourde et coûteuse lorsqu'il ne s'agit que de modifications

contestation judiciaire d'une constitution québécoise pour non-conformité à la constitution canadienne sont bien réels. Une fois saisis de ces questions, les juges fédéraux disposent de la possibilité d'écarter la volonté du pouvoir constituant québécois, soit explicitement en invalidant certaines dispositions de la constitution québécoise, soit implicitement en adoptant une interprétation uniformisant des textes québécois et canadiens comme c'est bien souvent le cas en matière de droits et libertés de la personne.

²³ L'approbation de changements constitutionnels directement par les électeurs québécois devrait produire des effets juridiques semblables à ceux qui résultent de l'expression majoritaire d'une volonté claire de faire sécession. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; En effet, rien n'indique dans la décision de la Cour suprême que l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi que fait naître l'organisation d'un référendum ne pourrait pas s'appliquer à d'autres cas de figure que celui du référendum sur la sécession d'une province. Marc Chevrier, *supra* note 7, p. 159.

²⁴ Patrick Taillon, *supra* note 4, p. 30 à 41.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

mineures ou peu controversées²⁵. Ensuite, l'organisation d'un scrutin national représente un obstacle important au changement dès lors qu'une proposition polarise l'opinion. En fait, rares sont les référendums qui aboutissent à une modification constitutionnelle. Dans la longue durée, les électeurs semblent se montrer plus favorables au *statu quo* qu'au changement. Les expériences étrangères suisse et australienne le confirment: les projets de modification constitutionnelle soumis *ad referendum* dans ces deux pays sont le plus souvent rejetés²⁶. En Suisse, à peine 10 pour cent des initiatives populaires constitutionnelles sont approuvées par une majorité d'électeurs et de cantons²⁷. En Australie, de 1906 à 1999, seulement 8 des 46 projets proposés ont été acceptés par les électeurs et les États membres de cette fédération²⁸. Enfin, plusieurs études portant sur le comportement des électeurs dans le cadre des scrutins référendaires soulignent que les indécis, en cas de doute persistant, choisissent la plupart du temps le *statu quo*²⁹.

Ce biais structurel du référendum en faveur du *statu quo* s'explique entre autres par le fait que le référendum oppose un camp du changement relativement homogène et cohérent à de multiples oppositions. Alors que le camp du « non » rassemble des oppositions variées aux programmes des plus hétérogènes, le camp du « oui » doit au contraire réunir une majorité

²⁵ Jacques Robert, *supra* note 17, p. 1.

²⁶ Yannis Papadopoulos, « Les mécanismes du vote référendaire en Suisse: l'impact sur l'offre politique », [1996] R.F.S., p. 9; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *supra* note 4, p. 508.

²⁷ Kris W. Kobach, « Switzerland », dans David Butler et Austin Ranney, *Referendums around the World*, Washington, The AEI Press, 1994, p. 98 à 153; Jean-François Aubert, « Switzerland », dans David Butler et Austin Ranney, dir., *Referendums: a comparative study of practice and theory*, coll. "AEI studies" no: 216, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p. 43 à 46; Yannis Papadopoulos, *supra* note 26, p. 9.

²⁸ Colin A. Hugues, « Australia and New Zealand », dans David Butler et Austin Ranney, *Referendums around the World*, Washington, The AEI Press, 1994, p. 154 à 173; Don Aitkin, « Australia », dans David Butler et Austin Ranney, dir., *Referendums: a comparative study of practice and theory*, coll. "AEI studies" no: 216, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p. 123 à 137; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *supra* note 4, p. 508; Bibliothèque du Parlement de l'Australie, *Liste des résultats référendaires*, en ligne:

<http://www.aph.gov.au/library/elect/referend/results.htm>.

²⁹ Analysant l'influence des dépenses effectuées et l'impact des disparités entre les camps du « oui » et du « non » dans les campagnes référendaires des États américains, Thomas E. Cronin considère que le camp du « non » a statistiquement plus de facilité à convaincre les indécis et que les disparités financières entre les camps du « oui » et du « non » sont nettement plus déterminantes lorsque c'est le camp du « non » qui dispose des plus gros budgets. Thomas E. Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, p. 109, voir aussi p. 107 à 116, p. 123 à 124, p. 189 à 190, p. 199 à 203 et p. 251; David Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot Propositions in the United States*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1984, p. 152 à 153.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

d'électeurs autour d'une même proposition de changement³⁰. Souvent motivés par des considérations concurrentes – qui sont parfois même radicalement opposées –, les votes exprimés en faveur du *statu quo* peuvent être déterminés, pour les uns, par le caractère trop réformateur du projet soumis et, pour les autres, par la trop grande timidité des réformes proposées. La coalition hétéroclite qui en résulte reste en tout état de cause favorable au *statu quo*³¹.

Dans la plupart des cas, l'obligation de rassembler plus de 50 pour cent des votes exprimés directement par les électeurs constitue un seuil d'appui nettement plus difficile à atteindre que celui de la majorité des parlementaires. Les électeurs n'étant pas liés par la discipline de parti, ceux-ci demeurent somme toute peu sensibles aux consignes partisans et peu portés sur les compromis qu'exige au quotidien l'exercice du pouvoir politique³². Il ne s'agit pas ici de prétendre que les électeurs ne sont pas individuellement disposés à faire des concessions. Seulement, les faiblesses de la procédure référendaire sur le plan de la délibération collective ont pour conséquence de rendre encore plus difficile la recherche d'un compromis équilibré³³. Le caractère binaire du choix proposé aux électeurs, l'impossibilité d'intégrer des amendements au cours du débat et cette logique simpliste du « tout ou rien » rend le référendum peu propice à l'émergence de solutions équilibrées. Ne permettant pas la prise en compte de l'*intensité* des appuis et des

³⁰ Jean-François Aubert, « Le référendum populaire », [1972] R.D.S., p. 504.

³¹ Le rejet par les électeurs en 1992 de l'Accord de Charlottetown illustre ce phénomène: pour une majorité d'électeurs du Canada anglais, le contenu de l'entente comprenait déjà trop de concessions à l'égard du Québec alors que pour la majorité des électeurs du Québec qui votèrent non, les réformes proposées n'allaient clairement pas assez loin dans la voie du changement. Ainsi, pour des motifs radicalement opposés, une majorité de nationalistes québécois votèrent avec une majorité de Canadiens anglais défavorables à l'une ou l'autre de concessions faites à l'endroit du gouvernement du Québec dans la négociation de l'Accord de Charlottetown. Kenneth McRoberts et Patrick J. Monahan, dir., *The Charlottetown Accord, the referendum, and the future of Canada*, Comptes rendus d'une conférence tenue les 23-24 sept. 1992 à la York University, Toronto, University of Toronto Press, 1993, 362 p.; Kate Sutherland, *Referendum round-table: perspective on the Charlottetown accord*, Edmonton, Centre for Constitutional Studies, 1992, 44 p.

³² José Woehrling, « Fonctionnement et disfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans Gerald-A. Beaudoin, Joseph E. Magnet, Benoît Pelletier, Gordon Robertson et John Trent, dir., *supra* note 4, p. 338; Jacques Robert, *supra* note 17, p. 1.

³³ John Haskell, *Direct democracy of representative government?: dispelling the populist myth*, coll. « Transforming American politics », Boulder, Westview Press, 2001, p. 11; Yannis Papadopoulos, « Démocratie directe, mobilisation, intégration », dans Gérard Duprat, *L'ignorance du peuple. Essais sur la démocratie*, Paris, PUF, 1998, p. 111; Yannis Papadopoulos, *Démocratie Directe*, Paris, Économica, 1998, p. 128.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

oppositions³⁴, la procédure référendaire privilégie la *décision* plutôt que la recherche du *consensus*³⁵.

Enfin, et c'est peut-être là l'obstacle le plus important, le recours au référendum dans le processus d'adoption d'une constitution du Québec suscite, dans la conjoncture politique actuelle, d'importantes réticences au sein des différentes formations politiques. Un étonnant décalage subsiste en cette matière entre les propositions issues de la sphère académique, généralement plus favorable au référendum constitutionnel, et les propositions issues de la sphère politique, qui exclut systématiquement le recours à cette procédure. Alors que plusieurs auteurs comme Marc Chevrier, Jacques-Yvan Morin, Marc Brière ou Pierre-Marc Daigneault se montrent ouverts à la ratification par le peuple d'une éventuelle constitution québécoise, on observe dans les projets défendus par les formations politiques que le référendum constitutionnel manque à l'appel³⁶.

En fait, tout se présente comme si le référendum constitutionnel obligatoire apparaissait théoriquement souhaitable, mais impossible en pratique pour des raisons partisans. Il faut dire que le paysage partisan au Québec n'y est guère favorable. D'abord, du côté du *Parti Québécois*, il reste extrêmement délicat de tenir un référendum sur autre chose que sur la souveraineté du Québec.

³⁴ Richard Theoret, *Experience with the referendum elsewhere*, dans Donald C. Rowat, dir., *The Referendum and Separation Elsewhere: implications for Quebec*, Ottawa, Département de science politique de l'Université Carleton, 1978, p. 8 à 9.

³⁵ Pierre Marquis, *Les référendums au Canada: les conséquences d'un processus décisionnel populiste pour la démocratie représentative*, coll. « Étude générale », Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement du Canada, 1994, p. 19.

³⁶ À cet égard, les travaux et les projets élaborés par le professeur et ancien député Daniel Turp restent une illustration emblématique de ce phénomène. Par exemple, dans un ouvrage plus théorique et plus académique (*Nous, peuple du Québec*), Daniel Turp propose deux projets de constitution d'un Québec souverain: l'une transitoire ou initiale et une autre plus définitive, où le référendum joue un rôle déterminant. Daniel Turp, *Nous, peuple du Québec: un projet de Constitution du Québec*, 2005, Québec, éd. du Québécois, 175 p. Dans le cadre de cet ouvrage, le processus constituant devait à terme déboucher sur la réalisation de l'indépendance politique. Comme quoi dans le contexte plus théorique de l'accession à la souveraineté, le référendum constituant s'impose plus facilement. Puis, dans les projets de loi 191, 195 et 196, Daniel Turp, alors membre du caucus du Parti Québécois, propose des projets de constitution québécois avec des procédures de modification strictement parlementaire à la majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale, limitant la participation des électeurs à l'étape de l'élaboration des textes par le biais d'un processus de consultation pré-constituant. P.L. 191, *Constitution du Québec*, 1re sess., 38^e lég., Québec, 2007, article 14; P.L. 196, *Constitution du Québec*, 1re sess., 38^e lég., Québec, 2007, article 13; P.L. 195, *Loi sur l'identité québécoise*, 1re sess., 38^e lég., Québec, 2007, articles 2 à 9. Or, même s'ils se montrent ouverts à la participation des citoyens à titre consultatif, ces différents projets de loi ont tous en commun d'être restés silencieux sur la question du référendum.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

Cela pourrait évidemment affecter la cohésion et l'unité même de cette formation politique dont la raison d'être demeure la réalisation de l'indépendance politique. Quant à l'*Action démocratique du Québec* et au *Parti libéral du Québec*, il serait quelque peu étrange, après avoir fait campagne sur la promesse de ne pas tenir de référendum, de tout à coup se « convertir » aux bienfaits de la démocratie référendaire. Comme le confirment les récentes déclarations du premier ministre Charest, tout se passe comme si les réticences de ces deux formations politiques à la tenue d'un référendum sur la souveraineté du Québec s'étaient indirectement transposées à toute forme de référendum national³⁷. Cela explique en partie pourquoi la plupart des parlementaires semblent préférer le recours à une procédure de modification axée sur le vote de l'Assemblée nationale à la majorité qualifiée.

Au-delà de ces considérations partisans, le référendum constitutionnel obligatoire demeure en ce qui nous concerne l'un des moyens les plus efficaces de faire en sorte que le peuple, conformément à l'idéal de souveraineté populaire, soit à la fois l'auteur et le destinataire des normes constitutionnelles. Cela dit, notre objectif ici n'est pas tant de faire la preuve de l'opportunité ou de la nécessité du référendum constitutionnel, un sujet déjà largement documenté³⁸, mais bien plutôt de proposer des modalités d'organisation susceptibles d'en assouplir la rigidité.

Au-delà du débat « pour » ou « contre » le recours au référendum obligatoire, la question qui se pose n'est pas de savoir si le Québec doit recourir au référendum constitutionnel, mais simplement d'identifier un type de référendum susceptible d'offrir la souplesse voulue. Autrement dit, comment concilier, d'une part, le souci de faire de cette constitution l'expression de la souveraineté du peuple avec, d'autre part, le besoin d'une procédure relativement flexible? Il s'agit selon nous de conjuguer le référendum constitutionnel avec d'autres mécanismes destinés à en assouplir le degré de

³⁷ Antoine Robitaille, « Constitution du Québec: Charest dit non », *Le Devoir*, 22 mai 2008, en ligne: <http://www.ledevoir.com/2008/05/22/190739.html>.

³⁸ Patrick J. Boyer, « L'obtention d'un mandat populaire à l'égard des questions fondamentales est-il (sic) essentiel (sic) à une saine démocratie? », [1992] 41 *Le gouvernement parlementaire*, p. 3 à 19; Patrick J. Boyer, *Law making by the people*, Toronto, Butterworths, 1982, 304 p.; Patrick J. Boyer, *supra* note 19, 264 p.; Patrick J. Boyer, *Direct democracy in Canada: the history and the future of referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, 302 p.; Jacques Robert, *supra* note 17; Colin A. Hughes, *supra* note 28, p. 154 à 173; Don Aitkin, *supra* note 28, p. 123 à 138; Maurice Manning, « Ireland », dans David Butler et Austin Ranney, dir., *Referendums: a comparative study of practice and theory*, coll. "AEI studies" no: 216, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p. 193 à 210; Paul M. Tellier, *supra* note 21, p. 99 à 106; Francis Hamon, *Le référendum: étude comparative*, coll. "Systèmes". Droit public, Paris, L.G.D.J., 1995, 200 p.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

complexité. C'est du moins ce que nous soutenons en défendant la formule du *veto populaire* aux effets abrogatifs.

3. Une approbation tacite des textes: le *veto populaire*

À l'instar de ce que l'on observe dans des États comme l'Irlande et l'Australie, le référendum constitutionnel obligatoire permet d'associer directement le peuple au processus d'adoption des normes constitutives de l'État. La participation des électeurs s'impose alors comme une *condition nécessaire* ou *sine qua non* à l'adoption de toute modification constitutionnelle. Dans ces circonstances, un référendum est automatiquement requis dès qu'il s'agit de modifier une norme de rang constitutionnel, ce qui peut avoir pour effet de rendre fort complexe l'adoption de modifications mineures ou secondaires, mais néanmoins utiles, qui ne suscitent souvent qu'une faible mobilisation au sein de l'électorat.

L'intérêt du référendum constitutionnel obligatoire réside surtout dans la manière dont il associe le consentement populaire à toute modification constitutionnelle. Il introduit à cet égard une présomption selon laquelle la constitution est l'œuvre du peuple, détenteur du monopole du pouvoir constituant. Cela dit, le référendum constitutionnel obligatoire n'est pas l'unique manière de mettre en œuvre cette présomption. À défaut d'un consentement explicite des électeurs, il reste toujours possible d'aménager des mécanismes d'approbation tacite des normes constitutionnelles, des mécanismes qui en l'occurrence n'impliquent pas nécessairement l'organisation d'un référendum. En clair, le référendum n'a pas besoin d'être automatique et obligatoire pour que la présomption d'approbation populaire puisse jouer. Il suffit de faire en sorte que même lorsqu'aucun référendum n'est organisé, le texte de la constitution soit considéré comme ayant été tacitement approuvé par le peuple. C'est ce que permet la procédure du *veto populaire* qui, en tout état de cause, demeure une procédure moins rigide que celle du référendum constitutionnel obligatoire.

Le *veto populaire* est un référendum d'initiative populaire par lequel le peuple peut s'opposer, si nécessaire, aux projets élaborés par les élites représentatives. Il donne aux électeurs une forme de droit de *veto*, c'est-à-dire une capacité de blocage, qui s'exprime à l'occasion des scrutins référendaires. Toutefois, contrairement au référendum obligatoire, le référendum est organisé uniquement si le nombre d'opposants le justifie. Du *référendum obligatoire* on passe alors au *référendum facultatif* à l'initiative des électeurs, c'est-à-dire au référendum seulement, et seulement, si une masse critique

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

d'électeurs le demandent. Ce seuil doit être suffisamment élevé pour ne pas conduire à des demandes de référendum inutiles ou frivoles. En ce qui nous concerne, les signatures de 500 000 électeurs en 6 mois ou de 1 000 000 d'électeurs en 12 mois devraient suffire pour faire, à l'échelle québécoise, du référendum d'initiative populaire une procédure exceptionnelle. Le seuil de 500 000 ou de 1 000 000 électeurs que nous proposons étant particulièrement difficile à atteindre, il devient alors possible d'échapper – à l'occasion – à l'obligation de tenir un référendum.

En démocratisant ainsi l'initiative référendaire, le *veto populaire* permet de « court-circuiter » l'étape de la ratification par le peuple tout en maintenant cette présomption selon laquelle le peuple a consenti aux normes constitutives de l'État. L'important ici n'est pas qu'il y ait ratification directe par le peuple de toutes les modifications constitutionnelles. L'essentiel réside plutôt dans la possibilité pour les électeurs de provoquer un référendum si le contenu d'une proposition suscite de vives contestations. En décidant de ne pas initier le *veto populaire*, tout se passe comme si le peuple consentait tacitement, par son absence d'opposition, au projet de modification. Dans tous les cas, le référendum reste possible s'il est demandé par le peuple. De cette façon, la constitution est considérée comme ayant été voulue et approuvée soit tacitement soit explicitement par le peuple, titulaire de l'autorité suprême au sein de l'État.

C'est le genre de mécanisme que l'on retrouve entre autres en Italie où le peuple peut dans certaines circonstances provoquer la tenue d'un scrutin. En effet, l'article 138 de la constitution italienne prévoit que les lois constitutionnelles sont soumises à un référendum lorsque, dans les trois mois suivant leur publication, 500 000 électeurs en font la demande. Évidemment, le seuil de 500 000 électeurs à l'échelle de la République italienne est nettement plus accessible que celui de 500 000 ou de 1 000 000 d'électeurs que nous proposons pour le Québec. Malgré cela, il y a eu à ce jour somme toute peu d'initiatives populaires fondées sur l'article 138 en Italie³⁹. Il faut dire que cette possibilité reste limitée aux seuls cas où la révision n'a pas obtenu la majorité des deux tiers des membres de chaque assemblée, ce qui est de notre point de vue regrettable puisque cela déroge à l'idée que le peuple

³⁹ Seulement deux exemples peuvent être mentionnés: le référendum constitutionnel des 25 et 26 juin 2006 (*Projet dit de « réforme fédérale »*) où 61,3 % des électeurs rejetèrent le projet de « dévolution » de pouvoirs aux régions et de réforme des institutions centrales ainsi que le référendum constitutionnel du 7 octobre 2001 (*Décentralisation*) où 64,21 % des électeurs ont cette fois approuvé le projet de décentralisation, dans Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe, Université de Genève, en ligne: <http://www.c2d.ch/?lang=fr>.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

puisse provoquer un scrutin s'il ne consent pas tacitement à un projet de réforme constitutionnelle.

Dans le cas d'une éventuelle constitution québécoise, l'intérêt du *veto populaire* est de créer, lorsqu'aucun référendum n'est demandé, cette présomption d'approbation tacite par le peuple. Dès lors qu'une modification porte sur un projet mineur, technique ou sur un objet consensuel qui ne suscite pas d'importants clivages au sein de l'opinion ou qui ne mobilise pas une masse suffisante d'opposants, les chances qu'une modification constitutionnelle entraîne l'organisation d'un scrutin demeurent relativement faibles, surtout lorsque le nombre de signatures requises pour initier un référendum est suffisamment élevé. De cette façon, la formule du *veto populaire* rend facultative l'organisation du référendum sans pour autant compromettre la présomption selon laquelle la constitution est l'œuvre du peuple. Il y a ainsi un moyen de contourner la rigidité du référendum constitutionnel obligatoire tout en bénéficiant de ce surplus de légitimité qu'apporte cette présomption d'approbation tacite associée à la formule du *veto populaire*. En ce sens, le *veto populaire* reste une procédure beaucoup plus souple que celle du référendum constitutionnel obligatoire.

Le *veto populaire* nous semble également préférable à l'*initiative populaire propositionnelle*⁴⁰ qui permet aux électeurs de soumettre leur propre projet de modification constitutionnelle. En effet, dans le cadre d'une *initiative populaire propositionnelle*, le peuple agit à la fois comme « initiateur » du scrutin et comme auteur d'une norme nouvelle⁴¹. L'*initiative populaire propositionnelle* amène les électeurs à concevoir eux-mêmes leur propre projet de modification constitutionnelle. Alors que le *veto populaire* vise à assurer l'absence de contradiction manifeste entre le contenu de la constitution et la volonté du peuple (le peuple pouvant toujours s'opposer aux propositions élaborées par les élites représentatives), l'*initiative populaire propositionnelle* suppose, quant à

⁴⁰ Aussi parfois nommée « initiative populaire constructive ». Jean-Louis Quermonne, *Le référendum. Essai de typologie prospective*, [1995] 3 R.D.P., p. 585. En anglais, les termes *law-promoting* semblent évoquer le même phénomène. Maija Setälä, *Referendum and Democratic Government: Normative Theory and Analysis of Institutions*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 99.

⁴¹ Cette proposition de loi peut être conçue en termes généraux, auquel cas le texte de l'initiative se limite à énoncer des objectifs et des orientations qui seront, le cas échéant, mis en œuvre par des textes élaborés par les parlementaires. Elle peut également prendre la forme d'une *initiative formulée*, c'est-à-dire d'un texte entièrement rédigé dont les dispositions normatives sont directement exécutoires. À titre d'illustration, l'article 139 de la *Constitution de la Suisse* prévoit les deux possibilités: « Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. » Voir aussi: *Constitution de la Californie*, article II.

Patrick Taillon: « Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

elle, que les propositions de réforme constitutionnelle émanent directement du corps électoral. Or, cette ouverture du système politique à l'ensemble des projets conçus par les électeurs entraîne évidemment des risques de « surcharge ». Par exemple, les électeurs risquent de se servir de l'initiative populaire propositive au niveau constitutionnel pour adopter des dispositions qui n'ont matériellement rien à voir ni avec l'organisation des pouvoirs publics, ni avec les droits, libertés ou principes fondamentaux. Après tout, rien n'empêche les électeurs d'introduire dans la constitution des normes relevant du domaine de la loi ou du règlement⁴². En Suisse, une telle pratique a, au fil des ans, littéralement « dénaturé » la constitution en l'encombrant de dispositions secondaires ou anachroniques qui ne devraient pas normalement se retrouver dans la loi fondamentale d'un État⁴³. L'expérience américaine d'États qui, comme la Californie, pratiquent l'*initiative populaire propositive*

⁴² Pour le dire comme Jean-François Aubert: « La constitution formelle est un vêtement séduisant, apte à couvrir, du moins lorsqu'il n'est pas trop lourd, bien d'autres actes de l'État. [...] On peut donc être tenté de l'utiliser à des fins étrangères à sa vocation initiale et de mettre au bénéfice de sa solennité, pour des raisons parfois purement occasionnelles, des règles mineures ou temporaires ou même de simples décisions qui ont leur place normale dans des formes subalternes. » Jean-François Aubert, « La Constitution, son contenu, son usage », [1991] R.D.S., p. 36. Ainsi, n'importe quelle disposition, quel que soit son contenu, « peut recevoir le rang constitutionnel, à condition d'être valablement votée par le constituant, dans les formes prescrites ». Étienne Grisel, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3e éd., Berne, Staempfli SA, 2004, p. 305.

⁴³ La constitution helvétique met côte à côte des normes hétéroclites dont l'importance est souvent bien relative. Parmi les dispositions anachroniques, parfois obsolètes, et surtout hors de la définition matérielle de la constitution, notons par exemple: les finances d'admission au mariage (l'ancien article 54 alinéa 6), la surveillance des prix (l'ancien article 31^{septies}(a) adopté le 28 novembre 1982, devenu l'article 97 depuis la révision complète de 1999), la protection des marais (l'ancien article 24^{sexies} al. 5 (a) adopté le 6 décembre 1987, devenu l'article 78 al. 5 depuis la révision complète de 1999), le moratoire de dix ans sur la construction de centrales nucléaires (l'ancien article 19 des dispositions transitoires adopté le 23 septembre 1990, devenu l'article 196 depuis la révision complète de 1999), la traite foraine (les anciens articles 62 et 63) ou encore l'interdiction de l'absinthe (l'ancien article 32^{ter} (a) adopté en 1908), l'interdiction de l'abattage israélite (l'ancien article 25bis adopté en 1893), l'interdiction des décorations étrangères (l'ancien article 12 adopté en 1893) ou l'interdiction des maisons de jeux (l'ancien article 35^{ter} (a) adopté en 1920 et 1928). Du coup, l'initiative constitutionnelle paraît détournée de son but: « [...] créée pour permettre au peuple de susciter une vraie réforme constitutionnelle, elle est devenue un instrument de politique étrangère, un moyen de contrôler les dépenses, bref, un mode d'exercice du gouvernement. » Étienne Grisel, « La forme des initiatives populaires: le principe de l'unité de rang et de forme », dans Piermarco Zen-Ruffinen et Andreas Auer, *De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 213; Comme le soutient Michel Hottelier: « Certaines dispositions singulièrement alambiquées, comme celles relatives aux impôts fédéraux, reflètent bien ces défauts, en tant qu'elles présentent des normes truffées de détails, de chiffres et de pourcentages, alors que ceux-ci devraient plutôt être appréhendés par des instruments de rang législatif, voire même réglementaire. » Michel Hottelier, « Suisse: réforme globale de la Constitution fédérale », [1995] 25 R.F.D.C., p. 191; Blaise Knapp, Natasha Hausmann, Bettina Fleischmann et Nicolas Wisard, « Chronique: réforme de la Constitution fédérale », [1995] XI AIJC, p. 1009 à 1013.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

au niveau législatif et constitutionnel témoigne du même phénomène: ceux qui lancent l'initiative préfèrent la voie de l'amendement à la constitution de l'État afin de donner une plus grande sécurité juridique à leur proposition et d'échapper au contrôle de constitutionnalité des tribunaux d'État⁴⁴.

En offrant aux électeurs la possibilité de soumettre leurs propres projets de modification constitutionnelle, l'*initiative populaire propositive* entraîne la multiplication des scrutins portant bien souvent sur des dispositions secondaires n'ayant rien à voir avec l'organisation et les principes constitutifs de l'État. À l'évidence, le *veto populaire* reste une formule beaucoup plus appropriée donnant au peuple l'occasion d'écarter ou de consentir (tacitement ou explicitement) aux projets de modification constitutionnelle sans pour autant ouvrir la porte à la multiplication des initiatives référendaires avec les risques de surcharge et d'ingouvernabilité que cela implique. De cette façon, le peuple demeure souverain et assuré qu'aucune disposition constitutionnelle ne peut être adoptée contre son gré.

4. Une méthode: l'expérimentation dans le temps des changements constitutionnels

En plus de rendre le référendum constitutionnel facultatif, la procédure du *veto populaire* impose un délai, plus ou moins long, entre le moment où les autorités représentatives élaborent une proposition de modification constitutionnelle et le moment où un référendum est organisé s'il y a lieu. La formule du *veto populaire* a indirectement pour effet de repousser dans le temps la promulgation définitive du projet de réforme constitutionnelle en exigeant par exemple la signature de 500 000 électeurs en 6 mois ou de 1 000 000 d'électeurs en 12 mois. Ce délai peut varier mais il demeure en tout état de cause nécessaire afin de permettre aux citoyens qui souhaitent la tenue d'un scrutin de mobiliser le nombre d'électeurs requis. Or, un tel délai peut être l'occasion, selon les circonstances, de faire évoluer l'opinion, de

⁴⁴ Pour ne prendre qu'un seul exemple, pensons aux initiatives de type « taxpayer revolt » (dont la célèbre proposition 13) qui ont perturbé profondément l'activité étatique de la Californie en imposant une réduction de plus de 50 % de l'impôt foncier. Cette constitutionnalisation d'un plafonnement à la capacité fiscale de l'État a, pour reprendre les termes de Yannis Papadopoulos, « pulvérisé » la vie politique californienne en réduisant à néant toute la marge de manœuvre financière des élus. Yannis Papadopoulos, Silvia Kobi et Isabelle Moroni, *Les processus de décision fédéraux en Suisse*, coll. « logiques politiques », Paris, L'Harmattan, 1997, p. 71; Richard B. Collins et Dale Oesterle, « Governing by Initiative: Structuring the Ballot Initiative: Procedures that Do and Don't Work », [1995] 66 *University of Colorado Law Review*, p. 51 à 53; Marthe Fatin-Rouge Stéfani, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Aix-en-Provence, Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 104

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

dépolariser les esprits et de mieux évaluer les impacts d'un projet, ce qui à terme ne peut qu'améliorer la qualité de la délibération collective.

En reportant la tenue du référendum constitutionnel à une date ultérieure, il devient également possible de faire coïncider le référendum constitutionnel avec d'autres échéances électorales. Il suffit d'organiser le référendum, à l'instar de ce que font la plupart des États américains, soit en même temps que les élections générales, soit en même temps que les élections municipales. Selon la date où se termine le délai de collecte des appuis imposés par la procédure du *veto populaire*, la campagne référendaire débute alors au moment de la dissolution de l'Assemblée nationale ou au déclenchement des élections municipales qui se déroulent désormais à une date fixe pour l'ensemble des municipalités du Québec.

Pour tout dire, le fait de tenir le référendum simultanément à un autre scrutin comporte essentiellement deux avantages. Premièrement, cela réduit les coûts financiers associés à l'organisation du référendum. Même si l'économie réalisée semble *a priori* marginale, il n'en reste pas moins que cela permet d'écarter l'une des critiques souvent formulées à l'encontre du référendum constitutionnel obligatoire, soit le coût des opérations référendaires. En effet, pour tous les projets de modification mineure, l'organisation d'un référendum peut apparaître aux yeux de bien des citoyens comme une dépense inutile vu le peu d'importance des enjeux. Or, en organisant le référendum en même temps qu'une élection générale ou municipale et en utilisant pour l'occasion le même personnel électoral, les arguments associés aux coûts du scrutin ne valent plus. Le référendum constitutionnel se greffe alors à un autre scrutin, ce qui réduit considérablement l'impact sur les finances de l'État.

Deuxièmement, la tenue simultanée d'une élection et d'un référendum constitutionnel risque d'avoir des conséquences positives sur le taux de participation. Le cumul des scrutins donne aux électeurs une double motivation à se déplacer pour aller voter. En effet, un référendum ou une élection portant sur des enjeux mobilisateurs ou suscitant une forte polarisation de l'électorat entraînera généralement une augmentation du taux de participation. Si bien qu'en regroupant dans un même scrutin un référendum et une élection, l'intérêt des électeurs pour l'une ou l'autre des opérations électorale et référendaire devient profitable pour l'ensemble du scrutin. Par un effet de « contamination », les enjeux importants de l'élection ou du référendum incitent les électeurs à se déplacer et à exercer leur droit de vote. Selon les circonstances, la motivation des électeurs à participer soit à l'élection soit au référendum aura pour conséquence de « tirer vers le haut » la

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

participation des électeurs au référendum constitutionnel ou à l'élection qui a lieu simultanément. De cette manière, les taux de participation auront tendance à augmenter.

Il n'en reste pas moins que les délais occasionnés par la tenue simultanée du référendum et d'une élection peuvent entraîner un retard considérable dans le processus d'adoption des normes constitutionnelles. Or, il faut parfois faire face à des situations d'urgence qui nécessitent une action rapide de l'État. C'est pourquoi il nous apparaît opportun de favoriser une application immédiate des réformes approuvées par l'Assemblée nationale pendant que court le délai d'attente entre l'adoption par les représentants du projet de réforme constitutionnelle et l'expiration de la période allouée à la collecte des signatures.

À cet effet, deux types d'initiative populaire correspondant à deux scénarios doivent être distingués: d'un côté, les *initiatives populaires suspensives* et, d'un autre côté, les *initiatives populaires abrogatives*. Dans le premier cas, nous parlerons d'une *initiative suspensive* dans la mesure où l'initiative populaire a pour effet de retarder, et éventuellement de bloquer, l'entrée en vigueur d'un texte. Autrement dit, l'initiative *suspensive* porte sur un acte adopté par les autorités publiques mais non encore promulgué. Les électeurs doivent alors confirmer l'acte ou empêcher son entrée en vigueur, mais dans tous les cas son entrée en vigueur est retardée dans le temps au moins jusqu'à ce que le délai de collecte de signatures soit terminé⁴⁵. À l'inverse, l'initiative populaire *abrogative* vise des dispositions normatives déjà en vigueur et permet aux électeurs de contester à l'intérieur de certains délais des normes constitutionnelles promulguées⁴⁶. L'intérêt de la forme abrogative par rapport à l'initiative suspensive réside donc dans la manière dont elle accélère l'entrée en vigueur des changements constitutionnels.

En adoptant la forme abrogative, les modifications apportées à la constitution québécoise seraient plus rapidement mises en œuvre, et ce, malgré le retard occasionné par la procédure du *veto populaire*. Conformément à cette idée de consentement tacite du peuple qui caractérise la procédure du *veto populaire*, les réformes constitutionnelles adoptées par l'Assemblée nationale pourraient entrer en vigueur et le rester tant et aussi longtemps qu'elles n'auraient pas été désapprouvées directement par le peuple. En optant pour l'*initiative populaire*

⁴⁵ À titre d'illustration: *Constitution de la Suisse* du 18 avril 1999, article 141 (sur les actes législatifs fédéraux).

⁴⁶ À titre d'illustration: *Constitution italienne* du 27 décembre 1947, article 75.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

abrogative plutôt que l'*initiative populaire suspensive*, il deviendrait possible de favoriser « l'expérimentation » des modifications constitutionnelles. Il reviendrait alors à l'Assemblée nationale de décréter, par une résolution adoptée à la majorité des deux tiers, l'entrée en vigueur immédiate de dispositions constitutionnelles, et ce, même si ces dispositions pouvaient par la suite être désavouées par les électeurs.

La procédure d'expérimentation des modifications constitutionnelles pourrait donc prendre la forme suivante: lorsque qu'une majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale autorise l'application immédiate d'une réforme constitutionnelle, celle-ci entre immédiatement en vigueur tout en étant exposée aux risques d'une initiative *abrogative* advenant que 500 000 électeurs, voire 1 000 000 d'électeurs, demandent la tenue d'un référendum à l'intérieur du délai prescrit. Une telle manière de procéder permettrait d'abord d'accélérer le processus d'adoption pour toute réforme jugée urgente aux yeux d'une large majorité de parlementaires. Cela éviterait que des changements urgents soient reportés à plus tard au risque de compromettre les intérêts fondamentaux de l'État et de ses citoyens. Ensuite, toutes les modifications mineures ou techniques, de même que tous les projets consensuels (souvent approuvés tacitement par les électeurs sans qu'un référendum ne soit nécessaire), seraient plus rapidement mis en œuvre. La mise en œuvre immédiate d'une modification constitutionnelle rendrait possible une forme « d'expérimentation » des changements proposés durant une période équivalant au délai entre l'adoption du texte à la majorité des deux tiers et l'issue de la procédure du *veto populaire*.

Les électeurs auraient l'occasion de se familiariser et d'expérimenter des réformes qui, à l'usage, pourraient s'avérer des plus appréciées. Lors du référendum, les électeurs se prononceraient ainsi sur des textes déjà en vigueur dont les effets négatifs et positifs seraient déjà pleinement mesurables. Cela aurait selon nous pour conséquence de recentrer le débat autour des impacts réels du changement en cause et non pas sur des spéculations souvent démagogiques portant sur les hypothétiques « bienfaits » et « périls » d'une réforme. Du reste, le biais structurel du référendum en faveur du *statu quo* n'opèrerait plus de la même manière puisque les électeurs auraient alors à approuver ou à désapprouver une réforme déjà en vigueur et à choisir entre le *statu quo* et le *statu quo ante*.

Ce genre d'expérimentation des modifications constitutionnelles a été mise en place en Suisse et a rendu possible la mise en œuvre immédiate de mesures dites « urgentes » aux yeux des parlementaires. En effet, l'article 140 de la

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

constitution suisse autorise l'Assemblée fédérale à adopter des lois déclarées urgentes dépourvues de base constitutionnelle mais appelées à devenir des modifications constitutionnelles en bonne et due forme lorsque ratifiées explicitement ou tacitement par le peuple. Cette façon de faire permet à l'Assemblée fédérale de promulguer immédiatement certaines réformes et de les expérimenter pendant une durée d'un an, après quoi ces mesures doivent être ratifiées par référendum. Lorsque les mesures urgentes sont par la suite rejetées par référendum, celles-ci sont définitivement abrogées; elles continuent à s'appliquer seulement lorsqu'elles sont ratifiées par le peuple.

En fin de compte, la procédure de modification constitutionnelle que nous proposons vise à faire du peuple le titulaire du pouvoir constituant tout en évitant l'organisation automatique de référendums constitutionnels. En effet, le recours au *veto populaire* permet de rendre facultative l'organisation d'un référendum constitutionnel tout en conservant une présomption d'approbation tacite de la constitution par le peuple. Le peuple conserve ainsi un pouvoir souverain en mesure de s'opposer à l'adoption de toute norme constitutionnelle qu'il juge inopportune.

L'opposition du peuple devrait selon nous s'exprimer dans le cadre d'un référendum initié par au moins 500 000 électeurs dans un délai de 6 mois. Il deviendrait alors possible de reporter dans le temps l'organisation du référendum et de tenir celui-ci simultanément à des élections générales ou municipales de manière à en réduire les coûts. Durant cette période, « l'expérimentation » des changements constitutionnels pourrait être autorisée par la majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale afin, d'une part, de ne pas retarder l'adoption de mesures urgentes et, d'autre part, de familiariser les électeurs avec le contenu de la réforme et ses effets réels.

Toujours pour échapper à l'organisation d'un scrutin référendaire, l'Assemblée nationale devrait avoir la possibilité de retirer en tout temps son projet de révision constitutionnelle. De cette façon, l'Assemblée nationale pourrait – à la majorité simple – retirer un projet de révision constitutionnelle, lorsqu'à l'intérieur du délai prescrit, un nombre suffisant d'électeurs demandent l'organisation d'un référendum. Une majorité de parlementaires n'aurait alors qu'à voter le retrait d'un projet de révision constitutionnelle pour couper court au processus d'initiative référendaire. À l'instar de ce qui est pratiqué en Suisse, il pourrait également être possible de mettre en place des mécanismes de négociation et de concertation visant à échapper à

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

l'épreuve référendaire. En négociant des changements à un projet avec les promoteurs de l'initiative référendaire, l'Assemblée nationale disposerait d'un instrument supplémentaire pour « contourner » l'obstacle du référendum.

En Suisse, ce genre de négociation favorise depuis longtemps un exercice plus consensuel du pouvoir constituant. Que ce soit pour se montrer « à l'écoute » des préoccupations des électeurs mobilisés contre le projet de révision constitutionnelle ou pour éviter d'être désavoués directement par l'électorat, les parlementaires suisses se montrent généralement sensibles au point de vue des groupes de citoyens susceptibles de lancer une initiative référendaire⁴⁷. Du coup, la simple menace de recourir à la procédure du *veto populaire* amène les acteurs politiques à s'entendre et à élaborer les compromis qui s'imposent. Bien plus qu'un passage obligé, les processus de consultation publique préalables à l'élaboration du projet (commission parlementaire, audience publique, etc.) tendent à jouer dans ce cadre un rôle déterminant.

En combinant la procédure du *veto populaire* avec d'autres assouplissements destinés à concilier les points de vue et à réduire les risques de recourir au scrutin référendaire, le référendum constitutionnel facultatif initié par le peuple permet non seulement de dégager une présomption d'approbation tacite par le peuple des dispositions constitutionnelles, mais aussi de forcer les acteurs politiques à négocier les compromis qui s'imposent afin d'en arriver à des modifications suffisamment acceptables et consensuelles pour éviter « l'épreuve » référendaire. De notre point de vue, l'essentiel n'est pas qu'une éventuelle constitution québécoise soit nécessairement approuvée par référendum, mais bien qu'il soit possible de dégager une présomption selon laquelle le peuple, détenteur d'un *veto* constitutionnel, a approuvé soit tacitement, soit explicitement chacun des articles qui composent ce texte fondamental. De cette façon, le peuple – conformément au principe de souveraineté populaire – se voit assuré qu'aucune norme constitutionnelle ne

⁴⁷ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, Yale University Press, 1999, p. 34 à 42 et p. 231; Leonhard Neidhart, *Plebiszit und pluralitäre Demokratie*, Berne, Francke, 1970, p. 313 cité par Andreas Auer et Jean-Daniel Delley, « Le référendum facultatif - La théorie à l'épreuve de la réalité », [1979] R.D.S., p. 127 à 129; Francis Hamon, *supra* note 38, p. 110 à 114; Jean-Daniel Delley et Claudio Mascotto, *supra* note 17, p. 83; Kris W. Kobach, *supra* note 27, p. 101 à 151; Maija Setälä, *supra* note 40, p. 96 à 97; Andreas Auer, « Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse », [1984] R.D.S., p. 95; Jean Rohr, « Le référendum en Suisse », dans Gérard Conac et Didier Maus, dir., *Le référendum: quel avenir?*, coll. « Les grands colloques », Paris, ed. STH, 1990, p. 48; Jean-François Aubert, *supra* note 30, p. 495 à 497; Étienne Grisel, *supra* note 42, p. 77; Alexander H. Trechsel et Hanspeter Kriesi, « Switzerland: the referendum and initiative as a centerpiece of the political system », dans Michael Gallagher et Pier Vincenzo Uleri, dir., *The Referendum Experience in Europe*, New-York, St. Martin's Press, 1996, p. 202.

Patrick Taillon: « Le *veto* populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois »

pourra s'appliquer contre son gré, ce qui donne au texte constitutionnel toute la légitimité que peut apporter le consentement populaire.