

Revue québécoise de droit constitutionnel

Volume 2

Constitution québécoise et expériences étrangères

Revue québécoise de droit constitutionnel

Volume 2 (2008)

La *Revue québécoise de droit constitutionnel* est un périodique publié par l'Association québécoise de droit constitutionnel. Elle est publiée à raison d'un volume par année et contient des articles, notes et chroniques.

Comité de rédaction

Coordonnateur à la rédaction

Patrick Taillon

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Adjointe à l'édition

Hélène Montreuil

Diffusion et reproduction

Les textes de la *Revue québécoise de droit constitutionnel* sont accessibles gratuitement sur le site électronique de l'Association québécoise de droit constitutionnel (www.aqdc.org). L'Association québécoise de droit constitutionnel autorise la reproduction des textes sur lesquels elle détient les droits pourvu qu'il soit fait mention tant du nom de l'auteur que de celui de la *Revue québécoise de droit constitutionnel*. La reproduction pour d'autres fins sera régie par le principe de l'utilisation équitable. Dans les autres cas, l'utilisateur devra obtenir une autorisation écrite.

L'Association québécoise de droit constitutionnel (AQDC) est une association scientifique créée en 2005 dont le principal objectif est de favoriser la connaissance et le développement du droit constitutionnel au Québec. Elle regroupe les constitutionnalistes qui s'intéressent à l'enseignement, à la recherche et à la pratique du droit constitutionnel. Elle est responsable de la diffusion de la *Revue québécoise de droit constitutionnel* et du *Bulletin québécois de droit constitutionnel*. Elle tient un congrès annuel et organise des conférences et des séminaires.

Conseil d'administration

Président

Daniel Turp

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Vice-présidente

Eugénie Brouillet

Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval

Trésorier

Jean-François de Rico

Avocat, Langlois Kronström Desjardins

Secrétaire général

Alexandre Cloutier

Député de Lac-Saint-Jean à l'Assemblée nationale du Québec

Membres

Michel Bonsaint, secrétaire-général adjoint de l'Assemblée nationale du Québec

Pierre Bosset, professeur au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal

Andrée Lajoie, professeure émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Geneviève Motard, étudiant de troisième cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval

Johanne Poirier, directrice du Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles

Copyright 2009 Droits d'auteur

Association québécoise de droit constitutionnel © *Revue québécoise de droit constitutionnel*

Pavillon Charles-De Koninck, Faculté de droit, Université Laval

1030, avenue des Sciences-Humaines, local 3115

Québec (Québec) G1V 0A6

Téléphone : 418-656-2131 poste 3584; Télécopieur : 418-656-7230

Courrier électronique : info@aqdc.org; Site électronique : www.aqdc.org

Table des matières

1. Articles

Jacques-Yvan Morin Une constitution nouvelle pour le Québec: Le pourquoi, le contenu et le comment	5
Daniel Turp La constitution québécoise: une perspective historique	16
Marc Chevrier Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain	72
Nelson Wiseman In Search of a Quebec Constitution	130
Patrick Taillon Le <i>veto</i> populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois	150
G. Alan Tarr Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism	174

2. Note critique

Simon Picard et Geneviève Motard <i>R. c. Kapp</i> : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la <i>Charte canadienne</i> ?	196
---	-----

3. Chroniques

Daniel Turp La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008	215
Alexandre Thériault-Marois La pratique gouvernementale du droit constitutionnel au Québec en 2008	254
Félix-Antoine Michaud La pratique judiciaire du droit constitutionnel au Québec en 2008	287

1. Articles

Une constitution nouvelle pour le Québec: Le pourquoi, le contenu et le comment

Jacques-Yvan Morin*

Le débat sur la pertinence de doter le Québec autonome d'une nouvelle constitution formelle est à l'ordre du jour. Implicitement, comme dans le rapport de la Commission sur les « accommodements raisonnables »¹, lesquels découlent de principes constitutionnels, et explicitement dans les débats de l'Assemblée nationale² ainsi que dans les nombreuses interventions de mouvements de réflexion politique, de parlementaires, d'universitaires, d'écrivains et de journalistes³, les temps paraissent mûrs pour l'élaboration d'une démarche constituante à laquelle seraient associés des politiques et des représentants de la société civile. Or, ne sommes-nous pas assujettis depuis fort longtemps à tout un arsenal de normes constitutionnelles, non seulement au sens formel avec les lois du Parlement britannique, mais au sens matériel avec des règles coutumières, des conventions et autres sources anglaises « non écrites »?

Si l'on entend par constitution les normes primordiales destinées à l'établissement, à l'exercice, au contrôle et à la transmission du pouvoir politique, nos sources les plus anciennes remontent à *l'Édit de création du Conseil souverain* de la Nouvelle-France de 1663 et même aux lettres patentes octroyées par François I^{er} à F. de la Roque, seigneur de Roberval en 1540, par lesquelles celui-ci est nommé Lieutenant général de la Nouvelle-France et investi de pouvoirs très étendus: faire la paix ou la guerre ainsi qu'adopter des lois et ordonnances « politiques et autres ». Le roi lui confère en outre le droit d'ordonner de toutes choses « comme si nous-mêmes le ferions et faire le pourrions si en notre personne y estions ». Constitution bien embryonnaire et éphémère, certes, mais qui nous autorisera néanmoins à célébrer dans trois décennies le cinquième centenaire de notre histoire constitutionnelle! En

* Professeur émérite de l'Université de Montréal, autrefois membre du gouvernement du Québec.

¹ Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Rapport final*, 22 mai 2008, Québec, en ligne: <http://www.accommodements.qc.ca/>

² Voir Le Courrier parlementaire, 22 mai 2008; *Le Devoir* (Montréal), 21 mai 2008, <http://www.ledevoir.com>

³ V.g., Mouvement Démocratie et Citoyenneté, *Éléments essentiels pour une Constitution pour le Québec d'aujourd'hui*, 18 juin 2006; Mouvement pour une nouvelle démocratie québécoise (MONOCOQ), *Mémoire au comité directeur des États généraux portant sur la réforme des institutions démocratiques*, 1^{er} nov. 2002.

attendant, ne serait-il pas opportun que le Québec se donne une loi fondamentale adaptée aux profondes mutations intervenues depuis lors?

Devenue britannique en 1763 par la cession du pays, la Constitution a alors épousé les règles découlant du principe non écrit, mais fondamental, de la souveraineté du Parlement de Westminster, embrassant les lois de celui-ci, les décrets des autorités instituées par lui, ses conventions constitutionnelles, ses coutumes et les décisions des autorités judiciaires du royaume applicables à la colonie canadienne. Bel ensemble dispersé et disparate de sources du droit auquel le législateur impérial a pris soin de juxtaposer des lois de nature formelle, notamment celles de 1774, 1791, 1840, 1867 et 1982, dont certaines dispositions font partie de la Constitution du Québec⁴, adoptées parfois sans son consentement ou même en dépit de ses protestations.

En raison de cet héritage, le Québec ne s'est pas donné de constitution propre au sens formel, ensemble de normes écrites et placées hors de pair, auquel toute autre règle de droit doit être conforme sous peine d'être déclarée nulle ou inopérante. Cette suprématie ou primauté joue en faveur de la Constitution canadienne, opposable au Québec, mais ne caractérise point les normes que celui-ci peut souhaiter adopter comme étant hiérarchiquement supérieures et protégées contre les changements par des procédures spéciales comme on en trouve dans les constitutions de la plupart des États.

Compte tenu de l'évolution du Canada et du Québec, est-il souhaitable ou opportun de doter celui-ci d'une telle constitution, écrite et formelle? Il y a longtemps qu'on y pense et qu'on en parle. Déjà pour le mouvement des Patriotes de 1837, l'octroi d'une véritable constitution constituait l'une de leurs principales revendications. L'idée en est reprise quelques années plus tard, en 1858, par Joseph-Charles Taché qui, avant même l'adoption du *British America Act*, propose que chaque colonie appelée à devenir province de la fédération projetée se dote d'une constitution écrite « comportant pour la législature l'obligation d'y obéir sous peine de voir ses actes frappés de nullité [...] ».

C'est cependant au cours des années fertiles de la « Révolution tranquille » que la question a commencé de susciter des projets plus élaborés dans les

⁴ V.g., Québec Act, 1774, 14 Geo III, c. 83; Constitution de 1791 (Constitutional Act), 31 Geo III, c. 31; Constitution de 1840 (Union Act), 3-4 Vict., c. 35; British North America Act, 1867, 30-31 Vict., c. 3; Canada Act, 1982, c. 11, dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, 2^e éd., tome II, Montréal, Thémis, 1994, p. 71, 79, 107, 131 et 137.

milieux politiques, mais également dans la société civile. En 1966, par exemple, les États généraux du Canada français proposent la convocation d'une assemblée constituante appelée à s'enquérir des aspirations des Québécois et des minorités francophones du Canada et à faire des propositions au peuple par référendum, après quoi les Assises de 1969 voient les délégués du Québec adopter une résolution proposant notamment que « les Québécois se donnent une constitution écrite » affirmant leur droit à l'autodétermination et comportant des dispositions sur les droits de la personne, l'intégrité territoriale, le suffrage universel, les « objectifs fondamentaux du peuple du Québec », la décentralisation administrative, « la suprématie de la Constitution sur toutes les autres lois », le droit d'initiative constitutionnelle des citoyens et la ratification de toute modification par le vote populaire⁵. En outre, des résolutions ont pour but de constitutionnaliser les droits des citoyens, le choix d'un régime de type présidentiel et « les modalités de l'élection et du fonctionnement de la Constituante ».

C'était l'époque où se répandaient en Occident les principes de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) et le Québec était également témoin des démarches constituantes engendrées par la décolonisation et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Aujourd'hui, tous les États nés à cette époque ont une constitution formelle, mais la question est de savoir si ce mouvement s'est étendu aux États membres d'unions d'États ou de fédérations, dont le statut d'autonomie varie à l'infini.

Première constatation: presque tous ces États fédérés sont dotés de leur propre constitution formelle dans le cadre de l'union ou fédération. Il suffit de mentionner les États-Unis, la Russie, l'Allemagne, la Suisse, le Mexique, le Brésil, l'Inde et l'Australie pour se rendre compte de la variété des données politiques et juridiques dont on pourrait s'inspirer. La moisson est presque trop abondante; des choix s'imposeraient et devraient refléter les réalités, les objectifs fondamentaux et les valeurs du Québec.

Seconde constatation: l'autonomie du Québec en tant qu'État fédéré s'étend à l'adoption de sa propre Constitution puisqu'aussi bien l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (le *Canada Act* britannique) presque identique aux termes de l'ancien article 92 § 1 de celle de 1867, prévoit qu'une législature « a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province », sous réserve des dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur. Mais s'agit-il d'une « constitution » à la britannique, modifiable selon les règles

⁵ Les États généraux du Canada français, *Assemblée préliminaire*, Montréal, 25-27 nov. 1966, p. 71; *Assises nationales*, Montréal, 5-9 mars 1969, p. 392-399.

applicables aux lois « ordinaires », ou d'une véritable constitution formelle? Répondre à cette question exige que nous envisagions trois aspects étroitement liés de toute démarche de modification constitutionnelle au Québec: le pourquoi, le contenu et le comment.

1. Le pourquoi

Est-il politiquement opportun et juridiquement réalisable pour le Québec, État fédéré, de se doter d'une nouvelle constitution formelle? Le système actuel ne fonctionne-t-il pas correctement, en définitive? Soit, les règles en sont éparses, hétéroclites, cumulatives, à la manière anglaise, mais, en revanche, ne sont-elles pas, du moins à l'exception du *British North America Act* et du *Canada Act*, souples, adaptables et effectives, certaines plus de deux fois centenaires et presque « vénérables » bien qu'elles découlent d'une longue domination? Quel avantage existe-t-il à les rendre plus formelles, à la française peut-être, et, de ce fait, plus précises et difficiles à modifier?

Une première observation s'impose: la démarche constituante est amorcée au Québec depuis une trentaine d'années, mais elle demeure inachevée et comme suspendue. Les deux chartes — celle des droits et libertés et celle de la langue française⁶ — se voulaient fondamentales, mais le législateur québécois n'a pas voulu aller au bout de la logique constitutionnelle. La première est de 1975, donc antérieure à la Charte canadienne des droits et libertés, constitutionnalisée en 1982 par le Parlement britannique. L'Assemblée nationale l'a voulue mieux protégée que ses lois ordinaires contre les variations puisque « aucune disposition, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38 [...] à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte » (article 52).

Au cours du débat avec le ministre de la Justice, M. Jérôme Choquette, portant sur la rédaction de la Charte, en commission parlementaire, l'Opposition avait tenté d'obtenir que cette loi soit clairement constitutionnalisée, dotée de la suprématie et protégée contre les amendements intempestifs⁷, mais le ministre a estimé que l'état du droit ne l'autorisait pas à opter pour cette solution. C'était déjà à l'époque une attitude trop frileuse, qu'il faut maintenant réexaminer dans une perspective d'avenir.

⁶ La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, adoptée par l'Assemblée nationale le 27 juin 1975, L.R.Q., vol. 3, c. C-12 (éd. 2003); *Charte de la langue française*, L.R.Q., vol. 3, c. C-11 (éd. 2000).

⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e législature, 2^e session, 12 nov. 1974; voir Jacques-Yvan Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 R.J.T., p. 25.

Quant à la *Charte de la langue française* (1977), elle ne jouit d'aucune primauté ni de protection spéciale. Pourtant l'intention du gouvernement et du législateur était bien de poser là des règles fondamentales, comme l'indique son titre de Charte. Avec le résultat paradoxal que la *Charte des droits*, dont certaines décisions judiciaires ont reconnu la nature « quasi constitutionnelle » ou « spéciale », a servi, dans l'arrêt *Ford* (1988), à rendre inopérantes certaines dispositions de la Charte linguistique. Il n'est pas interdit d'y voir un besoin de mise en ordre de la Constitution du Québec.

Car l'effort constituant, bien qu'amorcé depuis les années soixante, semble en proie au flottement, en dépit des débats et des recommandations expresses de diverses commissions, notamment celle chargée par l'Assemblée nationale d'examiner la situation de la langue française. Placée sous la présidence de M. Gérald Larose, cette Commission en est venue à recommander la constitutionnalisation « à terme » des principes fondateurs de la politique linguistique, c'est-à-dire « la nette prééminence du français », langue « officielle et commune de la vie et de l'espace publics du Québec », sans pour autant oublier la protection des droits minoritaires⁸.

Chose certaine, l'adoption d'une constitution formelle pour un Québec autonome ne représenterait aucune innovation ou incongruité dans le paysage du droit constitutionnel comparé. Dans le cadre des fédérations existantes, autres que certaines issues de la colonisation britannique, les États membres possèdent leur propre constitution, adoptée parfois avant la formation de l'entité fédérative, comme ce fut le cas pour les premiers États de l'Union américaine. C'est même devenu une règle quasi générale dans les États contemporains de type fédéral.

L'élaboration d'une constitution du Québec s'impose-t-elle pour autant? D'aucuns redoutent un exercice qui sèmerait la division, voire la discorde; d'autres estiment qu'il aurait dû avoir lieu depuis longtemps. Le moment idéal eût été le milieu des années soixante, sans doute, alors que siégeait le Comité de la Constitution; il existait à ce moment un certain consensus sur la question entre les partis politiques, qui a d'ailleurs permis d'élaborer la *Charte des droits et libertés* de 1975.

Autre occasion ratée: l'adoption du *Canada Act* de 1982 et le verrouillage du mode d'amendement constitutionnel sans le consentement du Québec. Sur ce point, on ne peut qu'être d'accord avec le professeur Marc Chevrier:

⁸ Commission des États généraux sur la situation et l'avenir du français au Québec, *Rapport final* 2001, p. 29.

l'occasion était belle de contrer cet acte d'hostilité par une démarche d'affirmation de notre existence au plan constitutionnel⁹.

Ce n'est pas que René Lévesque n'y ait pas songé. Le sujet fut évoqué devant lui en 1983 et 1984. Il demanda alors de réunir un groupe de travail composé de personnel politique et de conseillers juridiques du gouvernement en vue d'élaborer un avant-projet: il désirait tout d'abord savoir « à quoi pourrait ressembler une nouvelle constitution ». Le 21 mai 1985 lui était remis le texte élaboré par ce groupe, en lui précisant qu'il s'agissait d'une esquisse (une centaine d'articles) et qu'il restait bien des étapes à franchir¹⁰. Il se faisait tard, cependant: un mois plus tard, il quittait ses fonctions.

Il est toujours temps de reprendre cette démarche constituante, qui continue de hanter bon nombre de Québécois. Ne nous est-elle pas commandée par les manœuvres fédérales autour de la tenue de nouveaux référendums? L'Assemblée nationale n'a-t-elle pas été amenée à rappeler, en 2000, des principes qui sont virtuellement de rang constitutionnel dans la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*?¹¹ Droit de choisir librement le régime politique et le statut juridique de l'État, statut officiel de la langue française, respect du droit des minorités, intégrité du territoire, dispositions sur les institutions, voilà déjà de quoi meubler une future constitution formelle. Même si cette loi n'en offre pas les caractéristiques de suprématie et de protection, elle a l'allure constitutionnelle! Ph. Raworth ne s'y est pas trompé qu'il l'a incluse dans son ouvrage, au chapitre qu'il intitule « Constitution du Québec »¹².

S'il était besoin d'une raison plus essentielle de mener à bien ce travail fondamental, nous la trouverions dans l'existence propre du peuple québécois. Avec un retard fort éloquent, on a bien voulu finir par reconnaître en novembre 2006, au Parlement fédéral, que les Québécois forment une « nation », fût-ce « au sein d'un Canada uni »¹³. Eh bien! Si cette nation doit

⁹ « Au pays des vieux conservateurs – ou pourquoi le Québec n'a pas de constitution », *Le Devoir*, 10 avril 2000, p. A-7; « La République du Québec et sa Constitution », (2007) 10 *Argument*, p. 127.

¹⁰ Ébauche d'un projet de Constitution du Québec, 21 mai 1985, reproduit dans Association québécoise de droit constitutionnel, IIIe Congrès, *Documents*, Québec, 23 mai 2008, en ligne: http://www.danielturp.org/interventions/2008/janvier/Constitution-du-Québec-Avant-projet-de-Constitution-du-Québec_1985-05-21.pdf

¹¹ L.Q. 2000, c. 46; L.R.Q., c. E-20.2.

¹² *Constitutions of Dependencies and Territories*, sub nom. Québec, vol. 3, 2008, p. 185, en ligne: <http://www.oxfordonline.com/online/oceanalaw/>

¹³ Débats de la Chambre des communes du Canada (Hansard), 27 nov. 2006, vol. 141, n° 087, p. 5345, 5350, 5375-5412.

se contenter d'une autonomie, au demeurant guettée par des politiques centralisatrices, il n'en devient que plus nécessaire que soit formalisée et renforcée son existence dans un énoncé de valeurs, d'objectifs et de principes propres à affermir l'avenir et à le garder le plus ouvert possible. Pour une nation ou un peuple, existe-il un facteur d'identité qui soit plus probant que l'adoption d'une constitution?

2. Le contenu

Quel contenu donner à une Loi fondamentale du Québec? Sans doute faut-il consulter en premier lieu les sources, abondantes et variées, de la Constitution non formelle existante en plus des lois britanniques formelles qui définissent le statut du Québec. Vers 1966, alors que l'on débattait en commission parlementaire la possibilité d'élaborer une nouvelle constitution, M^{me} Luce Patenaude rédigea une *Compilation des lois québécoises de nature constitutionnelle* dans le cadre de l'Institut de recherche en droit public¹⁴. La liste de ces lois britanniques, canadiennes et québécoises, de même que des arrêtés en conseil, ne couvrait pas moins de 22 pages de format légal; cela sans compter les sources non écrites, conventions et règles coutumières.

De tout cela, quels sont les principes et règles à placer hors de pair dans une Constitution proprement québécoise? Le grand constitutionnaliste qu'était Sir Ivor Jennings a écrit que le choix des normes suprêmes posait un véritable dilemme: faut-il être succinct, à la française, ou prolix comme le sont certains instruments d'inspiration anglaise? La prolixité n'est guère compatible avec la vocation que l'on peut vouloir donner à une loi fondamentale. D'un autre côté, si celle-ci doit exprimer les valeurs du milieu, établir la citoyenneté et les symboles nationaux, offrir des garanties propres à assurer les droits des personnes et des groupes, affermir la prééminence de la langue commune et préciser les pouvoirs des principaux organes de l'État, il existe un nombre minimum de normes dignes de figurer dans une constitution. À coup sûr, la sagesse constituante aurait amplement l'occasion de naviguer entre concision et prolixité et de beaux débats sont à prévoir si l'on entend traiter des nouveaux problèmes de société, la protection de l'environnement par exemple.

Si l'on ajoute à cela la volonté de saisir l'occasion pour rectifier ou améliorer le fonctionnement des institutions, comme le souhaitait le professeur Jean-

¹⁴ Ce document (non publié) est décrit dans un rapport de l'Institut de 1968 comme « La liste des lois et arrêtés en conseil formant la Constitution du Québec ».

Charles Bonenfant en 1969, devant la Commission de la Constitution¹⁵, on mesure l'ampleur de la tâche des constituants.

Dans le projet de loi sur la Constitution déposé devant l'Assemblée nationale (n° 196) par le député de Mercier, M. Daniel Turp, on s'en tient au strict minimum, énoncé en 15 articles¹⁶. Le projet renvoie cependant aux 48 premiers articles de la *Charte des droits* et aux articles 2 à 6 de la *Charte de la langue française*, formant ainsi un ensemble de 68 dispositions d'ordre constitutionnel. Ce serait là une excellente base de discussion, mais on ne devrait pas s'étonner outre mesure que la consultation de la population, les experts et les mouvements sociaux et politiques voulussent allonger l'ordre du jour et que les constituants eussent à se pencher sur des dispositions plus nombreuses que la centaine d'articles que comportait le texte remis à René Lévesque en 1985.

Le contenu d'une constitution formelle doit comprendre également des dispositions portant sur la suprématie ou primauté de l'ensemble par rapport aux autres lois, dites parfois « ordinaires » et aux règles qui en découlent. Cette supériorité hiérarchique peut prendre diverses formes selon le cadre — le carcan — hérité du système britannique. Le minimum nous est indiqué par l'article 52 de notre *Charte des droits et libertés*: le législateur ne saurait déroger à certains articles sauf par une disposition expresse selon laquelle la modification « s'applique malgré la Charte »: c'est une manière de « quasi-constitutionnalisation ». Il vaudrait mieux, à coup sûr, s'inspirer du droit comparé et des solutions retenues dans les constitutions d'États fédérés, celle du *Land* de Rhénanie-Palatinat par exemple, selon laquelle toute personne a le droit de contester la constitutionnalité de toute loi et de tout acte administratif¹⁷. Mais la formule la plus simple nous vient d'un modeste voisin, l'Île-du-Prince-Édouard, qui n'a pas hérité, dans son *Human Rights Act* de 1975, à établir la primauté de cette Loi, qui « est réputée l'emporter sur toutes les autres lois de cette province » (article 1^{er} § 2).

Autre caractéristique d'une constitution formelle: la protection contre les modifications intempestives ou livrées aux hasards des changements de gouvernement. Cette protection est essentielle à la stabilité des institutions,

¹⁵ Commission de la Constitution, dans *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 14 août 1969, p. 3030 et 3031.

¹⁶ Assemblée nationale, Projet de loi n° 196, 18 oct. 2007, reproduit dans Documents, *supra* note 10, p. 20.

¹⁷ « Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat », dans Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions européennes*, Paris, Presses universitaires de France, 1951, p. 245, art. 130 § 1, 135a) et 137.

mais elle doit non moins permettre l'adaptation aux circonstances changeantes auxquelles sont de plus en plus exposées les sociétés. En régime d'inspiration britannique, cela soulève une question classique: le Parlement peut-il se lier pour l'avenir? Transposée ici, elle prend la forme suivante: l'Assemblée nationale a-t-elle le pouvoir de soumettre la modification d'une loi qu'elle estime être fondamentale à des conditions particulières relatives à la forme ou à la procédure de modification, comme une majorité renforcée ou une consultation populaire? Dans l'arrêt *Trethowan* (1932), en provenance de l'État de New South Wales, la *High Court* d'Australie et le Conseil privé ont décidé que la législature ne pouvait aller à l'encontre des règles qu'elle s'était elle-même imposées dans une loi: elle devait donc soumettre à référendum une loi subséquente abolissant la Chambre haute pour se conformer à ses propres règles « *as to manner and form* »¹⁸.

On pourra également considérer que sont très répandues les exigences de majorité renforcée ou de consultation populaire en cas de modification de la constitution: c'est la solution retenue, par exemple, en Bavière, en Catalogne, en Carinthie, dans l'État de Sao Paulo et même dans les États de Victoria et d'Australie du Sud. Notons au passage que l'Assemblée nationale a tenu à respecter à la lettre en 1970 la majorité spéciale nécessaire à l'abolition des anciens « comtés protégés »¹⁹. Certes, il s'agissait d'une procédure imposée par le *B.N.A. Act*, mais il est permis de penser que l'Assemblée en ferait autant à l'égard de restrictions qu'elle se serait elle-même fixées, sous le regard des citoyens électeurs.

3. Le comment

L'intérêt soulevé par l'élaboration d'une constitution, la participation populaire et le foisonnement possible, voire probable, de propositions portant sur les nombreux projets de société qui alimentent (et parfois agitent) le vie publique québécoise soulèvent la question du « comment », des méthodes à suivre pour assurer l'aboutissement effectif du processus de constitutionnalisation et son prolongement dans l'avenir, pour le cas où le peuple choisirait de modifier le statut de l'État autonome québécois.

¹⁸ *A.G. New South Wales c. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (P. C.) confirmant (1931) 44 C.L.R. 394 (H.C. Austr.). Pour plus de détails, voir Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *Rev. droit McGill*, 171, p. 210.

¹⁹ *Loi concernant les districts électoraux*, L.Q. 1970, c. 7, se conformant à l'art. 80 du B.N.A. Act; voir J.-Y. Morin, *Ibid.*, p. 211.

La principale question est celle de l'organisation de la démarche. Il ne s'agit pas de l'adoption d'un *Constitution Act* à la manière de la Colombie-Britannique²⁰, par une loi ordinaire de la législature, sans primauté ni protection particulière à l'encontre des modifications. Pour le Québec, il ne peut s'agir de galvauder ainsi la notion de constitution, mais de se doter d'un instrument formel dont l'importance appelle la participation des citoyens.

Dans le cadre juridique actuel, l'initiative de la démarche revient à l'Assemblée nationale; sans elle, rien ne peut aboutir ni même se mettre en train. Mais elle ne devrait pas agir seule et prendrait sans doute soin, comme le veut le projet de loi n° 196, d'y associer des représentants de la société civile, comme elle l'a fait dans le passé au sein de commissions spéciales, avec mission de procéder à une vaste consultation en parcourant toutes les régions du Québec.

Dans la nouvelle constitution formelle à être adoptée par l'Assemblée, on peut songer pour l'avenir à un droit d'initiative populaire, comme le prévoient nombre d'États fédérés, notamment Sao Paulo (1 pour cent des électeurs), la Catalogne (1 député sur 5 ou 300 000 électeurs), ou la Carinthie (15 000 électeurs pour toutes les lois), procédures parfois complétées par l'exigence d'un référendum²¹.

L'idée d'une assemblée constituante a été prônée par divers groupes militants et un parti politique. Elle serait sûrement à examiner au moment où serait élaborée la Constitution d'un Québec souverain. Dans le cadre actuel, cependant, une telle assemblée ne saurait être que consultative, en raison du mode d'amendement sous l'empire duquel l'Assemblée nationale est appelée à exercer son pouvoir de modification. On peut souhaiter, à tout le moins, qu'elle établisse dans une nouvelle constitution autonome le principe de la consultation populaire pour toute modification ultérieure.

* * *

On peut s'attendre à ce que des débats vifs et intéressants accompagnent toutes les phases de l'élaboration et de l'adoption d'une constitution formelle. Qu'il s'agisse du pour et du contre, du contenu plus ou moins détaillé et contraignant ou du comment, c'est-à-dire des institutions et procédures constituantes, tout est matière à discussion, voire à contestation. Il ne faut

²⁰ R.S.B.C., 1996; la Loi date de 1979.

²¹ Pour l'ensemble des Constitutions d'États membres d'États composés, voir P. Raworth, *supra* note 12.

point s'en étonner: la démarche elle-même et ses acteurs sont en mesure d'influer sur la formulation de questions aussi fondamentales que l'établissement, le contrôle et la transmission du pouvoir, sur les valeurs sociales, culturelles et politiques, sur les droits fondamentaux et les libertés. La démarche et son organisation sont en quelque sorte de nature « préconstitutionnelle » et y participer devient un enjeu majeur pour les partis politiques et les composantes de la société civile, y compris les défenseurs de grandes causes ou d'intérêts particuliers.

Examiner avec soin tous les aspects du pourquoi, du contenu et du comment constitue un exercice préliminaire essentiel si l'on entend aboutir au projet le plus consensuel possible dans un délai raisonnable.

Certes, le seul fait de doter le Québec d'une constitution nouvelle et formelle ne règle pas tous les problèmes de société qui nous assiègent, s'il est vrai, comme l'écrivait Montesquieu, que « les mœurs font de meilleurs citoyens que les lois » — et ajoutons: même constitutionnelles. Si nous réussissions, cependant, après quarante ans d'efforts et de tergiversations, à enchâsser dans une nouvelle loi fondamentale un compendium de valeurs et objectifs majeurs de la nation qui serait également un précieux instrument d'éducation civique, alors nous pourrions espérer doter le Québec d'un instrument qui en serait à la fois le miroir et le portrait idéal.

La constitution québécoise: une perspective historique

Daniel Turp*

Si l'idée de doter le Québec de sa propre constitution semble avoir été promue dès 1858 par Joseph-Charles Taché – qui proposa l'adoption pour chaque province « d'une constitution écrite, comportant pour la législature l'obligation d'y obéir sous peine de voir ses actes frappés de nullité par un tribunal créé *ad hoc* »¹ –, la province de Québec entre dans le « Dominion » du Canada en 1867 sans être dotée de sa propre constitution.

Le *British North America Act*², devenu la *Loi constitutionnelle de 1867*³, comporte néanmoins une partie (la partie V) relative aux « Constitutions provinciales »; plusieurs dispositions de cette partie V sont relatives à la « constitution » de la province de Québec, et principalement à son pouvoir exécutif⁴ et à son pouvoir législatif⁵. De plus, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que la législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer relativement à « la modification de la Constitution de la province, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur »⁶.

La « province de Québec » ne s'est jamais prévaluée de cette compétence de modifier la Constitution de la province pour doter le Québec de sa propre constitution provinciale⁷. L'idée de doter le Québec de sa propre constitution

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal (en congé) et député de Mercier à l'Assemblée nationale du Québec.

¹ Voir Joseph-Charles Taché, « Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédérale, Québec, Des Presses à vapeur de J. T. Brousseau, 1858. p. 187. Voir aussi Marc Chevrier, « Une constitution écrite pour le Québec », dans *L'encyclopédie de l'Agora*, en ligne: http://agora.gc.ca/reftext.nsf/Documents/Constitution_quebecoise--Une_constitution_écrite_pour_le_Québec_par_Marc_Chevrier.

² 30-31 Victoria, R.-U. c. 3.

³ L.R. 1985, appendice II, n° 5.

⁴ *Ibid.*, art. 58 à 68.

⁵ *Ibid.*, art. 71 à 80 (Québec), 81 à 87 (Ontario et Québec), 89 (Ontario, Québec et Nouvelle-Écosse) et 90 (Ensemble des quatre provinces).

⁶ *Ibid.*, art. 92 § 1.

⁷ À ce jour, la seule province du Canada à s'être dotée d'une constitution est la Colombie-Britannique: voir *Constitution Act*, 1871, 21-22 Vict., c. 99, devenu Revised Statutes of British Columbia [R.S.B.C.] 1996, c. 66, modifié par le *Constitution (Fixed Election Dates) Amendment Act*, 2001, S.B.C. 2001, c. 36. Pour un commentaire sur cette « constitution provinciale », voir Campbell Sharman, « The Strange Case of a Provincial Constitution: The

sera toutefois présente dans son histoire nationale. Du projet de Daniel Johnson à l'avant-projet de *Constitution du Québec* de Jacques-Yvan Morin (1), des travaux de la Commission Bélanger-Campeau au projet de *Loi sur l'avenir du Québec* (Projet de loi n° 1) (1985-1995) (2), de la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* (Projet de loi n° 99) au rapport du Bloc Québécois *Pour une Constitution en partage* (1996-2001) (3), de la Commission des États généraux sur la langue française au Rendez-vous 2006 du Mouvement Démocratie et Citoyenneté (2001-2006) (4), de la motion sur la « nation québécoise » aux engagements électoraux pour une constitution du Québec (2006-2007) (5) de « L'initiative constitutionnelle » du 17 avril 2007 au projet de *Constitution du Québec* (Projet de loi n° 191) (6) et du projet de *Loi sur l'identité québécoise* (Projet de loi n° 195) et du projet de *Constitution québécoise* (Projet de loi n° 196) (7), l'histoire contemporaine du Québec semble conduire vers l'adoption d'une *Constitution québécoise*.

1. De l'idée de « constitution interne » de Daniel Johnson à l'avant-projet de *Constitution du Québec* de Jacques-Yvan Morin (1965-1985)

Ce n'est que près d'un siècle après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'un élu politique québécois évoquera l'idée de doter le Québec de sa propre constitution. Ainsi, en 1965, le chef de l'Union nationale Daniel Johnson affirme qu'il désire « en arriver à proclamer une constitution interne du Québec »⁸. Le programme de ce parti propose:

« 4. Comme prélude à un nouveau pacte entre deux nations égales et fraternelles convoquer une assemblée constituante mandatée par le peuple québécois pour:

British Columbia *Constitution Act* », (1984) 17 *Revue canadienne de science politique* 87. Il est intéressant de noter que la province d'Alberta a adopté le *Constitutional of Alberta Amendment Act*, 1990, Statutes of Alberta [S.A.], c. C-22.2, devenu Revised Statutes of Alberta [R.S.A.] 2000, c. C-24, mais qu'il n'existe pas de document présentant le texte d'une constitution formelle s'intitulant Constitution of Alberta. Sur les constitutions provinciales, voir aussi R. I. Cheffins et R. N. Tucker, « Constitutions », in D. J. Bellamy et al. (eds), *The Provincial Political Systems: Comparative Essays*, Toronto, Methuen, 1976, p. 257, Nelson Wiseman, « Clarifying Provincial Constitutions », (1996) 6 *National Journal of Constitutional Law* 269 et Frederick LeeMorton, « Provincial Constitutions in Canada », Paper presented at the Conference on "Federalism and Sub-National Constitutions: Design and Reform", Center for the Study of State Constitutions, Rockefeller Center, Bellagio, Italy, March 22-26, 2004, accessible à l'adresse <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/subpapers/morton.pdf>.

⁸ Cette déclaration est rapportée par Renaud Lapointe et est citée dans Alain G. Gagnon, « Égalité ou indépendance: un tournant dans la pensée constitutionnelle du Québec », dans Robert Comeau, Michel Lévesque et Yves Bélanger (dir.), *Johnson: rêve d'égalité et projet d'indépendance*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1991, p. 177.

a) réviser et compléter la constitution interne du Québec, en y incluant une formule d'amendement qui consacre la souveraineté du peuple québécois et son droit d'être consulté par voie de référendum sur toute matière qui met en cause la maîtrise de son destin [...] »⁹.

Se fondant sur le rapport du comité des affaires constitutionnelles soumis au congrès de la fédération libérale du Québec le 14 octobre 1967, le Parti libéral du Québec adopte quant à lui lors de son congrès de 1968 une résolution relative à la constitution du Québec. Cette résolution prévoit que:

« 8. Le Québec doit élaborer et adopter une constitution interne qui soit sa loi fondamentale et qui prévoie, notamment, une déclaration des droits de l'homme, y compris les droits économiques et sociaux;

9. Le comité parlementaire de la constitution doit être immédiatement convoqué pour entreprendre sans délai:

a) l'élaboration de la constitution interne du Québec [...] »¹⁰.

Le Comité de la constitution, que fait revivre le gouvernement de l'Union nationale en 1967¹¹, est d'ailleurs saisi de la question de la constitution interne du Québec. Ce comité, dont la dénomination sera modifiée pour Commission de la Constitution, se réunit à trois reprises en 1968 et 1969¹². Ses membres échangent des vues sur la question de la constitution interne du Québec¹³ et procèdent à l'audition du constitutionnaliste Jean-Charles Bonenfant¹⁴. À la même époque, le Québec modifiera sa « constitution provinciale » en

⁹ Cet extrait du programme de l'Union nationale est reproduit dans Mouvement souveraineté-association pour l'indépendance nationale, *Un parti à fonder pour un pays à bâtir - Une information systématique pour une participation authentique*, Documentation d'appui préparée par le Centre de recherche et de documentation - Congrès de fondation MSA-RIN, 11-14 octobre 1968, p. P-b-14.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, Première session, 28^e législature, mardi 21 février 1967, vol. 5, n^o 29, p. 1442.

¹² Le Comité de la constitution se réunit le 28 novembre 1968 (*Débats de l'Assemblée législative du Québec*, troisième session, 28^e législature, Comité de la constitution (1), 28 novembre 1968, p. 545-561) et le 4 décembre 1968 (*Débats de l'Assemblée législative du Québec*, troisième session, 28^e législature, Comité de la constitution (2), 4 décembre 1968, p. 563-579) et la Commission de la Constitution siège quant à elle le 14 août 1969 (*Débats de l'Assemblée législative du Québec*, quatrième session, 28^e législature, Commission de la Constitution (1), 14 août 1969, p. 3021-3055).

¹³ Voir, *inter alia*, les remarques des députés de l'Union nationale (Jean-Jacques Bertrand, Armand Maltais et Jean-Noël Tremblay) et du Parti libéral du Québec (Jean Lesage et Jérôme Choquette): *Ibid.*, p. 545, 555-556, 563-564, 570, 575-576 et 3048-3049.

¹⁴ Voir le témoignage de Jean-Charles Bonenfant lors de la séance de la Commission de la Constitution le 14 août 1969 et les vues de celui-ci sur la question de la rédaction et de l'approbation d'une constitution interne du Québec: *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, quatrième session, 28^e législature, Commission de la Constitution (1), 28 novembre 1968, p. 3047-3048.

abolissant le Conseil législatif¹⁵ et en transformant son assemblée législative en Assemblée nationale¹⁶. Ces premiers gestes ne seront toutefois suivis d'aucune action ayant une portée plus globale et les travaux de la Commission de la Constitution se termineront sans que l'idée de doter le Québec d'une constitution interne n'ait de suites.

La décennie des années soixante verra quant à elle la montée du mouvement indépendantiste et la tenue au sein de celui-ci de débats relatifs à l'adoption de la Constitution d'un Québec souverain. En optant pour l'indépendance du Québec, les États généraux du Canada français adopteront des résolutions décrivant le contenu d'une constitution écrite et énuméreront en outre les droits du citoyen qui devraient être protégés dans la constitution du Québec et dans les limites qu'impose le bien de la collectivité, tout en invitant les Québécois « à se donner une constitution écrite, à l'exemple de la majorité des peuples souverains »¹⁷.

Le débat sur la constitution du Québec suscitera d'ailleurs l'intérêt des partis politiques indépendantistes qui se multiplieront sur la scène politique québécoise et intégreront dans leur programme l'idée d'adopter une constitution pour le Québec. Ainsi, en ira-t-il pour l'Alliance laurentienne¹⁸, le Rassemblement pour l'indépendance nationale, le Ralliement national, le Parti socialiste du Québec et le Mouvement souveraineté-association¹⁹.

Une fusion des partis politiques indépendantistes s'opère en 1968 et le Parti Québécois naît de cette fusion. Dans le programme qu'il adopte lors de son I^{er} Congrès national le 14 octobre 1968, le Parti Québécois propose que la constitution du Québec soit élaborée « avec la participation populaire au niveau des comtés et ratifiée par les délégués du peuple réunis en assemblée

¹⁵ *Loi concernant le Conseil législatif*, Statuts du Québec, S.Q., 1968, c. 9, art. 2.

¹⁶ *Ibid.*, art. 1^{er}. Aujourd'hui, l'article 2 de la *Loi sur l'Assemblée nationale*, Lois refondues du Québec, L.R.Q., c. A-23.1 prévoit que l'Assemblée nationale forme, avec le lieutenant-gouverneur, le Parlement du Québec.

¹⁷ Voir les résolutions adoptées par l'atelier politique des États généraux en mars 1969 décrivant de façon détaillée les éléments devant être intégrés dans une constitution du Québec, affichées à l'adresse http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Constitution_quebecoise--La_constitution_de_lEtat_du_Quebec.

¹⁸ Voir le texte du projet de Constitution de la République de Laurentie, reproduite dans Raymond Barbeau, « La Constitution de la République de Laurentie », *Laurentie*, Janvier 1960, n° 107, p. 378-404.

¹⁹ Voir à ce sujet Daniel Turp, *Nous, peuple du Québec - Un projet de Constitution du Québec*, Québec, Éditions du Québécois, 2005, p. 32-36.

constituante »²⁰. S'agissant du contenu de cette constitution, le programme prévoit que:

« La constitution comprendra deux sortes de dispositions. Les dispositions du préambule définiront les principes qui devront guider la société et l'État québécois, mais elles n'auront pas force de loi. Les autres, de beaucoup les plus nombreuses, garantiront les droits individuels et collectifs des Québécois, délimiteront le territoire, définiront et structureront les institutions politiques et les organes étatiques et distribueront les compétences découlant de la souveraineté. Ces dispositions lieront de façon rigoureuse, sous la surveillance d'un organe juridictionnel, les autorités politiques, les tribunaux et les citoyens »²¹.

Les programmes du Parti Québécois contiendront, sans exception, un tel engagement, et ce, jusqu'à la prise du pouvoir le 15 novembre 1976²². Adopté lors du V^e Congrès national le 17 novembre 1974, le programme en vigueur au moment de cette prise de pouvoir contient deux engagements relatifs à une constitution du Québec. Ainsi, dans le chapitre consacré à l'accession à l'indépendance, on y reprend l'engagement de « [s]oumettre à la population une constitution nationale élaborée par les citoyens au niveau des comtés et adoptés par les délégués du peuple réunis en assemblée constituante »²³ et l'on précise de façon assez détaillée le contenu d'une telle constitution²⁴.

Une description du contenu d'un projet de constitution sera reprise dans le programme adopté par le Parti Québécois lors de son VII^e Congrès national les 1^{er}, 2 et 3 juin 1979²⁵. Dans son chapitre relatif à l'accession à l'indépendance, l'engagement relatif à la constitution du Québec est toutefois reformulé et ne comporte plus de référence au mode d'élaboration de la constitution et à la convocation d'une assemblée constituante. Un gouvernement du Parti Québécois s'engage dorénavant à « soumettre à la population une constitution assurant l'équilibre entre un gouvernement efficace et le respect des libertés démocratiques »²⁶.

Curieusement, ces engagements ne donnent pas lieu à des travaux significatifs sur le contenu d'une future constitution québécoise entre le 15 novembre 1976

²⁰ Parti Québécois, *Programme*, Édition 1969, p. 69.

²¹ *Ibid.* p. 69-70.

²² Parti Québécois, *Le programme - L'action politique- Les Statuts et règlements*, Montréal, Les Éditions du Parti Québécois, Édition 1971, p. 25.

²³ Parti Québécois, *Le programme - L'action politique- Les Statuts et règlements*, Montréal, Les Éditions du Parti Québécois, Édition 1975, p. 5.

²⁴ *Ibid.*, p. 6.

²⁵ Parti Québécois, *Programme officiel du Parti Québécois*, Édition 1980, p. 8-9.

²⁶ *Ibid.*, p. 4.

et la tenue du référendum le 20 mai 1980. Ainsi, même si certains éléments susceptibles d'être insérés dans une constitution du Québec sont évoqués dans le livre blanc sur la souveraineté-association déposé à l'Assemblée nationale par le gouvernement de René Lévesque le 1^{er} novembre 1979, ce document ne fait aucune mention du processus d'élaboration et d'adoption de la constitution d'un Québec souverain²⁷.

Après l'échec référendaire du 20 mai 1980, c'est la réforme de la Constitution du Canada qui occupe l'ordre du jour constitutionnel. Mais les négociations constitutionnelles auxquelles le gouvernement du Canada conviera le gouvernement du Québec se traduiront par un rapatriement unilatéral de la *Constitution du Canada* et à l'imposition au Québec de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 45 de cette *Loi constitutionnelle de 1982* réitérera par ailleurs, mais sous réserve de l'article 41²⁸, qu'une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province²⁹.

Pendant le deuxième mandat du gouvernement du Parti Québécois, les mots « constitution du Québec » font une première apparition dans la législation

²⁷ Gouvernement du Québec, *D'égal à égal - La nouvelle entente Québec-Canada - Proposition du Gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal: la souveraineté-association*, Québec, Éditeur officiel, 1979, p. 59-62.

²⁸ Ainsi, la compétence exclusive de modification de la Constitution de la province ne permet pas d'adopter des modifications qui concernent les matières visées à l'article 41. Celles-ci sont assujetties à la procédure spéciale de modification de la Constitution du Canada et à la règle voulant que les modifications portant sur ces matières doivent être autorisées par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province. L'article 41 se lit comme suit:

« 41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province:

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;
- b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;
- c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;
- d) la composition de la Cour suprême du Canada;
- e) la modification de la présente partie [Procédure de modification de la Constitution du Canada]. »

Voir à ce sujet Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Butterworths, 1996, p. 207-225.

²⁹ Le paragraphe 1 (4) de l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* abroge par ailleurs le paragraphe 92 § 1 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 45 de la loi de 1982 a ainsi pour effet de remplacer ainsi ce paragraphe.

québécoise³⁰. Adoptée en 1982, la nouvelle *Loi sur l'Assemblée nationale*³¹ prévoit que les députés de l'Assemblée nationale doivent, de façon à pouvoir siéger, prêter un serment formulé en ces termes:

« Je, [...], déclare sous serment que je serai loyal envers le peuple du Québec et que j'exercerai mes fonctions de député avec honnêteté et justice dans le respect de la *constitution du Québec* »³².

La notion de constitution du Québec à laquelle fait référence le serment n'est pas définie par ailleurs et il est intéressant de noter que la Commission d'accès à l'information du Québec se prononcera sur cette question en 2002. Ainsi, après avoir rappelé que le responsable de l'accès à l'information de l'Assemblée nationale avait affirmé que « la Constitution du Québec est une réalité juridique qui comporte notamment plusieurs sources de droit de natures législative, jurisprudentielle, coutumière et autres »³³, la Commission d'accès à l'information rend une décision dans laquelle elle affirme quant à elle:

« Compte tenu des textes des auteurs en droit constitutionnel, les documents à la source de la Constitution du Québec sont divers, font partie du droit public et ont fait l'objet de nombreuses études. Leur nombre et leur identification peuvent varier selon les auteurs. Il n'est pas de la compétence de l'organisme ni de son responsable de déterminer quels sont les documents qui forment la Constitution du Québec »³⁴.

En réalité, la constitution du Québec à laquelle réfère le serment est la constitution matérielle du Québec qui est composée de règles contenues dans les lois du Canada, notamment la *Loi constitutionnelle de 1867* qui comporte des articles sur la Constitution de la province de Québec, dans des lois dites « organiques » ou « fondamentales » du Québec³⁵, et en particulier la *Charte des droits et libertés de la personne*, des conventions constitutionnelles et des principes constitutionnels.

³⁰ Bien que cela semble un peu moins clair, une référence à une constitution du Québec pourrait être inférée de l'article 1^{er} de la *Loi sur la liberté des cultes*, L.R.Q., c. L-2 selon lequel « [l]a jouissance et le libre exercice du culte de toute profession religieuse, sans distinction ni préférence, mais de manière à ne pas servir d'excuse à la licence, ni à autoriser des pratiques incompatibles avec la paix et la sûreté du Québec, sont permis par la *constitution* et les lois du Québec à toutes les personnes qui y vivent » (*l'italique est de nous*).

³¹ L.Q. 1982, c. 69, devenue L.R.Q., c. A-23.1.

³² *Ibid.*, art. 15 et annexe 1 (*l'italique est de nous*).

³³ Voir *Fortin c. Assemblée nationale du Québec*, décision du 11 janvier 2002 (renvoi omis).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Pour une liste des lois dites « organiques » ou « fondamentales » du Québec, voir Luce Patenaude, *Compilation des lois québécoises de nature constitutionnelle*, Montréal, Institut de recherche en droit public, 1966.

Ce n'est que 15 années plus tard, et après le coup de force constitutionnel de 1982, que l'idée de doter le Québec d'une constitution « interne » refait surface. Ainsi, le député du Parti Québécois David Payne publie en mars 1984 un document relatif à la constitution du Québec³⁶. Quelques mois plus tard, le député Payne propose d'ailleurs à la Commission des institutions de prendre un mandat d'initiative sur la constitution du Québec. Ce projet de mandat d'initiative est examiné lors des séances de travail des 3 mai, 5 et 19 juin 1984, mais les députés de l'Opposition officielle formée par le Parti libéral du Québec s'y opposent³⁷.

En décembre 1984, le Premier ministre René Lévesque confie à Jacques-Yvan Morin, qui a démissionné quelques mois plus tôt de son poste de ministre des Affaires intergouvernementales et de député de Sauvé, le mandat d'entreprendre la rédaction d'un document destiné à préparer la discussion sur l'opportunité de doter le Québec d'une constitution formelle³⁸.

Le groupe de travail, aux travaux duquel participent également Jules Brière, David Payne, Jean-K. Samson, Jules-Pascal Venne et Guy Versailles, se réunit à huit reprises et prépare l'ébauche d'un projet de Constitution du Québec. Présenté par le professeur Morin au Premier ministre René Lévesque dans une lettre du 21 mai 1985, l'ébauche du projet de Constitution du Québec « donne un aperçu du genre de société que le gouvernement pourrait proposer aux Québécois [et se veut] un projet socio-économique et culturel

³⁶ Voir David Payne, *Pour une constitution du Québec*, 1^{er} projet, mars 1984. Voir aussi David Payne, « Que le Québec se donne une constitution! », *Le Devoir*, 28 février 1984, p. A-7 et 8. Le député Payne diffusera un deuxième projet de son document quelques mois plus tard: voir David Payne, *Pour une constitution du Québec*, 2^e projet, novembre 1984.

³⁷ Le projet de mandat d'initiative du député Payne est formulé en ces termes: « Qu'une sous-commission de la commission des institutions soit constituée en vue de rassembler en un seul texte les éléments essentiels de la constitution du Québec, notamment l'organisation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, les droits et libertés fondamentales de la personne et une procédure appropriée de modification. [...]. Voir Commission des institutions, *Procès-verbal*, séance du mardi 5 juin 1984, p. 2.

³⁸ Il est intéressant de noter que peu après sa démission, le professeur Jacques-Yvan Morin prononcera d'ailleurs une conférence sur le thème de la constitution du Québec et présentera notamment ses vues sur l'opportunité et le contenu possible d'une constitution interne du Québec. Cette conférence est prononcée le 20 octobre 1984 dans le cadre de la commémoration du 30^e anniversaire de fondation de la *Revue de droit de McGill* dont le professeur Morin est d'ailleurs l'un des premiers directeurs: voir Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *Revue de droit de McGill* 171.

[qui] peut non seulement être un instrument de progrès pour notre société, mais également un facteur d'identité »³⁹.

L'Avant-projet de *Constitution du Québec* du 21 mai 1985⁴⁰ comprend un préambule de six paragraphes dont le premier affirme que « [l]e peuple québécois, désireux de se bien gouverner et d'exprimer son identité nationale, en vertu de son droit de disposer de lui-même, adopte solennellement la présente Constitution du Québec ». L'avant-projet comporte par ailleurs cent articles, répartis en neuf titres. Le titre premier de l'avant-projet concerne la souveraineté du peuple et la suprématie de la constitution. L'article premier affirme que « [l]e Québec est un État démocratique, et la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie de consultations populaires » et que [l]es partis et groupements politiques se forment et exercent leur activité librement, conformément aux principes de la démocratie ». L'article déclare que « [l]a Constitution étant la loi fondamentale du Québec, les tribunaux invalident tout acte incompatible ». Les titres II (Les libertés, droits et devoirs de la personne), III (Droits linguistiques fondamentaux, droits des Autochtones et des communautés culturelles), IV (Droits politiques) et V (Droits judiciaires) constituent l'essentiel de l'avant-projet et comprennent 70 articles qui constitutionnalisent les normes contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Charte de la langue française* et enchâssent par ailleurs les nouveaux droits économiques et sociaux. L'avant-projet comporte un titre VI sur « Les institutions » qui codifie, pour l'essentiel, les règles et conventions constitutionnelles applicables au pouvoir législatif, au pouvoir exécutif ainsi qu'aux tribunaux et aux juges. Le titre VII est relatif aux accords internationaux et contient des règles générales sur la conclusion, le respect et la mise en œuvre par le Québec de ses engagements internationaux. Dans son titre VIII, l'avant-projet présente les règles de modification de la constitution et prévoit en outre que tout projet de modification constitutionnelle approuvé par l'Assemblée nationale doit être soumis aux électeurs par voie de référendum. La disposition finale du titre IX, et l'article 100 de l'avant-projet, prévoient que « [l]a présente Constitution est soumise aux électeurs par voie de référendum avant son entrée en vigueur »⁴¹.

³⁹ Voir la Lettre de Jacques-Yvan Morin à Monsieur René Lévesque, Premier ministre, Gouvernement du Québec, 21 mai 1985, qui est accessible à l'adresse www.danielturpqc.org, rubrique CONSTITUTION.QC.

⁴⁰ Voir *Ébauche d'un projet de Constitution du Québec* (21 mai 1985), accessible sur mon site électronique à l'adresse www.danielturpqc.org, rubrique CONSTITUTION.QC.

⁴¹ Voir *Ébauche d'un projet de Constitution du Québec* (21 mai 1985), accessible sur mon site électronique à l'adresse www.danielturpqc.org, rubrique CONSTITUTION.QC.

Cet avant-projet de Constitution du Québec du 21 mai 1985, dont j'ai révélé le contenu lors du Congrès canadien des affaires constitutionnelles le 18 janvier 2008⁴², n'a pas eu de suites⁴³. Il est intéressant de constater qu'à la même époque, le successeur de Jacques-Yvan Morin comme ministre aux Affaires intergouvernementales, Pierre Marc Johnson, rend public le *Projet d'Accord constitutionnel*⁴⁴ – qui propose plutôt des modifications à la *Constitution du Canada* –, qui est présenté au gouvernement du Canada le 17 mai 1985. Le ministre Johnson évoque toutefois la possibilité que le Québec se dote d'une constitution⁴⁵ et suggère, dans une allocution du 29 mai 1985, que « le Québec devrait posséder le pouvoir d'assujettir sa législation à la seule *Charte québécoise des droits et libertés*, si bien qu'il pourrait inscrire celle-ci dans la Constitution du Québec »⁴⁶.

2. Des travaux de la Commission Bélanger-Campeau au projet de *Loi sur l'avenir du Québec* (Projet de loi n° 1) (1985-1995)

Le retour du Parti libéral du Québec au pouvoir en 1985 donne lieu à la formulation de revendications relatives à la modification de la *Constitution du*

⁴² Daniel Turp, René Lévesque, *l'avant-projet de Constitution du Québec de Jacques-Yvan Morin du 21 mai 1985 et le projet de Constitution québécoise du 18 octobre 2007*, Notes pour une allocution dans le cadre du Congrès canadien des affaires constitutionnelles, Québec, 18 janvier 2008, accessible à l'adresse www.danielturpqc.org, rubrique CONSTITUTION.QC. Pour un résumé de cette communication, voir Daniel Turp, « Constitution québécoise: René Lévesque aussi... en 1985! », *Le Soleil/cyberpresse.ca*, 19 janvier 2008, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20080118/cpsoleil/80118163/6732/cpopinions>. Voir également à ce sujet Martin Pelchat, « Un secret bien gardé - Le premier vrai projet de Constitution québécoise à l'intérieur du Canada sort de l'oubli après 23 ans », *Le Soleil*, 17 janvier, p. 1 et 3 ainsi que le même article repris sous le titre, « La Constitution de René Lévesque revit », accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20080118/cpsoleil/80117255/6584/cpsoleil>. Voir aussi Antoine Robitaille, « Pas de réouverture de la Constitution avant 15 ou 20 ans - La déclaration d'un constitutionnaliste ne décourage pas Benoît Pelletier », *Le Devoir*, 18 janvier 2008, p. A-3 et Michel David, « La manière douce », *Le Devoir*, 19 janvier 2008, p. A-3.

⁴³ Il est intéressant de noter que l'ancien Premier ministre Bernard Landry a laissé entendre qu'il aurait donné des suites à ce projet si le Parti Québécois avait été reporté au pouvoir en 2003: Martin Pelchat, « Constitution québécoise: Landry voulait bouger en 2003 », *Le Soleil*, 19 janvier 2008, p. 6, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20080119/cpsoleil/80118278/6584/cpsoleil>.

⁴⁴ Gouvernement du Québec, *Projet d'accord constitutionnel: propositions du Gouvernement du Québec*, 1985, accessible à l'adresse <http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Partie3/Document20.pdf>.

⁴⁵ Jean-Louis Roy, Lise Bissonnette et Gilles Lesage, « Pierre Marc Johnson au Devoir », *Le Devoir*, 27 octobre 1984, p. A-11.

⁴⁶ Voir Gouvernement du Québec, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, p. 66 et note 291, accessible à l'adresse <http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Partie1/PierreMarcJohnson1985.pdf>.

Canada plutôt qu'à une initiative visant à doter le Québec de sa propre constitution. Les revendications du Québec sont enchâssées dans l'*Accord du lac Meech* du 30 avril 1987 et donnent lieu à la présentation d'un projet de *Modification constitutionnelle de 1987* qu'adopte l'Assemblée nationale du Québec. Ce projet devient toutefois caduc après trois années de débats très difficiles et par l'impossibilité d'obtenir le soutien de l'ensemble des provinces du Canada pour ce projet de modification constitutionnelle.

Au lendemain de la mort de l'Accord du lac Meech et au moment où le gouvernement du Parti libéral du Québec met la souveraineté à l'ordre du jour, le ministre Gil Rémillard évoque à son tour l'idée de doter le Québec de sa propre constitution⁴⁷. Des débats s'amorcent également sur la constitution d'un Québec souverain dans le cadre des travaux de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Commission Bélanger-Campeau) et donnent lieu à des témoignages nombreux portant sur l'importance de doter le Québec d'une véritable constitution⁴⁸. Dans son rapport, la Commission Bélanger-Campeau affirme d'ailleurs que « dès la prise d'effet du nouveau statut (d'État souverain), une constitution québécoise entrerait en vigueur pour fonder l'organisation politique et juridique du nouvel État »⁴⁹ et que « selon les circonstances il pourrait s'agir d'un document constitutionnel de transition ou d'une loi fondamentale dûment complétée »⁵⁰.

Les travaux les plus avancés sur la question de la constitution du Québec sont toutefois réalisés dans le cadre de la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté dont la mise sur pied est recommandée par la Commission Bélanger-Campeau et qui est instituée par la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*⁵¹. La Commission publie d'abord un document de travail sur la

⁴⁷ Gilles Normand, « [Gil] Rémillard propose une constitution pour le Québec - de plus en plus isolé, le député André Ouellet jette le discrédit sur la commission Bélanger-Campeau », *La Presse*, 1^{er} décembre 1990, p. F-1.

⁴⁸ Voir l'essai rédigé à cette époque par Jacques Dufresne, *Le courage et la lucidité: essai sur la constitution d'un Québec souverain*, Sillery, Septentrion, 1990. Voir également les contributions subséquentes par André Binette, « Pour une constitution du Québec », *Le Devoir*, 11 décembre 1992, p. B-8 et de Marc Chevrier, « Une constitution pour le peuple québécois », *L'Agora*, vol. 2, n^o 10, été 1995, p. 13.

⁴⁹ Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, *Rapport*, Québec, 2001, p. 60.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ L.Q. 1991, c. 34. Cette loi comporte d'ailleurs un préambule de 18 paragraphes très similaire à celui de la *Loi instituant la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, mais comporte un nouveau considérant faisant référence à « la volonté du Québec d'assurer l'égalité de compréhension de tous tant à l'égard des changements nécessaires pour rendre

question de la constitution à l'intention des personnes et groupes désireux de participer aux travaux de la Commission⁵². La Commission commande également des études au professeur Jacques-Yvan Morin⁵³ et à la professeure Nicole Duplé⁵⁴. Leurs travaux portent sur le contenu et le processus d'élaboration d'une constitution pour le Québec. Bien que cette Commission ne soit pas en mesure de mener ses travaux à terme, elle publie un projet de rapport et consacre un développement important au nouvel ordre constitutionnel d'un Québec souverain en abordant la question de la forme de la constitution, du régime constitutionnel provisoire et définitif et du contenu de la constitution⁵⁵.

Les travaux de cette Commission n'ont pas de portée immédiate puisque le gouvernement du Québec opte pour la voie du partenariat de nature constitutionnelle et soumet plutôt l'*Accord de Charlottetown*, qui comprend le projet de *Modification constitutionnelle de 1992*, à la consultation populaire. La victoire du camp du NON lors du référendum du 26 octobre 1992 aura pour effet de mettre un terme au cycle de négociations constitutionnelles entrepris en 1987.

Pendant ce temps, le Parti Québécois procède à une redéfinition de sa démarche d'accession du Québec à la souveraineté. Dans cette démarche, une place importante est réservée à la constitution d'un Québec souverain, comme le révèle le programme adopté lors du Congrès national extraordinaire des 25, 26 et 27 novembre 1988, dans lequel on peut lire que « la constitution du Québec, qui inclura une déclaration de souveraineté et constituera l'acte de

acceptable au Québec le système fédéral canadien qu'à l'égard d'une juste définition de la souveraineté et de ses implications politiques, économiques, sociales et culturelles » et qui ouvre la voie à une analyse plus approfondie de la place de la constitution dans un Québec souverain.

⁵² Commission des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *L'élaboration d'une constitution*, document n° 21, 12 décembre 1991.

⁵³ Jacques-Yvan Morin, « La Constitution d'un Québec souverain », dans Commission des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *Les attributs d'un Québec souverain: exposés et études*, volume 1, Québec, 1992, p. 597-607, reproduit également dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Demain le Québec: choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Montréal, Septentrion, 1994, p. 205-214.

⁵⁴ Nicole Duplé, « Une constitution pour fonder l'État du Québec », dans Commission des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *Les attributs d'un Québec souverain: exposés et études*, volume 1, Québec, 1992, p. 581-595.

⁵⁵ Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, *Projet de rapport*, 1992, p. 48-52.

naissance du Québec souverain, devra être adoptée par la majorité de la population »⁵⁶.

La démarche proposée dans le programme adopté lors du XII^e Congrès national en août 1993 est quelque peu différente de la démarche proposée dans le programme adopté en 1988. Les dispositions relatives à la constitution d'un Québec souverain se lisent ainsi:

« - Dès qu'il sera élu, un gouvernement issu du Parti Québécois:

[...]

c) fera adopter une loi instituant une commission constitutionnelle ayant le mandat de rédiger un projet de Constitution du Québec souverain.

- Dans les meilleurs délais, le gouvernement demandera à la population de se prononcer, par voie de référendum, sur la souveraineté du Québec et sur les dispositions d'ordre constitutionnel permettant au Québec d'exercer sa souveraineté »⁵⁷.

L'élection d'un gouvernement du Parti Québécois le 12 septembre 1994 a comme conséquence de réanimer le débat sur l'accession du Québec à la souveraineté et de susciter à nouveau une discussion sur la constitution d'un Québec souverain. En déposant l'avant-projet de *Loi sur la souveraineté du Québec*⁵⁸ le 6 décembre 1994, le gouvernement de Jacques Parizeau devient le premier gouvernement québécois à déposer un document de nature législative exprimant l'intention de doter le Québec d'une constitution. Ainsi, l'article 3 de cet avant-projet traite-t-il de la question de la constitution en ces termes:

« Nouvelle constitution

3. Le gouvernement doit, conformément aux modalités prescrites par l'Assemblée nationale, pourvoir à l'élaboration d'un projet de constitution pour le Québec et à son adoption. Cette constitution doit inclure une charte des droits et libertés de la personne. Elle doit garantir à la communauté anglophone la préservation de son identité et de ses institutions. Elle doit également reconnaître aux nations autochtones le droit de se gouverner sur des terres leur appartenant en propre. Cette garantie et cette reconnaissance s'exercent dans le respect de l'intégrité du territoire québécois. La constitution prévoira la décentralisation de pouvoirs

⁵⁶ Voir Parti Québécois, *Programme*, Édition 1990, Montréal, Parti Québécois, 1990, p. 7.

⁵⁷ Voir Parti Québécois, *Des idées pour mon pays - Programme du Parti Québécois*, Montréal, Parti Québécois, Édition 1994, p. 5. Le Conseil exécutif national du Parti Québécois publie également un document d'orientation qui comporte un développement sur la constitution du Québec: voir Parti Québécois, *Le Québec dans un monde nouveau*, Montréal, VLB éditeur, 1994, p. 65-68.

⁵⁸ Avant-projet de loi – *Loi sur la souveraineté du Québec*, (Dépôt), première session, 35^e législature, [1994] (Qué.).

spécifiques aux instances locales et régionales ainsi que des ressources fiscales et financières adéquates pour leur exercice »⁵⁹.

L'avant-projet de loi donne lieu à de multiples débats devant les commissions régionales, la Commission des jeunes, la Commission des aînés et la Commission nationale sur l'avenir du Québec et toutes les composantes de l'article 3 de l'avant-projet font l'objet de recommandations de la part des commissions. Si des suggestions utiles sont faites au sujet des droits et libertés, des droits de la communauté anglophone et des nations autochtones et de la décentralisation des pouvoirs, c'est la question de l'élaboration même de la constitution qui suscite les réactions les plus nombreuses. Celles-ci porteront principalement sur la démarche de rédaction et d'approbation de la future constitution d'un Québec souverain⁶⁰.

En faisant la synthèse des recommandations des diverses commissions régionales, la Commission nationale sur l'avenir du Québec recommande à cet égard que la rédaction de la constitution soit confiée à une assemblée constituante composée d'un nombre égal d'hommes et de femmes, sans qu'elle ne propose de modalités précises de désignation ou d'élection des membres d'une telle assemblée. En revanche, elle insiste, comme plusieurs commissions régionales, pour que le projet de constitution soit soumis à la population par voie de référendum⁶¹.

Dans un document que « Le camp du changement » rend public après les travaux des Commissions sur l'avenir du Québec, il est également question d'« [u]ne constitution qu'on écrira nous-mêmes » et on y lit:

« Si on vote Oui au changement, pour réaliser la souveraineté et offrir le partenariat, on va enfin fonder notre société sur des bases démocratiques solides.

D'abord, le geste fondateur du Québec aura été incarné dans un vote: le référendum de cet automne. Puis la future constitution du Québec sera le fruit d'une vaste consultation populaire, comme l'ont recommandé les Commissions sur l'avenir du Québec.

Dans un premier temps, après un Oui, le Québec va conserver ses institutions québécoises politiques actuelles. Elles ont bien servi les Québécois depuis longtemps. Il sera possible, ensuite, de les améliorer selon les vœux qui seront exprimés par les citoyens.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁰ Pour un commentaire sur l'avant-projet de *Loi sur la souveraineté* et un résumé des propositions formulées pendant les travaux des commissions, voir Daniel Turp, *L'Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1995, *passim*.

⁶¹ Commission nationale sur l'avenir du Québec, *Rapport*, Québec, 1996, p. 18, 79-82.

Au cours de l'hiver dernier, beaucoup de Québécoises et de Québécois de tous âges ont parlé de la nécessité de mieux affirmer, en plus des droits, les obligations des citoyens. D'autres ont réclamé un meilleur équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs, auxquels la Constitution canadienne fait bien peu de place. La discussion sur notre nouvelle constitution nous permettra de fixer nos orientations en ce sens. Quel rôle doit-on donner aux régions par rapport au gouvernement national? Comment inscrire le développement durable comme principe de gouvernement? Jusqu'où doit s'étendre le pouvoir qu'ont les juges, plutôt que les élus, sur les débats de société? La majorité de nos voisins canadiens pensent qu'il faut surtout donner le dernier mot aux juges. La majorité des Québécois pensent qu'il faut surtout donner le dernier mot aux élus.

Ces questions feront l'objet d'une vaste consultation populaire, qui pourrait prendre plusieurs formes, mais qui devra satisfaire le besoin exprimé par les citoyens, de Montréal, de Québec et des régions, d'être partie prenante à la définition de leur constitution. La loi fondamentale du Québec sera issue du peuple québécois, elle ne nous sera pas imposée par nos voisins sans nous consulter »⁶².

Dans son projet de *Loi sur l'avenir du Québec*⁶³, déposé le 7 septembre 1995, le gouvernement du Québec tient compte de ces diverses recommandations et présente les modes d'élaboration de la nouvelle constitution du Québec. L'article 6 de ce projet de loi n° 1 se lit ainsi:

« 6. Un projet de nouvelle constitution sera élaboré par une commission constituante établie conformément aux prescriptions de l'Assemblée nationale. Cette commission, composée d'un nombre égal d'hommes et de femmes, sera formée d'une majorité de non-parlementaires et comprendra des Québécois d'origines et de milieux divers.

Les travaux de cette commission doivent être organisés de manière à favoriser la plus grande participation possible des citoyens dans toutes les régions du Québec, y compris, au besoin, par la création de sous-commissions régionales.

Le projet de la commission est déposé à l'Assemblée nationale qui en approuve la teneur définitive. Ce projet est ensuite soumis à la consultation populaire et devient, après son approbation, la loi fondamentale du Québec. »

Le *Projet de loi n° 1* propose par ailleurs que le Québec se dote d'une constitution transitoire après la déclaration de souveraineté et l'article 24 du projet est ainsi libellé:

« 24. Le Parlement du Québec peut adopter le texte d'une constitution transitoire qui sera en vigueur à compter de la date de l'accession à la

⁶² Le camp du changement, *Le cœur à l'ouvrage – Bâtir une nouvelle société québécoise*, 1995, p. 72-73.

⁶³ Projet de loi n° 1, *Loi sur l'avenir du Québec* (Présentation), première session, 35^e législature, [1995] (Qué.). [ci-après dénommé *Projet de loi n° 1*].

souveraineté jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution du Québec. Cette constitution transitoire doit assurer la continuité des institutions démocratiques du Québec et des droits constitutionnels qui sont en vigueur à la date de l'accession à la souveraineté, notamment ceux qui concernent les droits et les libertés de la personne, la communauté anglophone, l'accès aux écoles de langue anglaise et les nations autochtones.

Jusqu'à ce que cette constitution transitoire entre en vigueur, les lois, règles et conventions qui régissent la constitution interne du Québec restent en vigueur »⁶⁴.

Cette proposition de doter le Québec d'une constitution transitoire et d'initier les démarches visant à doter le Québec d'une nouvelle constitution ne peut avoir de suite en raison de la défaite du camp du OUI lors de la consultation populaire du 30 octobre 1995. Mais, comme on le constate, la démarche d'accession à la souveraineté a fait avancer la réflexion sur l'éventuel contenu d'une constitution du Québec ainsi que sur les modes d'élaboration et d'adoption d'une telle constitution.

3. De la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* (Projet de loi n° 99) au rapport du Bloc Québécois *Pour une Constitution en partage* (1996-2001)

Après le référendum du 30 octobre 1995, quelques personnes plaident en faveur de l'élaboration d'une constitution du Québec, notamment Jacques Parizeau qui évoque en 1998 l'idée de donner un rôle à la constitution du Québec dans le processus d'accession du Québec à la souveraineté⁶⁵.

Le débat sur une constitution du Québec ne reprend vraiment que lorsque le gouvernement du Québec cherche à donner la réplique au projet de *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le renvoi sur la sécession du Québec*⁶⁶. Déposé à la Chambre des communes du Canada le 10 décembre 1999, le projet de *Loi sur la clarté* s'inscrit dans le cadre d'un plan B élaboré par le gouvernement du Parti libéral du Canada au lendemain du référendum de 1995 pour endiguer la progression du mouvement souverainiste au Québec⁶⁷.

⁶⁴ *Projet de loi n° 1*, art. 24.

⁶⁵ Voir Éric Trottier, « Parizeau propose de commencer la rédaction de la future constitution du pays du Québec », *La Presse*, 24 mai 1998, p. A-6 et PC, « Rédigeons la Constitution du Québec maintenant, dit Jacques Parizeau », *Le Droit*, 25 mai 1998, p. 16.

⁶⁶ L.C., 2000, c. 26, devenue L.R. 1985, c. C-31.8 [ci-après dénommée la *Loi sur la clarté*].

⁶⁷ Sur la dimension juridique de ce plan B, voir Daniel Turp, *La nation bâillonnée: le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, Montréal, VLB éditeur, 2000.

Ce plan B a une dimension juridique dont l'une des premières expressions est la formulation d'une demande d'avis à la Cour suprême du Canada sur la légalité d'une éventuelle « sécession » du Québec. L'avis de la Cour suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶⁸ cause toutefois une énorme surprise au gouvernement du Canada puisqu'il affirme que le Canada a « l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations »⁶⁹ et que le Québec a le « droit de chercher à réaliser la sécession »⁷⁰.

L'adoption d'une telle *Loi sur la clarté* vise à neutraliser l'effet de cet avis et à conférer au Parlement du Canada le pouvoir de déterminer si une question formulée par l'Assemblée nationale du Québec est claire et si la majorité exprimée dans le cadre d'une consultation populaire est claire. En l'absence d'une telle clarté, la loi instruit le gouvernement du Canada de n'engager aucune négociation sur les conditions auxquelles le Québec pourrait cesser de faire partie du Canada⁷¹.

Le gouvernement du Québec réplique à la *Loi sur la clarté* par la présentation d'un projet de *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*⁷². Déposé cinq jours après le projet de *Loi sur la clarté*, soit le 15 décembre 1999, le projet de loi n° 99 a pour objet d'affirmer que le peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement son régime politique et le statut juridique du Québec et de déterminer seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de ce droit. Le projet de loi établit en outre qu'aucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire

⁶⁸ *Renvoi relatif au droit de sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 [ci-après dénommé le *Renvoi*]. Pour une analyse de ce *Renvoi*, voir Daniel Turp, « Le droit de choisir: Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même », dans Daniel Turp, *Le droit de choisir: Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même / The Right to Choose: Essays of Québec's Right to Self-Determination*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 767-800. Voir aussi José Woehrling, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) 37 *Revue française de droit constitutionnel* 3.

⁶⁹ *Renvoi*, § 58.

⁷⁰ *Renvoi*, § 88.

⁷¹ Sur la constitutionnalité de cette loi, voir les vues divergentes de Henri Brun, « Le *Clarity Act* est inconstitutionnel - Le gouvernement du Québec devrait contester par renvoi la constitutionnalité de la loi », *Le Devoir*, 23 février 2000, p. A-7 et de Peter Hogg, « La loi "sur la clarté" est conforme au droit constitutionnel - La sécession étant un geste irréversible, la majorité simple ne suffit pas; le gouvernement fédéral pourrait juger de la solidité d'un OUI après le vote », *Le Devoir*, 25 février 2000, p. A-7. J'ai exprimé mes propres vues sur cette question et conclu à l'inconstitutionnalité de la *Loi sur la clarté*: voir *supra* note 62, p. 793-795.

⁷² L.Q. 2000, c. 46, devenue L.R.Q., c. E-20.2 [ci-après dénommée la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec*].

les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir.

Une lecture de la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* permet de constater qu'elle n'est ni plus ni moins que l'esquisse d'un texte d'une constitution du Québec. Inspirés par la *Loi instituant la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* et la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir du Québec*, les considérants de la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* sont formulés comme ceux que l'on retrouve dans le préambule d'une constitution, d'autant que le deuxième considérant de celle-ci réfère au fait que « l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres ».

La structure même de la loi évoque celle d'une véritable constitution. Ces dispositions sont regroupées en chapitres intitulés respectivement « Du peuple québécois », « De l'État du Québec », « Du territoire québécois » et « Des nations autochtones du Québec ». La loi contient une affirmation du droit du Québec de disposer de lui-même et de choisir librement son régime politique et son statut juridique. Elle comporte des dispositions de nature institutionnelle et électorale et proclame que le Québec est souverain dans les domaines de compétence qui sont les siens dans le cadre des lois et des conventions de nature constitutionnelle. Elle comporte des dispositions relatives aux compétences internationales du Québec et enchâsse la doctrine Gérin-Lajoie. Elle consolide le statut de la langue française en proclamant à nouveau son statut de langue officielle, tout en rappelant l'esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des droits consacrés de la communauté québécoise d'expression anglaise. La loi consacre le principe d'intégrité territoriale et reconnaît à l'État du Québec la compétence d'aménager, développer et administrer ce territoire et d'en confier également l'administration à des entités locales et régionales. Les droits des nations autochtones y sont également enchâssés dans une terminologie empruntée à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* n'a toutefois pas de caractère constitutionnel ou quasi constitutionnel. Elle n'est pas assujettie à une procédure spéciale de modification, ni ne prévoit que ses dispositions ont primauté sur d'autres dispositions législatives. Mais, en affirmant qu'« [a]ucun autre Parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni

contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir », l'article 13 de cette loi semble vouloir priver d'effet des actes du Parlement ou du gouvernement du Canada et imposer ainsi une préséance de l'ordre juridique québécois sur l'ordre juridique fédéral. La *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* est dans ce sens sur une voie de collision avec la *Loi sur la clarté*⁷³. Alors que cette dernière définit implicitement les modalités de l'exercice du droit du Québec de choisir son régime politique et son statut juridique, la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* affirme que ces modalités sont du seul ressort du Québec.

Pendant les travaux de la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, plusieurs intervenants constatent l'allure constitutionnelle de ce texte et plaident pour que la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* soit transformée en véritable constitution du Québec⁷⁴.

Le journaliste Michel Venne initie également dans les pages du journal *Le Devoir* un débat sur la constitution du Québec⁷⁵ et plusieurs articles sont publiés sur ce thème au printemps 2000⁷⁶. Mais le gouvernement du Québec présente une nouvelle version du projet de loi n° 99 le 19 avril 2000 sans aller jusqu'au bout de la logique constitutionnelle que comporte pourtant son projet de loi destiné à consacrer les droits fondamentaux et les prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec. L'adoption de la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* le 7 décembre 2000 et son entrée en vigueur le 28 février 2001 passeront d'ailleurs plutôt inaperçues en dépit du fait qu'il s'agira sans doute de la plus « fondamentale » des lois québécoises.

⁷³ Voir à ce sujet l'analyse que j'ai faite sur les liens entre le *Renvoi*, la *Loi sur la clarté* et la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec*, *supra* note 62, p. 786-799.

⁷⁴ Voir Daniel Turp, *La nation bâillonnée*, *supra* note 61, p. 155-156 et voir aussi Daniel Turp, « Révolution tranquille et évolution constitutionnelle: d'échecs et d'hésitations », dans Yves Bélanger, Robert Comeau et Céline Métivier (dir.), *La révolution tranquille 40 ans plus tard: un bilan*, Montréal, VLB éditeur, 2000, p. 63-70.

⁷⁵ Voir Michel Venne, « Une constitution du Québec? », *Le Devoir*, 3 avril 2000, p. A-7.

⁷⁶ Voir Denis Monière, Pierre De Bellefeuille, Claude-G. Charron et Gordon Lefebvre, « Assurer l'avenir politique du Québec - Il faut convoquer une assemblée constituante », *Le Devoir*, 3 avril 2000, p. A-7; Marc Chevrier, « Au pays des vieux conservateurs - Ou pourquoi le Québec n'a pas de constitution », *Le Devoir*, 10 avril 2000, p. A-7; Daniel Turp, « Une Constitution contre son gré ou une Constitution de son choix? », *Le Devoir*, 17 avril 2000, p. A-7; Jacques-Yvan Morin, « Une Constitution dans un Québec souverain ou autonome », *Le Devoir*, 25 avril 2000, p. A-7; Marc Brière, « L'acte fondateur de la nation - L'établissement d'un nouveau contrat social s'impose », *Le Devoir*, 25 avril 2000, p. A-7. Voir également les vues exprimées à la même époque par Josée LEGAULT, « Quebec needs its own constitution », *The Gazette*, 8 avril 2000, p. B-8.

À la même époque, j'initie une démarche au sein du Bloc Québécois pour étudier l'idée de doter le Québec de sa propre constitution. En ma qualité de député responsable et rapporteur du Comité pour une réflexion et une action stratégique sur la Constitution du Québec institué par le Bloc Québécois lors de son congrès du 30 janvier 2000 et dont les travaux se sont inscrits dans le cadre du Chantier sur la démocratie, j'ai déposé au Conseil général du Bloc Québécois le 8 juin 2001 un rapport sous le titre *Pour une Constitution en partage*⁷⁷ dans lequel il sera notamment proposé que :

« Les membres du Comité sont d'avis que le Québec devrait mettre en branle dans les meilleurs délais un processus visant à doter celui-ci d'une véritable loi fondamentale. Un tel processus devrait engendrer un débat démocratique dont il ne faut pas penser qu'il ne fera que diviser le Québec, mais qui pourrait, tout au contraire, permettre au Québec de faire émerger des consensus importants sur les orientations générales et le contenu d'une future Constitution du Québec. Ce débat devrait aussi faire en sorte que les Québécoises et les Québécois aient enfin une Constitution en partage »⁷⁸.

4. De la Commission des États généraux de la langue française au Rendez-vous du Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec (2001-2006)

Après avoir reconnu que le Québec a la capacité juridique de se doter d'une constitution et avoir constaté qu'un certain nombre d'intervenants recommandent d'emprunter une telle avenue au cours des audiences régionales et nationales de la Commission⁷⁹, la Commission des États généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec propose l'élévation des droits linguistiques au rang de véritables droits constitutionnels. Les recommandations 12 et 13 de la Commission proposent de conférer un caractère constitutionnel à certaines normes de la *Charte de la langue française* et de le faire en ces termes :

« 12. Que soit accordé un caractère constitutionnel aux normes juridiques suivantes :

Le français est la langue officielle du Québec. À ce titre, elle est la langue de l'Administration et la langue d'enseignement du réseau commun d'éducation. De plus, tous les écrits et actes juridiques officiels doivent exister dans cette langue.

⁷⁷ Bloc québécois, *Pour une constitution en partage*, Rapport du Comité pour une action et une réflexion stratégique sur la Constitution du Québec, 2001. Le texte intégral de ce rapport est accessible à l'adresse http://www.danielturp.org/constitution-quebec/documents/PQ_constitution.htm.

⁷⁸ *Ibid.*, § 75.

⁷⁹ Commission des États généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec, *Le français, une langue pour tout le monde - Une nouvelle approche stratégique et citoyenne*, Québec, 2001, p. 12.

Le français est, au Québec, la langue commune de la vie et de l'espace publics. À ce titre, elle doit être la langue normale et habituelle dans les domaines de la vie et de l'espace publics, notamment les milieux de travail, le commerce et les affaires, les activités des personnes morales.

L'anglais, l'inuktitut et les langues autochtones ont aussi chacune leur place dans la vie et l'espace publics, en harmonie avec la langue officielle et commune.

Ces dispositions s'interprètent de manière à garantir la prééminence de la langue officielle et commune, le français.

13. Que bénéficient d'une protection constitutionnelle les dispositions de la *Charte de la langue française* relatives à l'accès à l'école de langue anglaise et à l'emploi des langues amérindiennes ou de l'inuktitut comme langues d'enseignement aux Amérindiens et aux Inuits »⁸⁰.

L'adoption d'une constitution québécoise continuera par ailleurs de susciter la réflexion des partis politiques du Québec. Si le Parti libéral du Québec s'abstient de proposer formellement l'adoption d'une telle constitution dans le rapport d'un Comité constitutionnel rendu public en 2001 par le député Benoît Pelletier, il évoque l'idée de procéder à « une mise à jour ou à une consolidation des principes tirés ou inspirés de certains documents constitutionnels, législatifs et jurisprudentiels jugés fondamentaux pour la société québécoise »⁸¹. L'Action démocratique du Québec propose la même année de faire adopter une *Charte du Québec* visant à définir non seulement « nos objectifs et nos valeurs communes mais également les droits et responsabilités des citoyens »⁸². Cette *Charte du Québec* se transforme en *Constitution du Québec* dans la nouvelle position constitutionnelle de l'Action démocratique rendue publique quant à elle en octobre 2004⁸³.

Après avoir écrit que « [l]'élaboration et l'adoption d'une telle constitution par le peuple québécois serait un exercice civique et démocratique d'une grande valeur pédagogique, tant pour les Québécois d'aujourd'hui que pour les

⁸⁰ *Ibid.*, p. 229-230. Voir aussi les développements du deuxième chapitre intitulé « Conférer un caractère constitutionnel aux principes fondateurs de la politique linguistique », p. 23 à 31 du rapport.

⁸¹ Parti libéral du Québec, *Un projet pour le Québec: affirmation, autonomie et leadership*, Montréal, Parti libéral du Québec, octobre 2001, p. 120.

⁸² Action démocratique du Québec, *Faire enfin gagner le Québec: rapport du Comité constitutionnel*, Québec, Action démocratique du Québec, 1^{er} mars 2001, p. 21-32. Un document intitulé *La Constitution du Québec (projet) ou Loi fondamentale des Québécoises et des Québécois*, juin 2001 semble également avoir été préparé pour l'Action démocratique du Québec.

⁸³ Action démocratique du Québec, *L'ADQ: la voie autonomiste*, Québec, octobre 2004, p. 14-17.

générations à venir »⁸⁴, Marc Brière fonde le Mouvement pour une nouvelle Constitution québécoise (MONOCOQ) qui tient une assemblée de fondation le 3 mars 2002 et une assemblée publique le 21 avril 2002⁸⁵. Ce mouvement présentera notamment un mémoire dans le cadre des consultations des États généraux sur la réforme des institutions démocratiques⁸⁶.

Au lendemain de sa défaite électorale aux mains du Parti libéral du Québec, le Parti Québécois entamera une nouvelle réflexion sur le processus d'accession à la souveraineté. Dans le cadre d'une Saison des idées et du travail des chantiers de modernisation, le Parti Québécois s'interroge sur la place d'une constitution du Québec dans ce processus. Tenant compte des vues exprimées sur cette question par Robert Laplante⁸⁷, Jacques Parizeau⁸⁸ et moi-même⁸⁹, le chantier Pays formule une proposition dans laquelle une place déterminante est réservée à l'idée d'élaborer et d'adopter une Constitution du Québec dans le cadre d'un tel processus⁹⁰. S'inspirant de ce rapport, le Conseil exécutif national du Parti Québécois formulera quant à lui une proposition d'amendement global au programme. Cette proposition prendra la forme d'un *Projet de pays* comportant un projet de *Programme de pays* suggérant en outre que soit adoptée une constitution du Québec⁹¹. Le *Programme de pays* adopté lors du XV^e Congrès national du Parti Québécois le 5 juin 2005 prévoit en outre que seront rédigés « un projet de Constitution initiale du Québec, prenant appui sur la loi n^o 99, Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et

⁸⁴ Voir Marc Brière, « Lettre à mes concitoyens - Mais qu'attendons-nous? - Le temps est venu que les Québécois se donnent une constitution moderne, rédigée en termes accessibles et qui soit, pour tous, une source d'inspiration et de fierté », accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/archives/ds-constitution/briere-2.html>.

⁸⁵ Des informations sur le MONOCOQ sont accessibles à l'adresse <http://monocoq.quebec.com/>. Le MONOCOQ a récemment été dissous au profit du Mouvement Démocratie et Citoyenneté <http://www.democratiesouverainete.qc.ca/>.

⁸⁶ Le mémoire est accessible à l'adresse <http://monocoq.quebec.com/>, rubrique MÉMOIRES.

⁸⁷ Voir Robert Laplante, « Revoir le cadre stratégique », *L'Action nationale*, vol. XCIV, n^o 1, janvier 2004, p. 94 et ss.

⁸⁸ Jacques Parizeau, « Un changement de stratégie au PQ? C'est l'élection qui donnerait au Parti Québécois le mandat de réaliser la souveraineté. Décision en juin 2005 », *La Presse*, 16 août 2004, p. A-10 et 11.

⁸⁹ Voir Daniel Turp, « Le débat sur les modes d'accession du Québec à la souveraineté - L'incontournable référendum - L'adoption d'un projet de constitution du Québec doit compter parmi les gestes qu'un gouvernement du Parti Québécois devra faire au lendemain de sa prise du pouvoir », *Le Devoir*, 27 août 2004, p. A-7.

⁹⁰ Parti Québécois, *Se mobiliser pour le Pays - Rapport du chantier Pays*, Montréal, Service des communications, août 2004, p. 12, recommandation 2.2.

⁹¹ Parti Québécois, *Un projet de pays* (Déclaration de principes - Programme de pays) - Proposition d'amendement global au programme du Conseil exécutif national, dans Parti Québécois - Commission permanente du programme, *Cahier d'amendements au programme en vue des congrès des circonscriptions*, Conseil national, 16 et 17 octobre 2004, p. 8-9.

des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, et des projets de lois fondamentales, notamment des lois sur la citoyenneté nationale, la Présidence du Québec et Tribunal suprême du Québec ainsi que sur les symboles nationaux »⁹².

Pour donner suite au *Programme de pays*, la Commission politique du Parti Québécois institue le 8 juillet 2006 le Groupe de travail sur la Constitution initiale et les lois fondamentales du Québec. Le mandat conféré à ce groupe est de préparer un projet de *Constitution initiale du Québec* ainsi que des projets de lois fondamentales, notamment des lois sur la citoyenneté nationale, la Présidence du Québec et Tribunal suprême du Québec ainsi que sur les symboles nationaux et de formuler des recommandations sur les modalités de consultation relatives à ces projets de lois, sur la désignation des commissions parlementaires qui en feront l'examen et sur l'échéancier de consultation et d'adoption de ces projets de lois. Après avoir présenté les enjeux débattus par les membres du groupe de travail à l'occasion d'une allocution devant les membres de la cellule étudiante du Parti Québécois de l'Université Laval⁹³, je remets un rapport intérimaire au chef du Parti Québécois André Boisclair lors du caucus de l'aile parlementaire du 1^{er} février 2007 et le rapport final lui est présenté le 20 février 2007. Le rapport final contient des développements relatifs à l'institution d'un nouvel ordre constitutionnel québécois et présente le contenu d'un projet de *Constitution initiale du Québec* et de trois autres projets de lois fondamentales du Québec⁹⁴.

L'Union des forces progressistes (UFP) propose quant à elle que le Québec « organise l'élection d'une assemblée constituante chargée de rédiger et de proposer au peuple, par référendum, une Constitution pour un Québec progressiste, républicain et démocratique »⁹⁵. Québec solidaire, le parti qui succède à l'Union des forces progressistes, reprend la proposition de l'UFP

⁹² Parti Québécois, *Un projet de pays* (Déclaration de principes, Programme de pays, Statuts), Montréal, Parti Québec, 2005, p. 14-15.

⁹³ Daniel Turp, *Un projet de pays, un projet de constitution*, Notes pour une allocution devant la cellule étudiante du Parti Québécois de l'Université Laval, 24 janvier 2007, accessible à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc.

⁹⁴ Pour des informations relatives au mandat et au déroulement des travaux de ce groupe, voir www.danielturp.org/constitution.qc.

⁹⁵ Union des forces progressistes, *Plate-forme provisoire de l'Union des forces progressistes*, 15-16 juin 2002, p. 1. Le mouvement politique Option citoyenne, qui s'est engagé sur la voie d'une fusion avec l'Union des forces progressistes en décembre 2004, a tenu quant à lui une rencontre nationale les 12, 13 et 14 novembre 2004. L'idée d'une constitution du Québec ne fait pas l'objet d'un examen à cette occasion, mais il y est question du « processus à proposer à la population québécoise pour décider de son avenir constitutionnel »: voir *Option citoyenne, Pour un Québec du bien commun et souverain*, p. 4.

relative à l'élection d'une assemblée constituante et l'adoption d'une constitution lors de son Congrès d'orientation en novembre 2006 et propose notamment que:

« Québec solidaire visera à réaliser la souveraineté, en organisant l'élection au suffrage universel d'une assemblée constituante qui reflètera la pluralité des tendances politiques présentes au sein de la population québécoise, la parité femmes-hommes, une représentation équitable des régions et des citoyens et citoyennes de la diversité culturelle du Québec. Cette constituante aura deux mandats:

a) d'abord, organiser un processus de démocratie participative pour consulter la population du Québec sur son avenir politique et constitutionnel de même que sur les valeurs et les institutions politiques qui y sont associées;

b) en fonction des résultats de cette démarche, qui devront être connus de la population et dont l'assemblée constituante aura l'obligation de tenir compte, proposer aux Québécois et Québécoises les changements désirés aux institutions politiques et les valeurs qui fondent le « vivre ensemble » québécois - ce qui doit apparaître dans une constitution - de même que l'avenir constitutionnel du Québec. Les propositions de l'assemblée constituante seront soumises à la population québécoise par voie de référendum. Celui-ci comprendra deux questions distinctes: l'une portant sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, l'autre, sur une constitution québécoise »⁹⁶.

Les partis politiques ne sont toutefois pas les seuls à faire la promotion de l'adoption d'une constitution québécoise. Voulant donner suite aux recommandations des États généraux sur la réforme des institutions démocratiques à l'occasion desquels 82 % des participants appuient l'idée de doter le Québec de sa propre constitution⁹⁷, des interventions favorables à l'adoption d'une constitution du Québec ont émané de personnes aussi diverses que les universitaires Guy Laforest⁹⁸, François Rocher et Michelle Labelle⁹⁹ et Denis Monière¹⁰⁰, des représentants de la communauté

⁹⁶ Voir « Le Congrès d'orientation de Québec solidaire des 24, 25 et 26 novembre 2006: 25 engagements concrets et réalisables », Québec solidaire, *Bulletin d'information*, Mercier, volume 1, numéro 1, décembre 2006, p. 10.

⁹⁷ Secrétariat à la réforme des institutions démocratiques, *Les résultats du scrutin des États généraux*, Québec, Secrétariat à la réforme des institutions démocratiques, affichés à l'adresse <http://www.institutions-democratiques.gouv.qc.ca/archives/archives.htm>.

⁹⁸ Guy Laforest, *Pour la liberté d'une société distincte - Parcours d'un intellectuel engagé*, Québec, P.U.L., 2004, p. 351.

⁹⁹ Voir François Rocher et Micheline Labelle, « De la légitimité d'une loi fondamentale québécoise - la citoyenneté et l'unité canadienne », *Le Devoir*, 20 juin 2001. Voir aussi François Rocher, « Une nouvelle constitution pour le Québec? », dans Roch Côté et Michel Venne (dir.), *L'Annuaire du Québec 2003*, Montréal, Fides, 2002, p. 485-488. Voir.

¹⁰⁰ Voir Denis Monière, « Le besoin d'une constitution québécoise », *L'Action nationale*, volume 95, n° 2, février 2005.

anglophone du Québec¹⁰¹ et d'un stagiaire de la Fondation Jean-Charles-Bonenfant¹⁰².

Le Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec adopte le 27 septembre 2004 une résolution prônant la tenue d'une assemblée citoyenne en juin 2006 et l'adoption d'une constitution pour les Québécoises et les Québécois¹⁰³. Cette assemblée citoyenne devient le Rendez-vous 2006 organisé sous l'égide du Conseil régional de ce mouvement et se tient les 17 et 18 juin 2006 à Québec¹⁰⁴. Au terme de ce rendez-vous, les participants adoptent des *Éléments essentiels pour une Constitution pour le Québec d'aujourd'hui* qui se présentent sous la forme d'un texte constitutionnel, en 29 articles, dont la première partie concerne les valeurs fondamentales et les dispositions spéciales, la souveraineté populaire et la représentation populaire; la deuxième partie présente le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire et le pouvoir territorial¹⁰⁵.

¹⁰¹ Dès 1996, Richard Smith évoque l'idée d'une « provincial constitution » pour le Québec dans Richard Smith, « Sovereignists should be pressed to define distinctiveness », Ottawa Citizen, 26 juin 1996, et reprend cette idée, avec d'autres leaders de la communauté anglophone huit ans plus tard dans Guiana Dander, Richard Smith et Deepak Awaits, « Anglos should welcome Quebec constitution », The Suburban.com, October 6, 2004, vol. 43, no 35, accessible à l'adresse

<http://www.thesuburban.com/content.jsp?sid=21350189942602711094990693812&ctid=100004&cnid=1000892>. Plus récemment et en donnant son appui au projet de constitution du Québec dont je faisais la promotion au printemps 2007, Richard Smith a écrit: « Nous devrions considérer une constitution du Québec pour ce qu'elle est: une deuxième chance de développer une identité commune dans laquelle les anglophones du Québec vont se reconnaître »: voir Richard Smith, « Constitution du Québec: une bonne idée pour les anglophones du Québec », Le Devoir, 21-22 juillet 2007, p. B- 5. Voir aussi Richard Smith, « Quebec Constitution - Anglos should talk », The Suburban, August 8, 2007, accessible à l'adresse <http://www.thesuburban.com/content.jsp?sid=41435418613486838081380454987&ctid=100000&cnid=1012337>.

¹⁰² Voir Pierre-Marc Daigneault, *Une constitution formelle pour le Québec: mais qu'attendons-nous?*, Mémoire présenté à la Fondation Jean-Charles-Bonenfant, Québec, 21 juin 2004, dont une version abrégée est publiée sous le titre « Une Constitution pour le Québec: qu'attendons-nous? », *Combats*, volume 8, numéros 1 et 2, automne – hiver 2004-2005, p. 13 et dans le *Bulletin d'histoire politique*, vol. 14, n° 1, automne 2005, p. 217.

¹⁰³ Voir Mouvement démocratie et citoyenneté du Québec, *L'Assemblée citoyenne de juin 2006 - Vers une constitution pour les Québécoises et les Québécois, Manuel du constituant*, non daté, 42 p.

¹⁰⁴ Pour les fins de préparation de ce rendez-vous, trois documents mis à la dispositions des participants par le Mouvement Démocratie et Citoyenneté: *Cahier de participation* (51 p.), *Questionnaire*, 2006 (14 p.) et *Dialogue...avec Claude Béland et Lorraine Thérien sur une Constitution pour le Québec d'aujourd'hui* (53 p.).

¹⁰⁵ Ce document est accessible à l'adresse www.mdcq.qc.ca.

5. De la motion sur la « nation québécoise » aux engagements électoraux sur une constitution du Québec (2006-2007)

La question de l'adoption d'une constitution du Québec est évoquée durant le débat relatif à la motion proposant que l'Assemblée prenne acte de la motion adoptée par la Chambre des communes le 27 novembre 2006 concernant la reconnaissance de la nation québécoise. Ainsi, trois jours après l'adoption de cette motion voulant que la Chambre des communes « reconnaisse que les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni »¹⁰⁶, l'Assemblée nationale du Québec adoptait quant à elle la motion suivante:

« Que l'Assemblée nationale:

- prenne acte du fait que la Chambre des communes a entériné le 27 novembre dernier, par une forte majorité et avec l'appui des chefs de toutes les formations politiques représentées au Parlement, la motion présentée par le premier ministre du Canada se lisant comme suit « Que cette Chambre reconnaisse que les Québécois et Québécoises forment une nation au sein d'un Canada uni »;

- reconnaisse le caractère positif de la motion adoptée par la Chambre des communes et qu'elle proclame que celle-ci ne diminue en rien les droits inaliénables, les pouvoirs constitutionnels et les privilèges de l'Assemblée nationale et de la nation québécoise ».

Dans le cadre du débat relatif à cette motion, le chef de l'Action démocratique du Québec évoquait l'idée de doter le Québec d'une constitution pour définir la nation québécoise. Dans cette perspective, il affirmait à l'Assemblée nationale le 30 novembre 2006:

« **M. Dumont:** [...] On a beaucoup parlé, durant ces semaines, de débat sur la nation, un peu partout, en politique canadienne, dans différentes parties du Canada et, au Parti libéral du Canada et au Parlement fédéral, on a beaucoup parlé de la nation québécoise. Je demeure convaincu cependant que, si, aujourd'hui, il y a une conclusion positive à toutes ces discussions, à tous ces efforts, que le Québec doit faire des efforts supplémentaires pour qu'on puisse se définir nous-mêmes. Depuis plusieurs années, à l'ADQ, nous croyons qu'on devrait se doter d'une *constitution québécoise* pour mettre ensemble, à la fois rallier, dans un texte fondamental, nos lois démocratiques, nos valeurs démocratiques qui sont fondamentales, notre *Charte de la langue française* qui évidemment définit un principe fondateur de ce qu'on est, notre citoyenneté inclusive, pluraliste, le fait que — et là-dessus les débats n'ont pas été très longs ici, à l'Assemblée nationale — des trois formations politiques, lorsqu'on parle du concept de nation, toutes les femmes, tous les hommes qui habitent le

¹⁰⁶ La version anglaise de cette motion se lit comme suit: ' That this House recognize that the Québécois form a nation within a united Canada '. Pour une analyse de cette motion, voir Henri Brun, « La motion sur la " nation québécoise " », *Bulletin québécois de droit constitutionnel*, Numéro 2, hiver 2007, p. 32.

territoire du Québec font partie sans distinction aucune de cette nation québécoise, nos valeurs communes, le pouvoir des régions, notre Charte *des droits et libertés*, que, moi... je rêverais de voir une charte des droits et libertés et responsabilités, dans ma vision des choses.

Donc, cette idée de se donner une *constitution québécoise* pour bien définir ce que nous sommes, parce que, si le débat, ailleurs au Canada, sur la nation québécoise est intéressant et se conclut bien, je pense qu'il y a quelque chose de fondamental à bien se définir nous-mêmes »¹⁰⁷.

Les plates-formes électorales des partis politiques du Québec en vue de l'élection générale du 26 mars 2007 comportent également des développements relatifs à l'adoption d'une *Constitution du Québec*. Si les programmes du Parti libéral du Québec¹⁰⁸ et du Parti vert du Québec¹⁰⁹ ne comprennent aucun engagement à cet égard, la Feuille de route du Parti Québécois propose que soit mis en place, dans le processus d'accession à la souveraineté, « un cadre législatif pour le pays et que soient adoptées une constitution initiale du Québec ainsi que des lois fondamentales destinées à assurer la continuité des institutions politiques et juridiques »¹¹⁰. L'Action démocratique du Québec s'engage quant à elle à « rédiger et adopter la constitution du Québec pour affirmer notre identité et nos valeurs dans une démarche non partisane, démocratique et consensuelle »¹¹¹. Les engagements électoraux de Québec solidaire reprennent quant à eux la proposition relative à l'élection d'une assemblée constituante lors de son premier Congrès

¹⁰⁷ Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, jeudi 30 novembre 2006, vol. 39, n° 65, accessible à l'adresse

<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/Debats/journal/ch/061130.htm>. (*les italiques sont de nous*).

¹⁰⁸ Dans l'engagement n° 27 de sa plate-forme électorale, on lit qu'[u]n gouvernement du Parti libéral du Québec, dans un deuxième mandat, réaffirmera les valeurs communes des Québécois et sa conviction profonde selon laquelle la diversité du Québec est l'une de nos plus grandes richesses », mais il n'est pas référence à l'enchâssement de telles valeurs dans une constitution québécoise »: voir Parti libéral du Québec, *S'unir pour réussir le Québec de demain*, 2006, p. 69.

¹⁰⁹ La plate-forme du Parti vert du Québec comporte toutefois plusieurs engagements concernant des règles qui pourraient être contenues dans une Constitution du Québec, notamment l'engagement de tenir des élections à date fixe, tous les cinq ans, de reconnaître l'importance de l'initiative populaire comme la position de base en matière de réforme démocratique, d'élire le premier ministre au suffrage universel direct, indépendamment des députés et de réformer le mode de scrutin pour y introduire des éléments du mode de scrutin proportionnel et permettre une représentativité réelle des préférences de l'électorat: voir Parti vert du Québec, *Nous sommes tous verts - Plate-forme du Parti vert du Québec*, 2007, p. 5.

¹¹⁰ Parti Québécois, *Reconstruisons notre Québec - Feuille de route*, 2007, p. 8.

¹¹¹ Action démocratique du Québec, *Une vision. Un plan. Une parole - Un plan pour le Québec*, 2007, p. 5 et 7.

d'orientation en des termes identiques à ceux retenus lors de la tenue de son Congrès spécial¹¹².

La question d'une constitution pour le Québec n'est guère évoquée pendant la campagne électorale de 2007. Je prononce quant à moi une conférence à l'Université de Montréal au début de la campagne électorale et y présente notamment mes vues sur le contenu d'une Constitution initiale du Québec. Je conclus cette allocution en affirmant en ces termes que:

« Je crois que le Parti Québécois doit faire reposer, en partie, son projet de pays sur l'établissement d'un nouvel ordre constitutionnel québécois. Celui-ci devra être un miroir de la société québécoise, en décrire les valeurs et les institutions et organiser la vie publique autour d'un texte fondateur. L'élaboration d'un tel texte fondateur suscitera l'intérêt et l'enthousiasme des Québécoises et des Québécois et leur donnera le goût de la Constitution »¹¹³.

La question d'une constitution pour le Québec est évoquée dans le contexte du débat sur les accommodements raisonnables et le débat sur Hérouxville par le chef de l'Action démocratique selon lequel « [n]ous devons déterminer notre identité et nous doter d'une constitution du Québec en fonction de nos valeurs. L'intégration des immigrants doit aussi respecter ces valeurs-là »¹¹⁴.

6. De « *L'initiative constitutionnelle* » du 17 avril 2007 au projet de *Constitution du Québec* (Projet de loi n° 191) (2007)

Au lendemain de la campagne électorale de 2007, une première intervention en faveur d'une constitution du Québec est formulée par le vice-président national du Mouvement Démocratie et Citoyenneté, André Larocque. Celui-ci propose l'élaboration d'une constitution nationale par les citoyens et est d'avis qu'il s'agit de l'« un des gestes démocratiques les plus fertiles qu'on puisse imaginer ». Il rappelle également que:

¹¹² Voir la proposition 23 reproduite dans Québec solidaire, *Engagements électoraux de Québec solidaire tels qu'adoptés lors d'un congrès spécial tenu à Montréal du 24 au 26 novembre 2006*, p. 14.

¹¹³ Daniel Turp, *Pour reconstruire le Québec, un projet de pays et un projet de constitution*, Notes pour une allocution dans le cadre d'une activité du Comité du Parti Québécois de l'UdeM, 22 février 2007, accessible à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc.

¹¹⁴ Voir Ariane Lacoursière, « Mario Dumont comprend Hérouxville », *La Presse*, 4 février 2007, p. A-1. Sur l'engagement de l'Action démocratique du Québec d'adopter une constitution québécoise, voir les commentaires de Danielle Laberge *et al.*, « La démarche autonomiste de l'ADQ a déjà été tentée. Ce fut un échec! », accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/La-demarche-autonomiste-de-l-ADQ-a>.

Daniel Turp, « La constitution québécoise : une perspective historique »

« Élaborer une Constitution, c'est essentiellement répondre à quatre questions. Quelles sont nos valeurs fondamentales? Que sont les particularités de notre société auxquelles on veut apporter une protection constitutionnelle spéciale? Comment entend-on organiser le fonctionnement des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, ainsi que les rapports entre eux et leurs rapports avec les citoyens? Comment définir les relations de pouvoir sur le territoire national, régional, local? »¹¹⁵

J'interviens quant à moi le 17 avril 2007 pour rappeler la signature par la Reine Élisabeth II le 17 avril 1982 d'une proclamation ayant pour effet de faire entrer en vigueur la *Loi constitutionnelle de 1982* et rapatrier l'ensemble de la *Constitution du Canada* sans le consentement de l'Assemblée nationale et du Gouvernement du Québec. J'ajoute que la réponse à ce rapatriement devait se traduire, 25 ans plus tard, par l'élaboration et l'adoption par le Québec de sa propre constitution¹¹⁶. Je lance « *L'initiative constitutionnelle* » et propose que l'on rassemble dans un texte unique le contenu des lois fondamentales québécoises existantes, des dispositions fondées sur des revendications constitutionnelles du Québec ainsi que des éléments d'une réforme du régime des droits fondamentaux et des institutions démocratiques¹¹⁷.

Après le lancement de cette initiative constitutionnelle qui semble s'inscrire, selon le directeur de l'*Encyclopédie de l'Agora*, Jacques Dufresne, dans une « conjoncture favorable »¹¹⁸ et à laquelle le Bloc Québécois paraît

¹¹⁵ André Larocque, « Constitution et citoyenneté québécoise. Pourquoi pas? », *Le Soleil*, 2 avril 2007, accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Constitution-et-citoyennete>.

¹¹⁶ Voir aussi dans le même sens les remarques de Marc Chevrier, « La réplique ratée de 1982, ou l'incompétence démocratique du Québec »

http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Charte_des_droits--

[La replique ratée de 1982 ou lincompétence démocratique du Québec par Marc Chevrier](http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Charte_des_droits--La_replique_ratée_de_1982_ou_lincompétence_démocratique_du_Québec_par_Marc_Chevrier)

Le professeur Chevrier ajoute: « Or, le Québec aurait dû profiter de l'indignation causée par le rapatriement unilatéral de 1982 pour adopter une constitution écrite de l'État du Québec qui, reprenant les termes de la Charte québécoise et clarifiant les règles fondamentales de nos institutions politiques et administratives, aurait signifié à tous les Québécois que la garantie de leurs droits démocratiques et individuels découle de leur propre volonté collective ».

¹¹⁷ Daniel Turp, « 25 ans après l'imposition de la Constitution du Canada au Québec - L'adoption d'une Constitution du Québec s'impose », *Le Devoir*, 17 avril 2007, p. A-7. Cette initiative et le contenu du projet que je rends public le 17 avril 2007 donne lieu à plusieurs réactions: David Litvak, « Projet de Constitution de Daniel Turp - Quel processus d'enchâssement constitutionnel? », *Tribune libre de Vigile*, 19 avril 2007, accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Quel-processus-d-enchassement>; René Marcel Sauvé, « Que la Constitution du Québec s'appuie sur des universaux », *Tribune libre de Vigile*, 21 avril 2007, accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Que-la-Constitution-du-Québec-s>.

¹¹⁸ Voir Jacques Dufresne, « La conjoncture favorable », *Encyclopédie de l'Agora*, accessible à l'adresse http://agora.qc.ca/mot.nsf/Dossiers/Constitution_quebecoise#Conjoncture.

souscrire¹¹⁹, le ministre Benoît Pelletier déclare à propos du projet de doter le Québec de sa propre constitution, « que c'est quelque chose qui doit être examiné, qui est porteur »¹²⁰. Le nouveau porte-parole de l'Opposition officielle en matière d'affaires intergouvernementales rappelle à son tour l'existence d'un projet de constitution pour « le Québec de maintenant » auquel sont annexés les nouveaux pouvoirs du Québec tels que définis par le *Rapport Allaire* et affirme que « l'esprit de ce qu'on souhaite est là, ce sur quoi on veut travailler »¹²¹.

Le chef de l'Action démocratique du Québec réagit quant à lui en déclarant qu' « il rest[ait] au gouvernement à faire adopter une Constitution qui établisse nos valeurs communes »¹²². Il fait d'ailleurs mention du projet de doter le Québec de sa propre constitution dans sa réplique au discours inaugural du 10 mai 2007 en ces termes:

« Parce que, nous, sur les questions d'identité, on a proposé des choses. Sur les questions d'identité, on pense qu'un gouvernement ne doit pas simplement édicter des principes mais il doit être cohérent dans ses actions. On a proposé l'idée d'une *constitution du Québec* qui a eu des échos dans d'autres formations politiques de notre Assemblée, et je m'en réjouis, un travail collectif pour mettre ensemble ce que sont nos valeurs communes, pour les nommer, pour bien clarifier à tous ceux qui viennent chaque jour construire le Québec avec nous qu'est-ce qu'est le Québec. En même temps, une occasion de renforcer nos lois démocratiques, notre *Charte de la langue française*, de réunir ça dans un corps légal qui ait une force symbolique absolument exceptionnelle »¹²³.

¹¹⁹ Ainsi, dans un rapport commandé par la députée bloquiste Christiane Gagnon, le Bloc Québécois est invité à « souscrire » à l'idée adéquate de rédiger une Constitution du Québec et celle d'y enchâsser les « valeurs communes » des Québécois: voir Michel Corbeil, « Oui à l'autonomie, non au référendum », *Le Soleil*, 27 avril 2007, p. 5.

¹²⁰ Voir Martin Pelchat, « Les libéraux songent à une constitution québécoise », *Le Soleil*, 29 avril 2007, p. 7. Il est intéressant de noter que le ministre Pelletier était nettement moins favorable à l'idée d'adopter une constitution québécoise lors du premier Congrès québécois de droit constitutionnel le 12 mai 2006: voir Benoît Pelletier, « La nature quasi-constitutionnelle de la Charte québécoise et l'idée d'une Constitution québécoise », *Bulletin québécois de droit constitutionnel*, numéro 2, hiver 2007, p. 3-7, accessible à l'adresse http://www.aqdc.org/import/BQDCNo2Version_imprimable.pdf#page=1&view=FitH,top&pagemode=bookmarks.

¹²¹ Voir Kathleen Lévesque, « L'ADQ possède le squelette d'une éventuelle constitution du Québec - Le rapport Allaire n'est toutefois plus qu'une source d'inspiration aujourd'hui », *Le Devoir*, 6 et 7 mai 2007, p. A-1.

¹²² Voir *L'Actualité*, 15 mai 2007, p. 20.

¹²³ Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 10 mai 2007, accessible à l'adresse <http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/epreuve/ch/070510/1030/40ch0510.htm> (*l'italique est de nous*).

Le secrétaire et le président du SPQ Libre proposent par ailleurs d'ouvrir le débat sur la future Constitution du pays du Québec et suggèrent que la « philosophie, l'esprit et les différents articles de la future Constitution devraient faire l'objet d'un vaste débat à être enclenché le plus tôt possible »¹²⁴.

Après avoir tenu compte de divers commentaires formulés lors d'un caucus de l'aile parlementaire du Parti Québécois tenu le 26 avril 2007, j'informe les membres de celui-ci de mon intention de déposer un projet de loi à l'Assemblée nationale le 22 mai 2007 et présente le même jour à l'Assemblée nationale du Québec un projet de *Constitution du Québec* (Projet de loi n° 191)¹²⁵.

Au lendemain de ce dépôt, plusieurs voix se font entendre pour approuver l'idée de l'adoption d'une constitution du Québec. Ainsi, le constitutionnaliste Patrice Garant exprime l'avis selon lequel « [o]utre son aspect symbolique, une Constitution du Québec, respectueuse de la Constitution fédérale, pourrait permettre de clarifier les zones grises, de préciser comment l'Assemblée nationale entend exercer ses compétences dans les champs qui sont les siens (éducation, santé, affaires municipales, droit civil, justice, etc.) et dans les champs partagés (affaires économiques, main-d'œuvre, immigration, environnement, recherche scientifique). Pourraient aussi y être abordées les conséquences de la reconnaissance de la nation québécoise, du fédéralisme asymétrique, du prolongement international des compétences provinciales »¹²⁶.

De jeunes militants du collectif « Les trois travaux du Parti Québécois » souhaitent par ailleurs l'« [a]doption d'une constitution du Québec [qui]

¹²⁴ Pierre Dubuc et Marc Laviolette, « La relance du Parti Québécois », *Le Devoir*, 19 et 20 mai 2007, p. B-5. Voir à ce sujet PC, « Québec - Le SPQ Libre réclame l'élaboration d'une constitution québécoise », accessible à l'adresse

<http://www2.canoe.com/infos/quebeccanada/archives/2007/05/20070520-151548.html>.

¹²⁵ Projet de loi n° 191, *Constitution du Québec* (Présentation), première session, 38^e législature, [2007] (Qué.) est accessible aux adresses <http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-f191.htm> et www.danielturp.org/constitution.qc. La date du 22 mai 2007 coïncidait avec le 140^e anniversaire de la sanction par la reine Victoria du *British North America Act* qui est devenu la *Loi constitutionnelle de 1867*: voir CP, « Queen Victoria gave royal assent to the British North America Act 140 years ago today », *The Sudbury Star*, 22 mai 2007, accessible à l'adresse

<http://www.thesudburystar.com/webapp/sitepages/content.asp?contentid=537441&catname=Editorial&classif=>.

¹²⁶ Voir Patrice Garant, « Le 140^e anniversaire de la fédération canadienne », *Le Devoir*, 30 juin 2007, p. B-5.

enchâsserait dans un texte fondateur les droits collectifs et individuels propres au Québec telle la *Charte de la langue française*, la *Loi sur les prérogatives de l'Assemblée nationale* et la *Charte québécoise des droits de la personne* »¹²⁷. Ces mêmes militants décrivent le contenu que pourrait avoir un projet de constitution nationale:

« Cette loi [Charte de la laïcité] pourrait être intégrée à une constitution nationale comprenant la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, la *Charte de la langue française* et la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*. Dans cette foulée, il serait pertinent d'aborder les thèmes de la création d'une citoyenneté québécoise et de la réforme des institutions démocratiques. Le Québec doit établir qu'il est maître de son destin en rendant ses institutions conformes à son caractère distinct »¹²⁸.

Dans une entrevue au journal *Le Devoir*, le juriste et politologue Marc Chevrier plaide à nouveau pour l'adoption d'une constitution québécoise¹²⁹. Il interpelle également dans un article de la revue *Argument* les dirigeants politiques du Québec en ces termes:

« Le Québec est arrivé à un point de son histoire où ses dirigeants politiques ne peuvent plus différer le moment de l'adoption d'une vraie constitution. Trop difficile, trop délicat, trop tôt, trop futile, voilà les prétextes qu'ont servis tous ceux qui ont intérêt à ce que le Québec se contente de ce qu'il a. Hélas pour eux, la République du Québec, qu'ils eussent voulu voir crépir comme un vieux fantôme dans un cachot ou s'évanouir comme un mauvais songe, s'est évadée. Espérons qu'une

¹²⁷ Voir Collectif d'auteurs, « Une gouvernance souverainiste », *Le Devoir*, 11 juin 2007, p. A-7, accessible à l'adresse <http://www.ledevoir.com/2007/06/11/146918.html> ainsi que sur le site du collectif « Les trois travaux du Parti Québécois » à l'adresse <http://www.snapdrive.net/files/234975/Gouvernance.pdf>.

¹²⁸ Voir Collectif d'auteurs, « Rompre avec la démission identitaire », *Le Devoir*, 27 septembre 2007, p. A-8, accessible à l'adresse <http://www.ledevoir.com/2007/09/27/158401.html> ainsi que sur le site du collectif « Les trois travaux du Parti Québécois » à l'adresse http://www.snapdrive.net/files/234975/DemissionIdentitaire_final.pdf.

¹²⁹ Voir Stéphane Baillargeon, « Contre l'État inerte », *Le Devoir*, 10 septembre 2007, p. A-8. Le professeur Chevrier affirme ainsi:

« La rédaction d'une constitution du Québec demeure tout à fait possible dans le cadre fédéral actuel, rappelle finalement Marc Chevrier. Les cantons de la fédération helvète doivent tous se doter d'une loi fondamentale définissant les règles générales du vivre ensemble à la suisse. « Une constitution permet de nommer les valeurs communes de la collectivité et de leur donner préséance dans l'ordre juridique, politique et symbolique. Le préambule et les articles pourraient par exemple y poser le principe de la laïcité à la québécoise, sans mimer le modèle français. La constitution pourrait aussi rappeler qu'une collectivité s'appuie sur des droits et des devoirs. De plus en plus, dans les lois fondamentales modernes, le langage de la responsabilité s'impose ».

constitution établie pour la paix, la liberté et la politique responsable d'une nation sûre de son génie accompagne cette renaissance »¹³⁰.

Après avoir qualifié l'idée d'adopter une constitution du Québec de « solution déraisonnable », l'éditorialiste André Pratte du journal *La Presse* affirme avoir rejeté « trop vite une idée qui mérite d'être étudiée »¹³¹. Il ajoute: « Peut-être correspond-elle à une volonté des Québécois d'affirmer solennellement leur personnalité et leurs valeurs propres. Toutefois, nous restons convaincus qu'une constitution québécoise ne saurait avoir les effets curatifs que lui prêtent ses partisans »¹³².

S'agissant des élus, le premier ministre du Québec affirme, lors d'une conférence de presse à l'occasion de laquelle il annonce la création de trois groupes de travail pour préparer la plate-forme électorale du Parti libéral du Québec, ne pas exclure la possibilité que le Québec puisse adopter une constitution proprement québécoise afin d'affirmer des valeurs communes¹³³. Dans le contexte du lancement des travaux de la Commission Bouchard-Taylor, le chef de l'Action démocratique ose, quant à lui, dire « sans exagérer, que [cette commission] pourrait jeter les prémises d'une éventuelle constitution québécoise »¹³⁴.

D'ailleurs, plusieurs intervenants et intervenantes devant la Commission Bouchard-Taylor proposent que le Québec se dote de sa propre constitution, comme en fait notamment foi l'affirmation qu'« [a]vec une constitution, on pourrait développer de façon beaucoup plus concrète tout le droit de la famille, l'égalité entre les hommes et les femmes qui est fondamentale »¹³⁵.

¹³⁰ Voir Marc Chevrier, « La République du Québec et sa constitution », *Argument*, vol. 10, no 1, automne-hiver 2007, p. 127.

¹³¹ Voir André Pratte, « De Taché à Dumont », *La Presse*, 30 août 2007, p. A-17.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Voir Kathleen Lévesque, « Le PLQ aura sa saison des idées - Trois groupes de travail sont mis sur pied pour renouveler le discours libéral », *Le Devoir*, 5 juillet 2007, p. A-3.

¹³⁴ Antoine Robitaille, « Commission Bouchard-Taylor - Les bases d'une constitution pourraient voir le jour, croit Dumont », *Le Devoir*, 15 août 2007, p. A-2. Des remarques analogues sont faites par le chef de l'Action démocratique le 9 octobre 2007: voir Simon Boivin, « Dumont met en garde contre l'intégrisme laïque », *Le Soleil*, 10 octobre 2007, p. 10, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20071010/cpsoleil/71009256/6584/cpsoleil>.

¹³⁵ PC, « Commission Bouchard-Taylor - Une ancienne députée suggère d'amender les chartes des droits pour interdire les vêtements religieux », *Le Devoir*, 26 septembre, p. A-6. Cette affirmation est faite devant la Commission par madame Line Chaloux et celle-ci s'appuie sur le mémoire de l'organisme Le Coffret dont elle est la représentante et dans lequel on peut lire:

« Pour légiférer et assurer un contrôle sur le respect de ces valeurs et développer des mesures coercitives pour favoriser le redressement de certains comportements inacceptables, nous devons doter la nation d'une

Dans son mémoire devant cette commission, la Société nationale des Québécois et des Québécoises de l'Outaouais réclame d'ailleurs en ces termes l'adoption d'une constitution du Québec:

« La SNQO pense que ce processus passe notamment par la nécessité du renouveau démocratique et l'adoption d'une Constitution moderne qui reconnaît les droits de tous les Québécois, quelle que soit leur origine, leur nationalité, leur sexe, leur orientation sexuelle, la couleur de leur peau, leur langue, ainsi que toute caractéristique distinctive propre à l'être humain. Le problème, à l'heure actuelle, est qu'il n'existe pas de loi fondamentale au Québec. La polémique autour des accommodements raisonnables et la peur qu'elle a suscitée dans la population découle du fait qu'il y a une absence de loi fondamentale qui enchâsse les droits de tous, affirmant l'unité de la nation et les valeurs propres au Québec.

Cela implique l'élaboration d'un projet d'édification nationale qui suppose la création d'un système politique qui réponde aux aspirations du peuple québécois en lui permettant d'avoir le plein contrôle sur les affaires politiques du Québec. De plus, l'adoption d'une Constitution moderne qui reconnaisse les droits de tous doit être la base de la fondation de l'État souverain du Québec »¹³⁶.

Le mémoire du Conseil régional de la Capitale-Nationale du Mouvement Démocratie et Citoyenneté contient lui aussi des recommandations sur la question d'une constitution du Québec:

« Vu l'importance de la question identitaire dans la démarche entreprise par la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, le MDCQ-CN recommande que cette dernière envisage l'adoption d'une constitution comme moyen de renforcer l'espace démocratique associé au vivre-ensemble des Québécois et Québécoises.

Vu l'importance que le MDCQ-CN accorde au renforcement de la démocratie au Québec, il recommande également que la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences

constitution québécoise. Cette constitution sera le fondement de notre identité et de nos valeurs. »

Voir Le coffret, *Commission Bouchard-Taylor - Les accommodements raisonnables*, non daté, accessible à l'adresse <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires/St-Jerome/le-coffret-commission-bouchard-taylor-les-accommodements-raisonnables.pdf>. Voir aussi le témoignage de Line Chaloux lors des consultations de la Commission de la culture de l'Assemblée nationale du Québec dans lequel elle réitère l'importance pour le Québec de se doter de sa propre constitution et qui est accessible à l'adresse <http://diffusion.assnat.qc.ca/video/cc/cc200709271235.wmv> (Minutes 38' 21" à 38' 53").

¹³⁶ Voir Société nationale des Québécois et des Québécoises de l'Outaouais, *De la nécessité d'affirmer l'unité des Québécois*, Mémoire de la Société nationale des Québécois et des Québécoises de l'Outaouais présenté à la Commission Bouchard-Taylor, Gatineau, 11 septembre 2007, accessible à l'adresse <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires/gatineau/gagnon-marc-andre07-0011-pe-00.pdf>.

culturelles fasse valoir la nécessité qu'une constitution québécoise soit élaborée par une constituante à très large participation populaire »¹³⁷.

Plusieurs autres mémoires présentés devant la Commission Bouchard-Taylor évoquent l'idée d'adopter une constitution québécoise et se disent favorables à une telle adoption¹³⁸. Dans son mémoire, le collectif « Les trois travaux du Parti Québécois » plaide quant à lui en ces termes pour une constitution québécoise:

« Vous avez peut-être sursauté lorsque vous avez vu que Mario Dumont, le chef de l'Action démocratique du Québec, espérait voir ressortir de vos travaux « les bases d'une Constitution québécoise ». Pourtant, l'idée n'est pas neuve et est loin d'être dépourvue de sens. De nombreux intellectuels de toutes allégeances se sont déjà penchés sur la question. Celui qui s'est rendu le plus loin en ce sens est sans aucun doute Daniel Turp. Député du Parti Québécois, M. Turp a d'ailleurs déposé, lors de la dernière session parlementaire, un projet de loi proposant l'adoption, par le Québec, de sa propre constitution.

Nous croyons qu'il serait plus que temps que le Québec adopte formellement sa propre Constitution. Ceci permettrait de définir plus clairement ces fameuses valeurs québécoises et aussi d'en permettre la diffusion la plus large possible auprès de tous les citoyens.

Il conviendrait d'abord d'y intégrer les dispositions législatives existantes qui composent déjà informellement le droit constitutionnel québécois. Du nombre, on peut facilement conclure que la *Charte de la langue française*, la *Charte des droits et libertés de la personne* ainsi que la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* en font partie.

Ce que nous souhaitons par la création de cette Constitution, c'est que les valeurs fondamentales du Québec soient clairement définies et qu'elles soient accessibles au plus grand nombre. L'exercice ne s'arrêterait toutefois pas à un travail de refonte. Il conviendrait d'en profiter aussi pour mettre à jour notre droit et d'y ajouter des dispositions conformes aux

¹³⁷ Voir Mouvement démocratie et citoyenneté du Québec (Conseil régional de la capitale nationale, *Mémoire présenté à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, octobre 2007, p. 4.

¹³⁸ Voir les mémoires suivants qui sont accessibles sur le site de la Commission Bouchard-Taylor à l'adresse <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires.html>: Société nationale des Québécois et des Québécoises des Laurentides, *Vivre dans un Québec culturellement fort*, 15 septembre 2007; Collectif Pierre-Le-Gardeur, *Mémoire [...] à la Commission de consultation des pratiques d'accommodement raisonnables reliées aux différences culturelles, mise sur pied par le gouvernement du Québec*, 15 septembre 2007; Louis-Marie Poissant, *Huit millions d'Homo sapiens et un crucifix*, non daté; Guylaine Saint-Pierre, *Mémoire*, non daté. Voir également le mémoire du Mouvement démocratie et citoyenneté du Québec (Conseil régional de la capitale nationale, *Mémoire présenté à la Commission de consultation des pratiques d'accommodement raisonnables reliées aux différences culturelles*).

défis qui sont ceux du peuple québécois, en ce début de vingt-et-unième siècle »¹³⁹.

Dans son mémoire à la Commission Bouchard-Taylor, la Société Saint-Jean-Baptiste de Québec promeut en ces termes l'adoption d'une constitution québécoise aux fins d'assurer une meilleure compréhension de la société québécoise et de ses valeurs:

« L'adoption d'une Constitution et d'une citoyenneté québécoise pourrait contribuer à une meilleure compréhension de la société québécoise et de ses valeurs. Cet exercice serait par ailleurs bénéfique à la population du Québec en général et constituerait un excellent acte d'affirmation collective de nos aspirations et de nos valeurs » (p. 2).

« Il serait bon, enfin, que les immigrants puissent savoir avant leur arrivée ce qu'est le Québec, ce que sont ses valeurs et sa langue officielle. Il faut se rappeler que l'immigrant immigré d'abord au Canada, pays multiculturel en majorité anglophone. La situation serait peut-être plus claire si le Québec était indépendant, mais comme ce n'est pas la situation actuelle, peut-être que l'adoption d'une Constitution et d'une citoyenneté québécoise pourrait contribuer à une meilleure compréhension. Cet exercice serait par ailleurs bénéfique à la population du Québec en général et constituerait un excellent acte d'affirmation collective de nos aspirations et de nos valeurs »¹⁴⁰ (p. 9).

L'intérêt suscité par le projet de loi n° 191 m'a permis de présenter le contenu de ce projet devant plusieurs auditoires. Ainsi, j'ai prononcé une allocution devant les membres de l'Association du Parti Québécois de Saint-Jean le 15 juin 2007, ainsi que ceux du Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec - section capitale-Nationale le 18 juin 2007¹⁴¹. À l'occasion d'une communication présentée lors du premier Forum social québécois, j'ai également réfléchi à l'idée de mettre sur pied une constituante aux fins

¹³⁹ Voir Collectif des trois travaux, *S'entendre sur notre identité: des politiques et des institutions conformes à nos valeurs*, Mémoire présenté à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 4 octobre 2007, p. 11 (notes omises), accessible à l'adresse:

<http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires/Quebec/collectif-des-trois-travaux-villeneuve-claude-s-entendre-sur-notre-identite-des-politiques-et-des-institutions-conformes-a-nos-valeurs.pdf>

¹⁴⁰ Société Saint-Jean-Baptiste de Québec, *Affirmation et intégration - Le défi des accommodements raisonnables*, Mémoire présenté dans le cadre de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 4 octobre 2007, accessible à l'adresse

<http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires/Quebec/la-societe-saint-jean-baptiste-de-quebec-affirmation-et-integration--le-defi-des-accommodements-raisonnables.pdf>.

¹⁴¹ Voir le texte de ces deux allocutions sur mon site électronique à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc. Voir aussi Daniel Turp, « Un projet de constitution du Québec », *cyberpresse*, 23 juin 2007, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20070623/cpsoleil/70620135/6732/cpopinions>.

d'adopter une constitution du Québec. Après avoir affirmé dans cette communication « qu'il est maintenant temps que le Québec se dote de sa propre constitution », je concluais que « le temps est venu d'entreprendre un débat public sur la méthode la plus appropriée pour élaborer cette première constitution »¹⁴². J'ai repris cette idée lors d'une conférence prononcée à l'occasion d'un rendez-vous sur la souveraineté des membres de la Société nationale des Québécois de Richelieu–Saint-Laurent¹⁴³ et devant les membres du Parti Québécois de l'Université de Sherbrooke à l'occasion de laquelle j'arguais qu'une constitution du Québec constituerait un instrument de consolidation de l'identité québécoise¹⁴⁴.

Il y a par ailleurs lieu de signaler qu'une menace pèse dorénavant sur la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* en raison d'un jugement du 30 août 2007 de la Cour d'appel du Québec¹⁴⁵. Ainsi, la Cour d'appel du Québec renversait-elle un jugement de la Cour supérieure du Québec du 16 août 2002¹⁴⁶ en autorisant un citoyen à contester la constitutionnalité de cette loi qui a été qualifiée à juste titre d'« embryon de Constitution du Québec »¹⁴⁷. Le gouvernement du Québec a d'ailleurs décidé de ne pas présenter une requête pour permission d'appel du jugement de la Cour d'appel du Québec et

¹⁴² Daniel Turp, *De constitution et de constituante au Québec*, Communication présentée au Forum social québécois, 25 août 2007 et accessible à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc.

¹⁴³ Voir Daniel Turp, *Une constitution pour l'État du Québec*, Notes pour une allocution à l'occasion du Rendez-vous sur la souveraineté de la Société nationale des Québécois DE Richelieu–Saint-Laurent, accessible à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc.

¹⁴⁴ Voir Daniel Turp, *La Constitution du Québec comme instrument de consolidation de l'identité québécoise*, Notes pour une allocution devant les membres du Parti Québécois de l'Université de Sherbrooke, accessible à l'adresse www.danielturp.org/constitution.qc.

¹⁴⁵ *Henderson c. Québec* (Procureur général), jugement du 30 août 2007, accessible à l'adresse <http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=24488206&doc=41545656565f1c02>. Au sujet de cette décision, lire Don Macpherson, « Bill 99 Ruling Puts Sticks in Hornet's Nest », *The Gazette*, 1^{er} septembre 2007.

¹⁴⁶ *Henderson c. Québec* (Procureur général), [2002] Recueil de jurisprudence du Québec [R.J.Q.] 2435 (Cour supérieure (C.S.)).

¹⁴⁷ Voir Antoine Robitaille, « L'embryon d'une Constitution du Québec » est menacé par une poursuite », *Le Devoir*, 7 septembre 2007, p. A-3. Commentant la réaction à cette décision du porte-parole du leader parlementaire de l'Action démocratique du Québec, Sébastien Proulx, selon lequel il vaudrait mieux « éviter l'activisme judiciaire », un chroniqueur se pose les questions suivantes: « Est-ce à dire qu'un gouvernement adéquate préférerait renoncer à élaborer une constitution québécoise pour ne pas risquer une confrontation avec la Cour suprême? À moins qu'il ne se contente d'une constitution qui ne dirait rien du droit des Québécois à décider librement de leur avenir politique? Pour un parti qui propose de faire du Québec un " État autonome ", cela serait plutôt gênant »: Michel David, « Les apprentis sorciers », *Le Devoir*, 11 septembre 2007, p. A-3.

la constitutionnalité de la *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* sera donc examinée par la Cour supérieure du Québec¹⁴⁸.

7. Du projet de *Loi sur l'identité québécoise* (Projet de loi n° 195) et du projet de *Constitution québécoise* (Projet de loi n° 196) (2007)

À la reprise des travaux de l'Assemblée nationale à l'automne 2007, le Parti Québécois décide de présenter une stratégie globale visant à permettre à la nation québécoise d'exprimer son identité. La chef du Parti Québécois et députée de Charlevoix, Pauline Marois, dépose le 18 octobre 2007 un projet de *Loi sur l'identité québécoise* (Projet de loi n° 195)¹⁴⁹; je dépose quant à moi, le même jour, un projet de *Constitution québécoise* (Projet de loi n° 196)¹⁵⁰.

Le premier alinéa de l'article 1^{er} du projet de loi n° 195 prévoit l'élaboration d'une *Constitution québécoise* et contient en ses articles 2 à 9 des règles régissant une l'élaboration de cette constitution. Le projet de loi propose ainsi

¹⁴⁸ Antoine Robitaille, « Le duo Henderson-Tyler pourra contester la loi 99 - Le gouvernement renonce à porter devant la Cour suprême une décision favorable au chef du Parti Égalité », *Le Devoir*, 6 novembre 2007, p. A-3.

¹⁴⁹ Projet de loi n° 195, *Loi sur l'identité québécoise* (Présentation), première session, 38^e législature, [2007] (Qué.) accessible à l'adresse <http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-f195.pdf> et reproduit en annexe 1. Le projet de *Loi sur l'identité québécoise* a donné lieu à plusieurs réactions: voir Tommy Chouinard et Denis Lessard, « Marois veut amender la charte et doter le Québec d'une Constitution », *La Presse*, 18 octobre 2007, p. A-1; Robert Dutrisac, « Marois veut une loi 101 de l'identité », *Le Devoir*, 19 octobre, p. A-1 et 10; Simon Boivin, « Trois ans pour maîtriser le français », *Le Soleil*, 19 octobre 2007; Tommy Chouinard, « Le PQ veut pénaliser les immigrants réfractaires au français », *La Presse*, 19 octobre 2007, p. A-10; Yves Chartrand, « Immigration - Le PQ veut une loi 101 », *Journal de Montréal*, 19 octobre 2007; PC, « Le PQ veut instaurer une « citoyenneté québécoise », *Matinnet*, 19 octobre 2007, accessible à l'adresse http://www.matin.qc.ca/articles/20071018145359/veut_instaurer_une_citoyennete_quebecoise.html; PC, « Identité québécoise - Marois se défend de vouloir créer deux catégories de citoyens », *Le Devoir*, 22 octobre 2007, p. A-4; Josée Legault, « PQ's constitutional proposal just confuses the debate - Charest and Marois add to the perception that Quebec's identity is under siege », *The Gazette*, 18 octobre 2007.

¹⁵⁰ Projet de loi n° 196, *Constitution québécoise* (Présentation), première session, 38^e législature, [2007] (Qué.) accessible à l'adresse <http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-f196.pdf> et reproduit en annexe 2. . Voir Alain Perron, « Le projet de Constitution de Daniel Turp enfin déposé à l'Assemblée nationale », *Le Plateau*, 24 octobre 2007, accessible à l'adresse <http://www.leplateau.com/article-150713-Le-projet-de-Constitution-de-Daniel-Turp-enfin-depose-a-lAssemblee-nationale.html>. Le texte intégral du projet de *Constitution québécoise* et des extraits du projet de *Loi sur l'identité québécoise* sont reproduits aux annexes 1 et 2 du présent article.

que soit instituée une commission spéciale sur la *Constitution québécoise* composée de 16 députés et 16 personnalités de la société civile, selon le principe de la parité hommes-femmes. Il donne mandat à celle-ci de rédiger un projet de *Constitution québécoise* et de formuler des recommandations sur le mode d'approbation de la *Constitution québécoise*. Le projet de loi n° 195 précise que la Commission doit entreprendre ses travaux au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de la loi, qu'elle tienne une consultation générale et que, dans les deux ans à compter de son institution, elle remette un rapport final au président de l'Assemblée nationale.

Faisant fonds sur le projet de loi n° 191 déposé à l'Assemblée nationale le 22 mai 2007, le projet de *Constitution québécoise* se présente sous la forme de 15 articles concis rédigés avec le souci de l'accessibilité¹⁵¹ et gravite autour des sept principaux éléments suivants :

- « 1. un énoncé des valeurs fondamentales du Québec;
2. une série de dispositions concernant l'identité nationale, notamment la création d'une citoyenneté québécoise et des articles relatifs au territoire national, au patrimoine, à la langue officielle, à la capitale nationale ainsi qu'aux symboles nationaux et à la Fête nationale;
3. l'enchâssement dans la *Constitution du Québec* des articles 1 à 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et des articles 2 à 6 de la *Charte de la langue française* et l'insertion d'une clause visant à baliser l'obligation d'accommodement raisonnable et prévoyant que « [d]ans l'interprétation et l'application de ces articles il doit être tenu compte du patrimoine historique et des valeurs fondamentales du Québec, notamment de l'importance d'assurer la prédominance de la langue française, de protéger et promouvoir la culture québécoise, de garantir l'égalité des hommes et des femmes et de préserver la laïcité des institutions publiques;
4. l'affirmation du fait que le Québec est souverain dans les domaines de compétence qui sont les siens dans le cadre des lois et des conventions constitutionnelles et qu'il exerce la compétence sur les relations internationales dans toutes les matières qui ressortissent à ses compétences;
5. la description des institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires de l'État du Québec;
6. la création d'une procédure de révision exigeant l'obtention d'une majorité des deux tiers des députés et députées de l'Assemblée nationale pour les fins de la révision;

¹⁵¹ La simplicité et la lisibilité passe par la concision du texte et je partage à cet égard l'approche privilégiée par le professeur Jacques-Yvan Morin, *supra* note 37, à la p. 192. De plus, la rédaction du projet de loi n° 196, comme de son prédécesseur le projet de loi n° 191, respecte le principe de la parité linguistique qui témoigne de l'égalité existant entre les femmes et les hommes dans la société québécoise. La linguiste Louise-Laurence Larivière, auteure de l'ouvrage *Pourquoi en finir avec la féminisation linguistique ou à la recherche des mots perdus* Montréal, Boréal, 2000 m'a conseillé dans le processus de rédaction et dans l'application de ce principe de parité.

7. l'enchâssement d'une clause de suprématie prévoyant que les dispositions de la *Constitution québécoise* l'emportent sur toutes règles du droit québécois qui leur sont incompatibles ».

Le projet de *Constitution québécoise* (Projet de loi n° 196) est d'ailleurs désigné par l'article 2 du projet de *Loi sur l'identité québécoise* comme étant celui sur la base duquel la Commission spéciale instituée par ce même article rédigera son propre projet de constitution.

Pauline Marois et moi-même commentons par ailleurs les dispositions relatives à la citoyenneté québécoise contenues dans le projet de *Loi sur l'identité québécoise* et la *Constitution québécoise*¹⁵². Lors de la présentation du mémoire du Parti Québécois devant la Commission Bouchard-Taylor, la chef du Parti Québécois ajoute qu'il faut inscrire de nouveaux droits dans une charte et « éventuellement dans une constitution »¹⁵³.

Inspiré par les propositions formulées par Gérald Larose¹⁵⁴, le Parti Québécois inscrivait le projet d'adoption d'une constitution québécoise dans des gestes de gouvernance nationale et la proposition relative à la souveraineté adoptée lors de son Conseil national du 15 mars 2008 se lit ainsi :

« Un gouvernement du Parti Québécois s'engage à faire progresser le Québec jusqu'à son accession au statut de pays. Pour atteindre cet objectif, les priorités du Parti Québécois sont les suivantes: [...]

f) Permettre au Québec de donner sa pleine mesure en regard de ses valeurs et protéger ses intérêts, ici et dans le monde et poser à cette fin 12 gestes de gouvernance nationale pour assurer l'avenir de la nation québécoise comme nation francophone des Amériques:

¹⁵² Pauline Marois et Daniel Turp, « Citoyenneté québécoise - Un signal fort en faveur du français », *Le Devoir*, 22 octobre 2007, p A-7. Voir par ailleurs les vues du président de la section canadienne de l'Association internationale de droit constitutionnel sur les rapports entre la citoyenneté québécoise et la constitution québécoise dans Patrice Garant, « Citoyenneté québécoise et constitution », 14 novembre 2007, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20071114/cpopinions02/71114012/6781/cpopinions02>.

¹⁵³ Voir Stéphane Baillargeon, « Commission Bouchard-Taylor - Pauline Marois réclame davantage d'amendements à la Charte des droits », *Le Devoir*, 15-16 décembre 2007, p. A-4.

¹⁵⁴ Voir Gérald Larose, « Si j'étais chef... », *L'Action nationale*, volume XCVII, numéros 9 et 10, Novembre/Décembre 2007, p. 141. En parlant des mesures institutionnelles à longue portée fondant les assises du Québec souverain, Gérald Larose parle d'une constitution québécoise en affirmant qu'« [o]n la voudra la plus simple possible, rédigée d'une manière ouverte de telle sorte qu'elle puisse migrer dans le Québec souverain en garantissant la continuité du fonctionnement des institutions »: *Ibid.*, p. 150. Voir aussi Gérald Larose, « Si on s'y mettait!, *L'Action nationale*, volume XCVIII, numéro 3, mars 2008, p. 12-14. Au sujet des vues de Gérald Larose, voir l'éditorial de Bernard Descôteaux, « Feu le référendisme? », *Le Devoir*, 16 janvier 2008, p. A-6, accessible à l'adresse <http://www.ledevoir.com/2008/01/16/171937.html>.

i. Adopter une constitution québécoise [...]; »¹⁵⁵.

Le ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes et le Parti libéral du Québec auquel Benoît Pelletier appartient paraissent avoir des dispositions divergentes sur la question de la constitution du Québec. Ainsi, le ministre Benoît Pelletier estime quant à lui que le projet de loi n° 196 contient des « idées porteuses »¹⁵⁶. Le président du Groupe sur l'identité québécoise du Parti libéral du Québec, Marc Tanguay, paraît moins bien disposé quant à lui à l'égard de l'idée d'une constitution propre au Québec, et affirme que « [c]e n'est pas la priorité des Québécois »¹⁵⁷. Au congrès du Parti libéral du Québec tenu à Laval, les délégués battent rapidement une proposition de Trois-Rivières qui réclame l'adoption par l'Assemblée nationale « d'une sorte de Constitution québécoise »¹⁵⁸.

Quant à l'Action démocratique du Québec, son leader Sébastien Proulx déclare que « si notre société s'affirme haut et fort dans une Constitution, intègre ses valeurs dans un grand document pour que ce soit clair comment on vit au Québec, ça ira de soi que les gens fonctionneront à partir de cette base-là. Le message sera beaucoup plus fort »¹⁵⁹. Dans un discours prononcé à Barcelone, le chef Mario Dumont affirme quant à lui :

« D'abord, un État autonome du Québec doit avoir sa propre constitution écrite pour affirmer son identité, ses valeurs, les droits et libertés des citoyens et la pérennité de ses institutions démocratiques. L'ADQ veut faire de l'adoption d'une constitution québécoise un acte fondateur où les

¹⁵⁵ Parti Québécois, *De l'audace pour le Québec* - Propositions adoptées, Conseil national du Parti Québécois, mars 2008, p. 1, accessible à l'adresse http://www.pq.org/fichiers_pq/pdf/Propositionsadoptees-mars08.pdf.

¹⁵⁶ Voir Martin Ouellet, « Le PQ accusé de créer deux classes de citoyens », *cyberpresse.ca*, <http://www.cyberpresse.ca/article/20071019/cpactualites/71019114/1019/cpactualites>.

¹⁵⁷ Voir « Loi 101 - Charest critiqué par ses troupes », *La Presse*, 5 février 2008 <http://www.cyberpresse.ca/article/20080205/coactualites/802050491/1019/cpactualites>. Voir aussi Jocelyne Richer, « Par son propre parti - Charest sommé de faire respecter la loi 101 », *La Presse*, 5 février 2008, p. 20.

¹⁵⁸ Voir Denis Lessard, « Charest veut « ouvrir le Nord québécois », *La Presse*, 10 mars 2008 accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20080310/cpactualites/803100676/1026/cpactualites>

¹⁵⁹ Voir Tommy Chouinard, « L'ADQ trouve le PLQ trop mou », *La Presse*, 11 décembre 2007, p. A-4. Dans un article intitulé « Le Parti Québécois ne s'en laisse plus imposer », *Le Courrier parlementaire* du 23 octobre 2007 rapporte par ailleurs les propos suivants du journaliste du réseau de télévision TQS Gérard Deltell: « Pour ce qui est du texte sur la constitution, il y avait des rumeurs que l'ADQ préparait un projet de loi sur la question « et voilà que c'est le PQ qui l'a sorti avant eux », constate M. Deltell. Même si les trois partis semblent en principe d'accord avec un projet de constitution, le correspondant de TQS reconnaît que les clivages entre les souverainistes et les fédéralistes vont finir par teinter le débat. « Chacun a sa lecture de la constitution et chacun garde son point de vue », conclut M. Deltell. »

citoyens seront appelés à rassembler les fondements de leur existence commune et à affirmer leur volonté de prospérer ensemble »¹⁶⁰.

Lors de l'étude des crédits du ministère du Conseil exécutif, le chef de l'Action démocratique évoque par ailleurs à deux reprises l'adoption d'une Constitution québécoise en laissant entendre que les recommandations de la Commission Bouchard-Taylor pourraient être à l'origine d'un processus conduisant à l'adoption d'une telle constitution¹⁶¹.

J'ai quant à moi un échange avec le ministre Benoît Pelletier lors de l'étude des crédits du volet réforme des institutions démocratiques au sujet de l'idée d'une constitution québécoise et celui-ci montre une ouverture à une telle idée:

« **M. Turp:** [...] Et ma dernière question, parce que je veux quand même donner un peu de temps au ministre, là, pour répondre à mes questions, vous savez, la réforme des institutions démocratiques et même la réforme électorale, de toute évidence, c'est difficile à mettre en œuvre. Et je vous rappelle, dans votre rapport – le rapport dont je ne peux pas dire le nom, là, parce qu'il est plutôt identifié par un nom, mais qui est de la plume du ministre – j'ai souvenir d'avoir lu, et je vous lis cet extrait, parce que je trouve ça, je trouve un extrait intéressant. À la page 120, il y avait tout un extrait sur la consolidation des valeurs québécoises et la revitalisation des institutions démocratiques, puis il était question d'insérer dans une loi, dans une loi peut-être globale un certain nombre de lois dites fondamentales qui sont inspirées, qui contiennent des valeurs.

Et puisque vous l'avez évoqué vous-même, j'ai déposé, dans cette Assemblée, deux projets de constitution québécoise, la deuxième s'inscrivant dans la démarche plus globale relative à l'identité québécoise proposée par notre chef, et je vous rappelle aussi, M. le ministre, à travers la présidente, que vous avez, au moment où j'ai déposé le projet de loi n° 196, dit qu'il s'agissait d'un projet dans lequel on retrouvait des idées porteuses.

Alors, j'aimerais donc aussi avoir vos vues, l'état de vos réflexions sur l'idée que le Québec se dote d'une constitution qui lui soit propre, qui soit, comme Jacques-Yvan Morin l'a déjà dit, « un facteur d'identité » et qui semble se rapprocher, là, en tout cas l'idée d'une constitution semble se rapprocher de ce que vous proposiez vous-même dans votre rapport, l'instrument pour enchâsser des valeurs, décrire les institutions.

Et je vous rappelle d'ailleurs que l'Action démocratique est aussi un parti qui promeut l'idée de l'adoption d'une constitution québécoise. D'ailleurs, le chef de l'Action démocratique, la semaine dernière, à l'occasion des travaux de cette commission, a rappelé à deux reprises que l'idée de doter

¹⁶⁰ Mario Dumont, *L'avenir du Québec: La vision autonomiste de l'ADQ*, Discours [devant le] Collège des Docteurs et des Diplômés. Barcelone, 11 février 2008.

¹⁶¹ Voir le *Journal des débats*, Commission des institutions, 38^e législature, 1^{re} session, mercredi 16 avril 2008, vol. 40, n° 42, accessible à l'adresse <http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/debats/epreuve/ci/080416/1500.htm>.

le Québec de sa propre constitution, ce serait peut-être une idée qui serait mûre, mûre, après les travaux de la Commission Bouchard-Taylor lorsqu'on connaîtrait les résultats et les recommandations de la Commission Bouchard-Taylor. [...]

M. Pelletier (Chapleau): [...] Je vais aborder également la question de la constitution du Québec pour vous dire que je suis, moi, convaincu que, comme société, nous allons devoir un jour ou l'autre procéder à une recension de nos valeurs communes. J'en suis convaincu. Tout le débat sur les accommodements raisonnables, en fin de compte, nous amène à redéfinir les valeurs communes. Et là je parle des valeurs communes pas sur une base ethnique, pas communes aux francophones, communes à tous les Québécois et les Québécoises. Et je ne sais pas quelle forme prendra cet exercice-là, je ne sais pas non plus quand elle se fera, mais je suis convaincu qu'on ne pourra pas en faire l'économie et qu'un jour ou l'autre il va falloir que nous fassions cette recension des valeurs communes.

Pour l'instant, le projet cependant est plus difficilement envisageable à cause de la polarisation encore très, très forte dans notre société entre fédéralistes et souverainistes et ce combat que mènent les deux camps, si je puis dire, encore aujourd'hui, dans la société, ce qui rend plus difficile un exercice de concertation sociale de haute voltige. Mais, un jour, je pense qu'il va falloir y venir à cela. Encore une fois, je ne sais pas sous quelle forme, constitution ou autre, mais certainement une mise en relief des valeurs partagées »¹⁶².

À la veille du dépôt du rapport de la Commission Bouchard-Taylor, il a également évoqué la question d'une constitution québécoise en affirmant que « si le rapport Bouchard-Taylor avait été un rapport riche, que ses recommandations étaient solides - les prochains jours nous le diront - mais que ça pourrait même servir de base à l'élaboration d'une constitution québécoise, laquelle contient des prémisses de l'expression de valeurs communes du Québec, qui permettent que des décisions publiques, qui doivent se prendre par des gens qui ont à gérer des établissements publics, qui ont à gérer les règles, puis que ces gens-là puissent avoir des balises, puissent avoir des lignes de conduite beaucoup plus claires »¹⁶³.

Le premier ministre du Québec a refusé par ailleurs à s'engager sur la voie de l'adoption d'une constitution québécoise. Ainsi, lors de la période des

¹⁶² Voir le *Journal des débats*, Commission des institutions, 38^e législature, 1^{re} session, mardi 22 avril 2008, accessible à l'adresse [http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/epreuve/ci/080422/1730.htm#%20\(17%20h%2030%20](http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/epreuve/ci/080422/1730.htm#%20(17%20h%2030%20)

¹⁶³ Cet extrait de la conférence de presse est accessible à l'adresse <http://www.assnat.qc.ca/fra/conf-presse/2008%5C080520md.htm>. Voir au sujet de cette déclaration et ma propre réaction à celle-ci, Antoine Robitaille, « Le PQ et l'ADQ pourraient relancer l'idée d'une Constitution québécoise », *Le Devoir*, 21 mai 2008, p. A-1 et 8, accessible à l'adresse www.ledevoir.com/2008/05/21/190565.htm.

questions des 21 et 22 mai 2008, Jean Charest présentera une fin de non-recevoir à l'idée d'une constitution québécoise:

« **M. Charest:** Et là, aujourd'hui, je constate qu'il y a une fusion des deux partis d'opposition dans une seule opposition, sur ce sujet de constitution. Or, un projet de constitution, ça signifie quoi? Ça veut dire des années de débats, une assemblée constituante. Ça veut dire qu'on en aurait pour des années à débattre de ces questions-là, alors que la population du Québec s'attend à ce que nous posions des gestes. J'en ai nommé qui ne sont pas limitatifs, soit dit en passant, ce n'est pas des gestes qui... Ce n'est pas les seules choses que nous allons faire, au contraire, nous allons prendre le temps de bien étudier un rapport qui est vaste, qui est dense, pour que nous puissions justement y donner une réponse qui est à la hauteur de ce que les Québécois attendent de nous.

Mais en même temps, des débats constitutionnels, ça veut dire quoi pour les Québécois? Ça veut dire un autre référendum. Parce que je ne peux pas concevoir, M. le Président, qu'on proposerait une constitution aux Québécois sans se légitimer sur le plan démocratique. C'est ce que proposent aujourd'hui les oppositions à l'Assemblée nationale, les oppositions conjointes sur cette question des accommodements raisonnables. C'est, soit dit en passant, la constitution des amendements constitutionnels, des réponses qu'ils ont données à plusieurs enjeux: l'immigration, le CRTC également. À chaque fois qu'il se pose un problème, il semble que ce soit le réflexe des deux oppositions que de proposer un amendement constitutionnel »¹⁶⁴.

Le projet de loi n° 196, qui fait l'objet de réactions de la part de juristes qui reconnaissent le droit pour le Québec de se doter sa propre constitution, a été admis par des juristes¹⁶⁵, mais également par des éditorialistes et chroniqueurs de la presse écrite¹⁶⁶.

Les deux projets de loi font par ailleurs l'objet d'une longue analyse par le juge et militant Marc Brière selon lequel le projet de *Constitution québécoise*

¹⁶⁴ Voir le *Journal des débats*, Commission des institutions, 38^e législature, 1^{re} session, jeudi 22 mai 2008, accessible à l'adresse

<http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature/Debats/epreuve/ch/080522/1430.htm>. Voir à ce sujet, Antoine Robitaille, « Constitution du Québec - Charest dit non », *Le Devoir*, 22 mai 2008, p. A-1 et 8, accessible à l'adresse <http://www.ledevoir.com/2008/05/22/190739.html>.

¹⁶⁵ Andrew Thomson, « Charter - A Quebec Constitution possible, legal experts say », *The National Post*, 25 octobre 2007, p. A-4.

¹⁶⁶ Voir Bernard Descôteaux, « Contradictions péquistes », *Le Devoir*, 20 octobre 2007, p. C-4; Brigitte Breton, « Symboles identitaires », *Le Soleil*, 20 octobre 2007, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20071020/cosoleil/71019167/6722/cpsoleil>; André Pratte, « Les premières pierres », *La Presse*, 22 octobre 2007, p. A17. Voir aussi les opinions formulées dans la tribune libre de Vigile par Jacques Bergeron, « Constitution du Québec - Un tel projet doit émaner du peuple! », accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Un-tel-projet-doit-emaner-du> et Bernard Desgagné, « La Loi sur l'identité québécoise - Que le PQ tienne bon, l'ère de la culpabilisation est finie », 20 octobre 2007, accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Que-le-PQ-tienne-bon-l-ere-de-la>.

est d'ailleurs d'une « lumineuse concision »¹⁶⁷. Dans ses mémoires, le même juge et militant Marc Brière consacre un chapitre « à la nation et sa constitution »¹⁶⁸ et continue de défendre au sein du Mouvement Démocratie et souveraineté, qui a succédé au Mouvement pour une nouvelle constitution québécoise (MONOCOQ), l'idée d'une constitution québécoise »¹⁶⁹.

Dans son plus récent livre, l'essayiste Jean-François Lisée fait la promotion de la constitution québécoise en ses termes:

« J'ai suivi les débats sur l'introduction d'une constitution interne québécoise, jugeant qu'il s'agissait d'un projet institutionnellement valable, certes, mais déconnecté des préoccupations du citoyen. Il s'agissait d'une coquille d'autant plus difficile à construire qu'elle susciterait plus de tracas que d'enthousiasme ou de retombées.

Le climat est cependant complètement nouveau à l'heure où nous voulons affirmer ce que nous sommes et mieux définir les aménagements avec ceux qui, venus depuis longtemps, restent à la marge ou ceux qui, nouveaux arrivants, n'ont pas perçu des signaux assez clairs. Les accommodements raisonnables ont conduit les Québécois à se pencher sur leur propre identité, leurs propres valeurs. Incrire les balises de cette identité, de ces valeurs, introduire une citoyenneté dans un texte constitutionnel devient un projet concret, pertinent pleinement en phase avec les préoccupations des citoyens »¹⁷⁰.

L'ancien député et ministre Gilbert Paquette évoque quant à lui la possibilité de préparer, dans le cadre d'une alliance avec l'ADQ, « deux projets de Constitution québécoise, l'une d'un Québec souverain, l'autre intégrant au projet de loi 196 de Daniel Turp la liste des pouvoirs à rapatrier dans le cadre de la Constitution canadienne »¹⁷¹.

Dans une étude s'intéressant à la succession royale, le juriste André Binette affirme quant à lui que « le moment de la prochaine succession royale pourrait être l'occasion d'une réévaluation du rôle de la monarchie au Canada ou au Québec »¹⁷². Il ajoute qu'« [u]n projet de rédaction d'une nouvelle Constitution québécoise pourrait faire apparaître plus clairement certaines des

¹⁶⁷ Marc Brière, « À propos de constitution et de citoyenneté québécoises », *Le Devoir*, 3 et 4 novembre 2007, accessible à l'adresse <http://vigile.net/A-propos-de-constitution-et-de>.

¹⁶⁸ Marc Brière, *Juge et militant - Mémoires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007, p. 135-142.

¹⁶⁹ Voir Antoine Robitaille « Mouvement Démocratie souveraineté - Des intellectuels veulent régénérer le débat public », *Le Devoir*, 11-12 novembre 2007, p. A-3.

¹⁷⁰ Jean-François Lisée, *Nous*, Montréal, Boréal, 2007, p. 29-30.

¹⁷¹ Voir Gilbert Paquette, *La nécessaire alliance*, Montréal, Les intouchables, 2008, p. 132.

¹⁷² André Binette, « La succession royale, la Constitution canadienne et la Constitution du Québec », *Bulletin québécois de droit constitutionnel*, numéro 3, hiver 2008, p. 1.

limites de la légalité canadienne, notamment celles qui sont relatives à la monarchie »¹⁷³ et propose « l'adoption d'un projet de Constitution du Québec par l'Assemblée nationale et par le peuple québécois »¹⁷⁴. Il précise sa pensée à ce dernier égard et est d'avis que:

« Il faut adopter dès maintenant une Constitution du Québec qui proclame la République du Québec, et la faire approuver par référendum. Le Québec doit reprendre l'initiative sur le plan constitutionnel. L'adoption de la Constitution du Québec par référendum lui donnera une légitimité supérieure à la Constitution canadienne qui a été imposée au Québec, ce qui lui confèrera aussi une plus grande capacité d'évolution. La légalité canadienne aura été respectée tout en innovant »¹⁷⁵.

Et s'agissant de l'opinion publique québécoise, un sondage Léger Marketing réalisé auprès de 1000 répondants entre le 14 et le 18 novembre 2007 révèle que 63 % des Québécois se disent favorables à ce que l'on dote le Québec d'une constitution interne qui affirmerait les valeurs du Québec, le taux d'appui chez les francophones se situant à 69 %¹⁷⁶. Les données suivantes précisent le niveau d'appui des Québécois et des Québécoises à l'idée de doter le Québec de sa propre constitution:

QUESTION. Certains proposent de doter le Québec d'une constitution interne, à l'intérieur du Canada. Cette constitution affirmerait les valeurs du Québec: prédominance du français, patrimoine historique et culture québécoise, égalité des sexes et laïcité des institutions. C'est à cette constitution que prêteraient serment les nouveaux immigrants et les élus du Québec. Êtes-vous favorable ou défavorable à cette proposition?

	TOTAL (n=1 000)	FRANCO- PHONES (n=809)	NON- FRANCOPHONES (n=191)
FAVORABLE	63 %	69 %	37 %
DÉFAVORABLE	28 %	24 %	45 %

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 28.

¹⁷⁵ André Binette, « Quelle constitution pour le Québec? », accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/Quelle-constitution-pour-le-Quebec>. Pour un commentaire sur cette proposition, voir André Savard, « Le Renvoi sur la sécession », accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/le-renvoi-sur-la-secession>.

¹⁷⁶ Voir Léger Marketing, *L'opinion des Québécois à l'égard d'une constitution du Québec*, Rapport d'un sondage Omnibus, Dossier 10943-001, Novembre 2007, dont le texte intégral est accessible à l'adresse <http://www.vigile.net/L-opinion-des-Quebecois-a-l-egard,10759>. Voir aussi Mario Girard, « Sondage - Les Québécois veulent une constitution interne », *La Presse*, 10 décembre 2007, p. A-4, accessible à l'adresse <http://www.cyberpresse.ca/article/20071209/cpactualites/71209149/6488/cpactualites> et LCN, « Identité québécoise - Les citoyens derrière le projet Marois », 9 décembre 2007, accessible à l'adresse <http://lcn.canoe.ca/lcn/infos/national/archives/2007/12/20071209-185502.html>.

NE SAIT PAS/ REFUS	9 %	7 %	18 %
-------------------------------	------------	------------	-------------

Ce sondage révèle par ailleurs que, dans la région de Montréal, 57 % des répondants sont favorables à la proposition. Le taux d'appui tend à être légèrement plus élevé dans les banlieues (61 %) que dans l'île de Montréal (53 %). On trouve une plus grande proportion de personnes favorables à cette proposition dans les groupes suivants: les 18-24 ans (77 %), les répondants de l'Ouest du Québec (71 %), ceux dont le revenu familial se situe entre 40 000 \$ et 60 000 \$ (70 %), les travailleurs manuels (73 %), les étudiants (73 %) et ceux ayant une scolarité de niveau secondaire (69 %). Les répondants possédant les caractéristiques suivantes sont quant à eux plus nombreux à être défavorables à cette proposition: les hommes (33 %), les personnes âgées de 65 ans et plus (36 %), les répondants de la région de Montréal (32 %), les répondants de la région de Québec (34 %), ceux dont le revenu familial annuel est supérieur à 80 000 \$ (35 %), les professionnels (35 %) et ceux ayant une scolarité universitaire (37 %).

Si les débats constitutionnels ont suscité la frustration des Québécoises et des Québécois, cette frustration est née de l'incapacité de modifier la constitution du Canada dans le sens des revendications du Québec et le refus de satisfaire des attentes constitutionnelles qui illustrent les vues fort divergentes sur l'application du principe fédératif au Canada. La succession d'échecs constitutionnels et les acteurs qui l'ont imposée au Québec ont ainsi enlevé le goût de la constitution aux gens d'ici.

L'élaboration d'une constitution québécoise semble susciter dorénavant un grand intérêt et faire l'objet d'un vaste consensus. L'on est donc maintenant en droit d'espérer, comme le souhaitait le grand constitutionnaliste Jacques-Yvan Morin, que le Québec se dote d'une constitution « vivante », qui en serait certes le miroir, mais aussi le portrait idéal¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Voir *supra* note 37, à la p. 220.

Annexe 1
Constitution québécoise (projet de loi n° 195)

LOI SUR L'IDENTITÉ QUÉBÉCOISE
(Extraits)

ASSEMBLÉE NATIONALE
PREMIÈRE SESSION TRENTE-HUITIÈME LÉGISLATURE

Présenté par
Mme Pauline Marois
Députée de Charlevoix

Notes explicatives

Le présent projet de loi vise à permettre à la nation québécoise d'exprimer son identité par la prise de diverses mesures.

Tout d'abord, il prévoit l'élaboration d'une Constitution québécoise et l'institution d'une commission parlementaire spéciale.

[...]

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

CHAPITRE I

OBJET

1. La présente loi vise à permettre à la nation québécoise d'exprimer son identité par:

1° l'élaboration d'une Constitution québécoise;

[...]

CHAPITRE II

DE LA CONSTITUTION QUÉBÉCOISE

2. L'Assemblée nationale doit pourvoir à l'élaboration d'un projet de Constitution québécoise énonçant notamment les principes sur lesquels est fondée la nation québécoise, instituant une citoyenneté québécoise, présentant les symboles nationaux, enchâssant les droits et libertés de la personne et les droits linguistiques fondamentaux, décrivant les institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires du Québec, prévoyant sa révision et assurant sa suprématie.

3. Est instituée, sous l'autorité de l'Assemblée nationale, une commission parlementaire spéciale désignée sous le nom de « Commission spéciale sur la Constitution québécoise ».

La Commission est instituée au plus tard trois mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

4. La Commission a pour mandat de rédiger, sur la base du projet de Constitution québécoise présenté à l'Assemblée nationale le (*insérer ici la date de présentation du projet de loi n° 196*), un projet de Constitution québécoise et de formuler, à cet égard, des recommandations à l'Assemblée nationale.

Elle formule également des recommandations sur le mode d'approbation de la Constitution québécoise.

5. La Commission compte 32 membres ainsi répartis:

1° 16 députés désignés par les groupes parlementaires reconnus au prorata de leur représentation à l'Assemblée nationale;

2° 16 personnalités de la société civile désignées par les groupes parlementaires en un nombre égal au nombre de députés désignés en application du paragraphe 1°.

Chacun des groupes mentionnés au premier alinéa devra être composé d'un nombre égal de femmes et d'hommes.

Les groupes parlementaires transmettent au président de l'Assemblée la liste des membres de la Commission dans les sept jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi.

La Commission est co-présidée par une femme et un homme. Les membres de la Commission désignent un co-président parmi les députés et un co-président parmi les personnalités de la société civile.

6. La Commission entreprend ses travaux au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

La Commission est convoquée en séances publiques ou de travail conformément à la procédure prévue à l'article 148 du Règlement de l'Assemblée nationale, même s'il s'agit d'un mandat confié par l'Assemblée.

La Commission tient une consultation générale. Elle consacre des périodes de temps à l'audition de citoyennes et de citoyens qui, bien que n'ayant pas soumis de mémoire, auront fait part de leur intérêt d'être entendus par elle.

7. Le secrétariat des commissions de l'Assemblée nationale assure le soutien nécessaire au bon fonctionnement de la Commission.

La Commission dispose des ressources nécessaires à la réalisation de son mandat, notamment en matière de soutien à la recherche et de publicité.

8. Dans les deux ans à compter de son institution, la Commission remet son rapport final au président de l'Assemblée nationale et le rend public par les moyens qu'elle juge appropriés. Entre-temps, elle peut de la même façon remettre et publier des rapports intérimaires.

Les rapports intérimaires et final de la Commission peuvent comporter des observations, des conclusions et des recommandations. La Commission n'est pas limitée à un jour franc, après l'étude du projet de Constitution québécoise, pour déterminer en séance de travail les observations, conclusions et recommandations qu'elle entend soumettre à l'Assemblée.

Le président de l'Assemblée nationale dépose les rapports devant l'Assemblée nationale sans délai ou, si elle ne siège pas, dans les 15 jours de la reprise de ses travaux.

9. Les règles de procédure relatives aux commissions parlementaires permanentes s'appliquent à la Commission dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de la présente loi.

Annexe 2 **Constitution québécoise (projet de loi n° 196)**

ASSEMBLÉE NATIONALE
PREMIÈRE SESSION TRENTE-HUITIÈME LÉGISLATURE

Présenté par
M. Daniel Turp
Député de Mercier

Notes explicatives

Le présent projet de loi a pour objet d'inscrire dans une Constitution québécoise les valeurs fondamentales du Québec.

À ce titre, le projet de loi traite de la citoyenneté québécoise, du territoire national, du patrimoine culturel et naturel, de la capitale nationale, de la langue officielle et des symboles nationaux.

En outre, le projet de loi consacre la primauté des articles 1 à 48 de la Charte des droits et libertés de la personne ainsi que des articles 2 à 6 de la Charte de la langue française et traite des compétences du Québec.

De plus, le projet de loi présente les institutions de l'État que sont l'Assemblée nationale, le gouvernement et les tribunaux.

Enfin, le projet de loi traite de la révision et de la suprématie de la Constitution québécoise.

Projet de loi n° 196: Constitution québécoise

NOUS, PEUPLE DU QUÉBEC,

CONSIDÉRANT que les Québécois et les Québécoises forment une nation et que le Québec est une nation francophone;

CONSIDÉRANT la présence au Québec des Premières Nations et de la nation inuite;

CONSIDÉRANT l'existence de la communauté anglophone du Québec;

CONSIDÉRANT l'apport des Québécois et des Québécoises de toute origine au développement du Québec;

CONSIDÉRANT que le Québec possède des caractéristiques propres et témoigne d'une continuité historique enracinée dans son territoire sur lequel il

exerce ses droits par l'entremise d'un État doté d'institutions démocratiques qui lui sont propres, notamment une Assemblée nationale, un gouvernement et des tribunaux impartiaux et indépendants;

CONSIDÉRANT que le Québec a le droit inaliénable de choisir librement son régime politique et son statut juridique;

CONSIDÉRANT que le Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et qu'il appartient à la nation québécoise d'exprimer son identité par l'adoption d'une Constitution québécoise;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

CHAPITRE I

DES VALEURS FONDAMENTALES

1. Le Québec est une société libre et démocratique.

Le Québec est un État de droit.

Le Québec est une terre où les personnes sont libres et égales en dignité et en droits.

Le Québec assure la promotion et la protection de la langue française et de la culture québécoise.

Le Québec contribue au maintien de la paix et de la sécurité internationale.

Le Québec favorise le progrès social, le développement économique et la diversité culturelle dans le monde.

Le Québec agit selon les principes du développement humain et du développement durable.

CHAPITRE II

DE LA CITOYENNETÉ QUÉBÉCOISE

2. Une citoyenneté québécoise est instituée. La qualité de citoyen ou de citoyenne est attribuée ou se perd selon les conditions déterminées par la loi.

CHAPITRE III

DU TERRITOIRE NATIONAL

3. Le Québec exerce ses compétences sur l'ensemble de son territoire.

Le territoire du Québec et ses frontières ne peuvent être modifiés qu'avec le consentement de l'Assemblée nationale du Québec.

Le gouvernement du Québec doit veiller au maintien et au respect de l'intégrité territoriale du Québec.

CHAPITRE IV

DU PATRIMOINE NATUREL ET CULTUREL

4. Le Québec préserve et met en valeur l'ensemble de son patrimoine naturel et culturel, notamment son patrimoine archéologique, architectural, archivistique, artistique, ethnologique, historique et religieux.

CHAPITRE V

DE LA CAPITALE NATIONALE

5. La capitale nationale du Québec est la Ville de Québec.

CHAPITRE VI

DE LA LANGUE OFFICIELLE

6. Le français est la langue officielle du Québec.

Les règles visant à assurer la prédominance de la langue officielle sont prévues par la loi.

CHAPITRE VII

DES SYMBOLES NATIONAUX ET DE LA FÊTE NATIONALE

7. Le drapeau du Québec est formé d'une croix blanche sur fond bleu accompagnée, dans chaque canton, d'une fleur de lys blanche ou, en termes héraldiques, d'azur à la croix d'argent cantonnée de quatre fleurs de lys du même.

L'arbre emblématique du Québec est le bouleau jaune. La fleur emblématique du Québec est l'iris versicolore. L'oiseau emblématique du Québec est le harfang des neiges.

La devise du Québec est « Je me souviens ».

Les armoiries du Québec utilisent un tiercé en fasce; d'azur, à trois fleurs de lys d'or; de gueules, à un léopard d'or, armé et lampassé d'azur; d'or, à une branche d'érable à sucre à triple feuille de sinople, aux nervures du champ.

Le 24 juin est le jour de la Fête nationale du Québec.

CHAPITRE VIII

DES DROITS ET LIBERTÉS AU QUÉBEC

8. Les articles 1 à 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., chapitre C-12) et les articles 2 à 6 de la *Charte de la langue française* (L.R.Q., chapitre C-11) font partie intégrante de la présente Constitution.

Dans l'interprétation et l'application de ces articles, il doit être tenu compte du patrimoine historique et des valeurs fondamentales de la nation québécoise, notamment de l'importance d'assurer la prédominance de la langue française, de protéger et de promouvoir la culture québécoise, de garantir l'égalité entre les femmes et les hommes et de préserver la laïcité des institutions publiques.

CHAPITRE IX

DES COMPÉTENCES DU QUÉBEC

9. Le Québec est souverain dans les domaines de compétence qui sont les siens dans le cadre des lois et des conventions constitutionnelles.

Le Québec exerce la compétence sur les relations internationales dans toutes les matières qui ressortissent aux compétences prévues par le présent article.

CHAPITRE X

DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC

10. L'Assemblée nationale adopte les lois et surveille l'action du gouvernement.

L'Assemblée nationale approuve les engagements internationaux importants du Québec.

L'Assemblée nationale se compose de 125 députés et députées. Ce nombre peut être modifié par la loi pour tenir compte de l'évolution démographique du Québec.

L'élection des députés et des députées se fait selon le mode de scrutin prévu par la loi.

Les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Assemblée nationale sont prévues par la loi.

CHAPITRE XI

DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

11. Le gouvernement est l'organe qui détermine et conduit la politique générale du Québec. Il assure l'exécution des lois et dispose, conformément à la loi, du pouvoir réglementaire.

Le gouvernement négocie les engagements internationaux et assure la représentation du Québec auprès des États et des institutions internationales.

Le Premier ministre ou la Première ministre dirige le gouvernement et préside le Conseil exécutif.

Les modalités d'organisation et de fonctionnement du gouvernement sont prévues par la loi.

CHAPITRE XII

DES TRIBUNAUX DU QUÉBEC

12. Les tribunaux du Québec sont indépendants et impartiaux. Les juges sont inamovibles et ne peuvent contre leur gré faire l'objet d'une mutation, d'une suspension ou d'un congédiement qu'en vertu d'une décision judiciaire et dans la seule forme et pour les seuls motifs prescrits par la loi.

Les modalités d'organisation et de fonctionnement des tribunaux du Québec sont prévues par la loi.

CHAPITRE XIII

DE LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION QUÉBÉCOISE

13. Tout projet de loi de révision de la présente Constitution peut être présenté par le Premier ministre ou la Première ministre ou par au moins 25 % des députés et des députées de l'Assemblée nationale.

Le projet de loi de révision doit obtenir une majorité des deux tiers des députés et députées de l'Assemblée nationale.

CHAPITRE XIV

DE LA SUPRÉMATIE DE LA CONSTITUTION QUÉBÉCOISE

14. Le droit et les conventions constitutionnelles applicables au Québec au moment de l'entrée en vigueur de la présente Constitution continuent de s'appliquer dans la mesure où leurs dispositions sont compatibles avec celle-ci et tant qu'elles ne sont pas modifiées conformément à la loi.

Les dispositions de la présente Constitution l'emportent sur toute règle du droit québécois qui leur est incompatible.

CHAPITRE XV

DISPOSITION FINALE

15. La présente loi entre en vigueur le (indiquer ici la date de la sanction de la présente loi).

Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain

Marc Chevrier*

La préparation d'une constitution de l'État du Québec (ou d'une République du Québec) suppose que l'on réponde à une question fondamentale: quel est le sens de l'entreprise constituante aujourd'hui? C'est une question à laquelle les analystes du régime constitutionnel ne peuvent échapper, peu importe qu'ils envisagent la constitution d'un État fédéré ou celle d'un État souverain, ou la constitution d'une collectivité qui a une longue expérience de la démocratie ou celle d'un pays qui balbutie dans l'apprentissage de la liberté¹. Au fond, il s'agit de s'interroger sur les finalités qui motivent l'adoption d'une constitution pour fonder ou refonder un État, mettre en œuvre une réforme des institutions, marquer le passage d'un régime totalitaire ou ségrégationniste à la démocratie libérale. L'idée de constitution, en tant qu'entreprise collective délibérée, fait partie du vocabulaire démocratique occidental depuis au moins le siècle des Lumières; c'est une idée riche, au sens multiple, dont l'usage ne se borne pas aux domaines du droit et du politique. C'est pour mieux la saisir et mieux comprendre les divers usages auxquels elle s'est prêtée dans la fondation et l'ordonnement des régimes politiques que je propose dans le présent article d'examiner dans un premier temps trois acceptions différentes de la notion de constitution. La première, la constitution garde-fou, ou la constitution juridico-politique, est celle qui spontanément est la

* Professeur, département de science politique, Université du Québec à Montréal, courriel: chevrier.marc@uqam.ca

¹ Le débat actuel sur l'opportunité de doter le Québec d'une constitution écrite interne doit beaucoup à l'étude phare publiée par Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 R. D. McGill, p. 171-220. Il apparaît cependant, au vu de la recherche historique, que cette idée appartient à l'horizon politique québécois depuis la première moitié du XIX^e siècle et qu'elle est réapparue, par intermittence, depuis l'échec de la révolution patriote de 1837-1838, à la veille de l'union fédérale de 1867, puis peu avant et après le début de la Révolution tranquille. Voir à ce sujet l'étude de Daniel Turp, qui donne un aperçu panoramique des nombreux écrits qui se sont rapportés à ce débat, Daniel Turp, député de Mercier, *Note historique sur la Constitution québécoise*, Assemblée nationale de l'État du Québec, 22 mai 2009, en ligne: www.danielturpqc.org. Pour une perspective républicaine de la question, voir Marc Chevrier, « La République du Québec et sa constitution », (2007-2008) 10(1) *Argument*, 127-161.

plus connue des spécialistes des régimes politiques, constitutionnalistes ou politologues. Les deux autres, par contre, s'éloignent de la définition classique. Il s'agit de la constitution sociale, puis de la constitution moderne ou naturelle. Dans un deuxième temps, j'examinerai comment à chacune de ces conceptions de la constitution correspond en fait une forme particulière de constitutionnalisme qui existe non seulement à titre théorique mais également dans la pratique constitutionnelle des États, souverains ou fédérés. C'est à un exercice de pensée que j'invite le lecteur; s'il a l'impression que je m'écarte des sentiers qu'il a l'habitude de fréquenter dans la première partie de mon article, il s'apercevra dans la deuxième que j'y reviendrai, après des détours que j'espère fructueux.

1. Trois images de la constitution

1.1. La constitution garde-fou ou juridico-politique

C'est la vision la plus répandue, celle qui guide l'esprit quand on songe à l'État, à sa structure, à sa forme. La constitution se présente comme un document ou un ensemble de règles plus ou moins formalisées qui donnent à l'État son existence, organisent et limitent ses pouvoirs et qui, ce faisant, le séparent de la société. Le libéralisme qui a façonné la plupart des régimes démocratiques en Occident a insisté sur cette séparation et cette limitation des pouvoirs qu'accomplit la constitution juridico-politique. Il repose sur l'idée que le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins et que la liberté de la société et des individus trouve sa garantie « en différents garde-fous et barrages constitutionnels qui limitent le pouvoir des gouvernants et son étendue. »². L'idée que le pouvoir puisse être contenu par des limites occupe une grande place dans l'œuvre de Montesquieu. « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites », écrit-il dans *l'Esprit des lois*. Pour Montesquieu toutefois, ces limites ne prennent pas nécessairement la forme juridique de lois ou d'une constitution au sens que les Américains lui avaient donné dès l'adoption de leurs premières constitutions coloniales. C'est en examinant la fameuse constitution d'Angleterre, essentiellement évolutive et organique, qu'il en tira son fameux principe de modération du pouvoir par lui-même, que les Américains ont récupéré pour l'ériger en principe de séparation de

² Benjamin Barber, *Démocratie forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 28.

pouvoirs. Ces limites qui arrêtent le pouvoir prenaient surtout la forme de contre-pouvoirs sociaux, la noblesse et le corps des parlements de l'Ancien régime, qui tempèrent par leur influence et leurs remontrances la centralisation du pouvoir dans les mains du monarque. Les Américains ont combiné John Locke à Montesquieu en donnant à ces limites qui arrêtent le pouvoir la forme d'une loi suprême, résultat d'une entreprise politique délibérée et approuvée par le peuple, qui insère les contre-pouvoirs dans l'organisation même de l'État et le fonctionnement du gouvernement représentatif. L'entreprise constituante américaine n'exclut nullement l'existence de contre-pouvoirs sociaux en dehors de l'État, mais crée un système de pouvoirs et contre-pouvoirs institutionnels qui trouve une expression et une articulation suffisantes dans la loi constitutionnelle même.

Comme l'a remarqué Benjamin Barber, le libéralisme qui inspira l'entreprise constituante américaine et dont la filiation intellectuelle remonte au philosophe Thomas Hobbes, repose sur une conception « newtonienne » du pouvoir³. Hobbes et plusieurs libéraux à sa suite conçurent la fondation du pouvoir à partir de ce que Barber appelle un « cadre inertiel », à savoir un monde théorique, fini et clos, où s'opposent des forces régies par une espèce de loi d'inertie. Les individus, considérés comme des atomes animés d'une force motrice initiale s'entrechoquant sous l'effet de leur volonté, connaissent la paix civile grâce à la force régulatrice d'un Léviathan établi par une convention. L'établissement de l'État est conceptualisé par Hobbes comme la concentration sur une seule personne ou une assemblée d'hommes de toute la puissance et de toute la force dont sont capables les hommes qui se projettent sur ce point focal. Même la liberté chez Hobbes reçoit une acception mécaniste: elle est « l'absence d'entraves extérieures, entraves qui, souvent, peuvent détourner une part de la puissance de faire ce que l'on voudrait, sans cependant pouvoir empêcher l'usage de la puissance restante, conformément à ce que dictent notre jugement et notre raison »⁴. Les libertés et les droits que les libéraux opposeront à la puissance de l'État et dont ils confieront la protection à une constitution juridico-politique étaient aussi, dans l'esprit de plusieurs, autant de puissances à préserver contre l'empiètement du pouvoir politique. Cette conception du pouvoir et des libertés dépeint un monde réaliste, que Barber décrit comme suit:

³ *Ibid.*, p. 47-68.

⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap. 14, Paris, Gallimard, 2000, p. 230.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain »

Le monde du réaliste est par-dessus tout un monde de pouvoir: de puissance, de contraintes, d'influence. Un monde où l'espace est bondé. C'est pourquoi les règles de circulation et les agents de police, mandatés par la nécessaire prudence, y sont indispensables. Comme le monde de Newton ordonné par des lois physiques, le monde du réaliste est régi par celles de la certitude – les ordres et les sanctions, seuls capables de soumettre l'âme des agresseurs⁵.

« De cette mécanique sociopolitique émerge », écrit Barber, le *Watchman's State*, ou l'État du gardien⁶. Cependant, on pourrait ajouter, s'il faut compléter l'image, que la constitution libérale qui érige l'État pour préserver la société de l'état de nature est aussi celle qui garde l'État, le surveille, contre les abus de sa puissance. La constitution juridico-politique, dans la forme célébrée par la convention de Philadelphie en 1787 et qui a inspiré de nombreuses autres constitutions libérales est donc l'instrument qui remplit une triple fonction de garde-fou, qui équilibre les puissances, au sein de l'État même, puis entre celui-ci et la société, et enfin, d'une certaine manière, au sein de celle-là. La théorie des factions élaborée par James Madison le montre bien: le gouvernement représentatif et le fédéralisme inscrits dans la loi constitutionnelle sont des moyens grâce auxquels les effets néfastes des factions, qui poursuivent leur intérêt particulier au détriment de l'intérêt général, sont « corrigés » ou neutralisés. Mais généralement, cet aspect modérateur que le régime constitutionnel exerce sur la société et ses groupes « factieux » n'est pas l'aspect le plus saillant du libéralisme; c'est la surveillance du pouvoir d'État par des limitations constitutionnelles qui retient l'attention.

Il ne s'agit pas de prétendre, par ailleurs, que libéralisme constitutionnel se réduit strictement à cette conception mécaniste du pouvoir et des libertés. La présente étude vise plutôt à voir l'une des implications de cette image de la constitution, en tant qu'elle est un garde-fou, une clôture, un frein, un contrepoids, etc., toutes images qui connotent l'idée d'un équilibre de puissances, de forces, de mouvements contraires. Et la constitution est ce qui fait en sorte qu'une société passe du désordre à l'ordre, par un système dont la formule est exprimée en un ensemble de règles reconnaissables. Cependant, l'objet principal de ce système est l'État, la société étant vue comme ce qui reste, ce qui vit par soi-même une fois qu'on l'a séparée de l'appareil du pouvoir.

⁵ Benjamin Barber, *supra* note 2, p. 62.

⁶ *Ibid.*

De cette constitution formatrice de l'État, les juristes ont décrit diverses variantes, suivant qu'elle prenne une expression formelle et écrite, conforme aux traditions américaine et française, ou évolutive et non-écrite, telle que la constitution britannique en est l'exemple paradigmatique⁷. Les constitutionnalistes ont aussi distingué la constitution juridique ou formelle de la constitution matérielle, selon qu'ils visent la description des normes fondamentales effectives d'un État ou l'ensemble des règles se rapportant à l'organisation ou au fonctionnement du pouvoir. Ces distinctions se retrouvent généralement dans les prolégomènes introductifs des traités de droit constitutionnel, en particulier en France⁸. Au Québec et au Canada, cependant, les constitutionnalistes s'arrêtent plus ou moins à ces distinctions, sauf à observer que la constitution canadienne, calquée sur le modèle britannique, a pris à la fois une forme non-écrite et évolutive ainsi qu'une expression écrite ou formelle, systématisée en partie par la réforme constitutionnelle de 1982⁹.

1.1.1. Une digression, la distinction oubliée – au Québec du moins – entre constitution juridique et constitution politique

Il est toutefois une distinction inconnue du monde du droit constitutionnel québécois qui mérite qu'on s'y attarde, car elle éclaire tout le débat qui se fait depuis quelques années au Québec sur l'opportunité d'adopter une constitution formelle et écrite de l'État du Québec. De plus, cette distinction renvoie à un aspect fondamental de la pratique constitutionnelle occidentale

⁷ Sur l'exemple britannique, voir les travaux de Denis Baranger, *Le droit constitutionnel*, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 2002; *Écrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

⁸ Voir par exemple, Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, p. 66-68.

⁹ Plusieurs auteurs ont abordé ces questions: Paul-Gérin Lajoie, « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada », (1951) 20 R. du B. can., 1136, à la note 1; Benoit Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 33-44; Gérard Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 1014; Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle constitution du Québec », reproduit dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Demain, le Québec... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery (Québec), Septentrion, 1994, p. 151-159; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville., Yvon Blais, 2001, p. 4-5 et 10-11; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1994, p. 123-133; Daniel Turp, *Nous peuple du Québec. Un projet de Constitution du Québec*, Boisbriand, Éditions du Québécois, 2005, p. 7-8.

que nous avons perdu de vue au Canada comme au Québec. Cette distinction est celle entre la constitution juridique et la constitution politique moderne.

Dans son ouvrage *Démocraties*, Olivier Duhamel oppose la définition politique de la constitution à sa conception juridique. La première implique une vision substantielle, alors que l'autre se résume à une vision formaliste, qui ne lie le contenu et le processus d'adoption de la constitution à aucune exigence, hormis celle de l'effectivité normative. Duhamel définit comme suit la constitution politique moderne:

À l'inverse, la définition politique de la Constitution est substantielle. Elle découle de l'idée que les hommes constituent le pouvoir pour consacrer leur égalité et préserver leur liberté. Le pouvoir vient du peuple. Le pouvoir doit préserver les droits de chacun. [...] Selon la définition politique, c'est-à-dire démocratique, de la Constitution, seul le peuple peut valablement adopter une Constitution. Selon la définition juridique, qui prend acte de l'effectivité, toute autorité peut établir, voire imposer une Constitution¹⁰.

Muriel Rouyer a exprimé autrement cette même définition:

Assimilé, dans l'héritage classique au gouvernement modéré ou mixte, inspiré de la *politeia* aristotélicienne (« la meilleure des constitutions possibles »), le constitutionnalisme fait de la Constitution une norme juridique fondamentale émanant non du gouvernement mais du peuple constituant un gouvernement¹¹.

Évoquant l'expérience américaine de la constitution remontant au pacte de Mayflower et aux chartes coloniales, Friedrich Hayek exprime à sa manière la vision politique de la constitution:

Le concept de constitution se trouva ainsi étroitement associé à l'idée d'un gouvernement représentatif dans lequel l'organe représentatif n'aurait d'autres pouvoirs que ceux nettement circonscrits par le document lui conférant des pouvoirs. La formule selon laquelle « tout pouvoir émane du peuple » se référerait moins à l'élection périodique des représentants, qu'au fait que le peuple, organisé en corps constituant, avait le droit exclusif de définir les pouvoirs de la législature élue¹².

¹⁰ Olivier Duhamel, *Les démocraties*, Paris, Seuil, 1993, p. 19-20.

¹¹ Muriel Rouyer, « Les promesses du constitutionnalisme », (2003) 2(10) *Raisons politiques*, p. 12.

¹² Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, p. 177.

De tous les penseurs de la Révolution américaine, c'est sans doute Thomas Paine qui a exposé le plus clairement la conception politique de la constitution, par opposition à la vision anglaise, organique et évolutive, de la constitution, fondée sur l'autorité de la tradition et du précédent. Dans son célèbre pamphlet *The rights of Man*, publié en 1791 en réplique aux *Réflexions sur la révolution de France* d'Edmund Burke, il expose le principe moderne de la constitution: « *A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right* »¹³. Ainsi une constitution ne peut ni émaner du gouvernement, ni servir les fins qu'il a posées. Elle est la propriété de la nation, et c'est l'autorité du peuple qui établit sa légitimité. Comme l'observe Philippe Raynaud, Paine formule une doctrine politique très proche de celle des révolutionnaires français: « la priorité de la *volonté* sur la *tradition* et sur le *statut*, l'exigence d'une subordination explicite de l'ordre politique à la volonté actuelle de la nation »¹⁴. Paine, dans sa réplique à Burke, s'emploie à montrer qu'en n'aucune manière l'Angleterre s'est acquise une véritable constitution; ni la Magna Carta, ni le *Bill of Rights* de 1689, ni les libertés octroyées par les concessions des gouvernants ne sauraient constituer les éléments d'une constitution véritable. La pratique tant vantée par Burke du gouvernement fondé sur les précédents, soutient Paine, entretient la vénération superstitieuse du passé. Ceux qui s'en réclament, dit Paine, sont comme des « moines qui appellent sacrées les reliques qu'ils brandissent »¹⁵. Qui plus est, la doctrine du précédent cache en fait une politique cherchant à maintenir l'homme dans l'ignorance. C'est l'aveu qu'au fur et à mesure que les gouvernements avancent dans le temps, la sagesse ne peut que s'y affaiblir, si bien qu'ils « doivent aller clopin-clopant sur les béquilles du précédent »¹⁶. Dans un monde gouverné par le précédent, il est difficile d'imaginer que les nouvelles générations puissent être meilleures que les précédentes et vouloir rénover ce qui est.

Dans son célèbre ouvrage *Constitutions* de 1905, James Bryce, sans nécessairement épouser la conception révolutionnaire américaine de la constitution, oppose les constitutions souples, dont la Rome antique et

¹³ Thomas Paine, *The Rights of Man*, New York, Everyman's Library, 1966, p. 182.

¹⁴ Philippe Raynaud, « Préface » dans Edmund Burke, *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, 1989, p. LXXXIV.

¹⁵ Thomas Paine, *supra* note 13, p. 196.

¹⁶ *Ibid.*

l'Angleterre fournirent les exemples typiques, et les constitutions rigides. En contrastant les deux formes de constitution, Bryce développe certains arguments qui s'apparentent à ceux de Paine. Ainsi, la constitution souple repose en grande partie sur l'intelligence, le jugement et la finesse d'une classe gouvernante avisée et restreinte, la masse de la population étant tenue à l'écart des choses constitutionnelles. Par contre, la constitution rigide, puisqu'elle est établie à l'avantage du peuple et par lui, intéresse directement le citoyen ordinaire et privilégie des formulations simples, faites pour l'éducation du plus grand nombre, dans toutes les classes de la société. À vrai dire, la constitution rigide dérive d'une théorie de la démocratie qui suppose la compétence cognitive de la population, que Bryce énonce comme suit:

The theory of democracy assumes that the multitude are both competent and interested; competent to understand the structure of their government and their own functions and duties as ultimately sovereign in it, interested as valuing those functions, and alive to the responsibility of those duties. A Constitution set out in black and white, contained in a concise document which can be expounded and remembered more easily than a Constitution growing out of a long series of controversies and compromises, seems specially fitted for a country where the multitude is called to rule¹⁷.

On voit dès lors que la vision politique moderne de la constitution ne se satisfait pas de ce que les normes fondamentales de la collectivité aient été héritées, soient reçues comme effectives par l'effet de l'histoire, du travail des juristes et de l'accoutumance du peuple aux usages politiques de l'élite dirigeante¹⁸. Ces normes tirent leur validité et leur légitimité d'une action collective consciente et délibérée, qui fait concourir le peuple, reconnu comme le véritable constituant, à la préparation et à la ratification de la constitution. Depuis les révolutions américaine et française, en dehors du monde britannique et de ses colonies, s'est ainsi imposée cette vision politique de la Constitution, qui est devenue la voie solennelle par laquelle

¹⁷ James Bryce, *Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, American branch, 1905, réimpression, Holmes Beach (Floride), Gaunt inc, 1997, p. 80.

¹⁸ Dans la tradition britannique toutefois, la notion de « constitution politique » renvoie plutôt au droit constitutionnel non écrit, en ce qu'il régit le fonctionnement du gouvernement responsable dans le cadre de la monarchie constitutionnelle. Voir Vernon Bogdanor, « Britain: The political constitution », dans Vernon Bogdanor, dir., *Constitutions in Democratic Politics*, Aldershot (É.-U.), Gower, 1988, 53-72. De la même manière, la Cour suprême du Canada distingue le constitutionnalisme juridique du constitutionnalisme politique. Voir le juge Sopinka, *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

un peuple accède à la liberté et l'inscrit dans un régime politique choisi, et non pas subi. Les révolutions de 1830 et de 1848, en Europe, propulsées dans plusieurs royaumes par l'éveil des nationalités, ainsi que les indépendances latino-américaines, ont proclamé, ou tenté de proclamer, leurs libertés nouvellement acquises souvent par une constitution issue du peuple. Ces proclamations n'ont certes pas produit les résultats escomptés; dans certains cas, l'Ancien régime a repris ses droits, comme en Allemagne; dans d'autres, les constitutions de l'indépendance n'ont pas pavé la voie à la liberté nationale et individuelle. Il n'empêche que tout au long du XX^e siècle, les indépendances arrachées dans la foulée de la décolonisation, même celles qui ébranlèrent l'empire britannique, se sont souvent signalées par l'adoption d'une constitution, plus ou moins conforme dans le processus de son élaboration, à l'idéal politique moderne.

Il faut revenir à l'esprit des Lumières du XVIII^e pour comprendre la signification de cet idéal. Dans un texte célèbre, Emmanuel Kant rappelle, dès les trois premières lignes de son opuscule, l'esprit des Lumières:

Qu'est-ce que les Lumières? La sortie de l'homme de sa minorité dont il est lui-même responsable. Minorité, c'est-à-dire incapacité de se servir de son entendement (pouvoir de penser) sans la direction d'autrui, minorité dont il est lui-même responsable (faute) puisque la cause en réside non dans un défaut de l'entendement mais dans un manque de décision et de courage de s'en servir sans la direction d'autrui. *Sapere aude!* (Ose penser) Aie le courage de te servir de ton propre entendement. Voilà la devise des Lumières¹⁹.

Transposé dans le domaine constitutionnel, cet idéal des Lumières signifie qu'un peuple accède à la liberté et à la dignité dès lors qu'il entreprend de sortir de sa minorité politique. La majorité politique s'acquiert par le libre examen des règles fondamentales gouvernant la collectivité et par le consentement du peuple à la formation de nouvelles règles élaborées par un usage public de la raison. Dans son texte, Kant n'ose remettre en question la légitimité des monarchies de son temps, et dans son œuvre, bien qu'il ait élaboré sur le contenu d'une constitution républicaine, il n'a pas cherché à définir un régime politique fondé sur la souveraineté du peuple²⁰. Or, les

¹⁹ Emmanuel Kant, *Réponse à la question « Qu'est-ce que les Lumières? »*, coll. Les intégrales de philo, Paris, Nathan, 1994, p. 67.

²⁰ Voir Simone Goyard-Fabre, *Éléments de philosophie politique*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 76-79. On notera que Pierre Pactet définit le constitutionnalisme libéral en le rattachant au projet des Lumières: « Le constitutionnalisme désigne le mouvement, qui est

révolutionnaires américains, empruntant au principe de consentement de la philosophie de John Locke, ont fait de cette exigence la pierre angulaire de leur constitution en 1787, dont tous les pouvoirs doivent dériver du consentement, réel ou présumé, du peuple. Peu avant l'indépendance, les Américains étaient déjà confortés dans l'idée que leurs diverses chartes coloniales cristallisaient un pacte entre le Roi anglais et ses sujets américains²¹. Ces constitutions coloniales comptent aujourd'hui parmi les premiers exemples de constitutions écrites connues en Occident²². En s'avancant dans l'aventure révolutionnaire, les Américains poussèrent plus loin l'idée de constitution: de charte concédée par le pouvoir, elle devient la chose du peuple, façonnée par sa volonté. Dans un ouvrage publié en 1789, John Stevens écrit: « Tout le pouvoir appartient au peuple seul et en dérive immédiatement; les administrateurs ne sont que ses députés et il peut les changer en un court espace. La Constitution elle-même est son propre ouvrage, et il peut en tout temps, lorsqu'il le croit nécessaire, la réformer ou en faire une autre »²³. Entre 1776 et 1786, les États américains mirent en œuvre cette nouvelle doctrine politique et se dotèrent de constitutions nouvelles, qui larguèrent l'ordre colonial ancien. Ce faisant, ils mirent au point deux innovations constitutionnelles d'importance: la convention constitutionnelle et la ratification. S'inspirant du radicalisme *whig* anglais, les Américains se convainquirent que le pouvoir constituant du peuple ne pouvait appartenir à l'assemblée élue ordinaire. Seule pouvait l'exercer une assemblée extraordinaire, qui supplée à la vacance du pouvoir et symbolise, si on la rapporte à la Grande convention anglaise de 1688, « la multitude indifférenciée du peuple saisi dans son état de nature »²⁴. La constitution

apparu au siècle des Lumières, et qui s'est efforcé, d'ailleurs avec succès, de substituer aux coutumes existantes, souvent vagues et imprécises et qui laissaient de très grandes possibilités d'action discrétionnaire aux souverains, des constitutions écrites conçues comme devant limiter l'absolutisme et parfois le despotisme des pouvoirs monarchiques. » Pierre Pactet, *supra* note 8, p. 65.

²¹ Gordon Wood, *La création de la république américaine*, Paris, Belin, 1991, p. 317.

²² Philippe Lauvaux. *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 140.

²³ John Stevens, *Examen du Gouvernement d'Angleterre comparé aux constitutions des États-Unis par un Cultivateur de New Jersey*, Londres Paris, chez Froullé, libraire, 1789, p. 45, tel que cité dans Denis Lacorne, *L'invention de la République américaine*, Paris, Hachette, 1991, p. 69. En fait, les Américains interprètent à leur façon cette liberté constitutionnelle défendue par John Locke lui-même: « Toute société qui se forme a la liberté d'établir un gouvernement tel qu'il lui plaît, de le combiner et de le mêler des différentes sortes que nous venons de marquer, comme il le juge à propos. » Voir John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, chapitre 10, par. 132, p. 241.

²⁴ Denis Lacorne, *supra* note 23, p. 73.

étant une norme placée au-dessus de la loi ordinaire votée par l'assemblée l'ordinaire du peuple, elle ne peut être légitimement issue que d'une convention spéciale, ce que rappelle Thomas Jefferson en 1785²⁵. Cependant, les conventions constitutionnelles, élues par le peuple aux seules fins de préparer le texte de la loi fondamentale de l'État, ne reçoivent pas un blanc-seing pour imposer au peuple leur plan²⁶. C'est au peuple que revient le dernier mot, qui ratifie ou non le projet proposé.

Le constitutionnalisme révolutionnaire américain, qui a trouvé sa forme vers la fin des années 1780, ne s'est certes pas maintenu intact dans l'histoire politique américaine. Après 1787, ce sont les États qui le continueront jusqu'à aujourd'hui, la convention demeurant encore l'un des modes privilégiés d'élaboration d'une nouvelle constitution et le référendum s'imposant pour sa ratification. La procédure d'amendement de la constitution fédérale américaine intègre en théorie la convention comme mécanisme d'élaboration et de ratification: outre le congrès, une convention nationale convoquée par les États peut exercer l'initiative constitutionnelle, et des conventions élues dans les États peuvent se substituer aux législatures étatiques à l'étape de la ratification. Toutefois, la procédure d'amendement constitutionnel la plus usitée a été celle qui remet l'initiative au congrès et la ratification aux législatures. Une seule fois a-t-on mobilisé avec succès des conventions étatiques pour ratifier un projet d'amendement²⁷.

Le modèle américain de la convention et de la ratification populaire a grandement influencé les travaux des révolutionnaires français²⁸; la théorie de la nation souveraine et titulaire du pouvoir constituant a trouvé dans Sieyès son avocat le plus éloquent²⁹. Mais la Révolution française, au contraire de l'américaine, n'a su développer de pratique démocratique et stable d'initiative et de ratification constitutionnelles. La constitution de 1793 est approuvée par référendum mais n'entre pas en vigueur. À

²⁵ *Ibid.*, p. 74.

²⁶ *Ibid.*, p. 76.

²⁷ Edmond Orban, « La Constitution », dans Edmond Orban et Michel Fortmann, dir., *Le système politique américain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2001, p. 42-48.

²⁸ Denis Lacorne, *supra* note 23, p. 77-84.

²⁹ Voir à ce sujet Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 72.

plusieurs reprises depuis la Révolution, la procédure référendaire sert à plébisciter le pouvoir personnel d'un nouvel homme fort providentiel, au point qu'à partir de la III^e République, le référendum apparaît, dans sa forme plébiscitaire, comme antirépublicain³⁰. La IV^e République renoue avec le référendum; le référendum du 21 octobre 1945 désigne l'Assemblée nationale élue le même jour comme assemblée constituante. Il a fallu deux autres référendums pour remporter l'adhésion de la population française sur un texte. La fondation de la V^e République s'écarte de la voie tracée par la IV^e: le gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 sous l'autorité du Général de Gaulle se voit déléguer le pouvoir constituant. La constitution d'inspiration gaullienne dût cependant être soumise au peuple le 28 septembre 1958, de même que l'a été l'élection au suffrage universel du président de la République le 28 octobre 1962. Dans plusieurs autres pays d'Europe, le référendum est obligatoire pour toute révision constitutionnelle fondamentale et il est fréquent dans plusieurs pays où il n'est pas obligatoire de soumettre au peuple le projet de constitution adopté après un changement de régime³¹. Peter Häberle résume en ces termes l'usage contemporain dominant: « *Exemplary of today is the requirement for a public vote at the beginning or the end of the constitutional process* »³².

La vision politique moderne de la constitution comporte plusieurs ingrédients. Elle procède d'une vision émancipatoire du politique. Façonnée par le peuple s'appropriant l'usage public de la raison, la constitution consomme la rupture avec un ordre ancien oppressif, archaïque, féodal, colonial, paternaliste ou devenu intolérable au regard des nouvelles exigences démocratiques du temps. Elle conjugue la liberté collective du peuple, souverain en tant que corps, à la liberté individuelle de ses citoyens. La vision politique est aussi *fondationnelle*; l'adoption d'une constitution marque le passage à un ordre nouveau, un nouveau régime politique, et parfois à une société neuve, débarrassée des gangues qui alourdissaient sa marche. Ainsi que l'écrivent André Hauriou et Jean Gicquel: « [l]orsqu'elle prend son entière portée, l'*opération constituante* se présente, en effet, *comme un renouvellement de la fondation de l'État effectué, cette fois, avec*

³⁰ Anne-Marie Cohendet, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 317.

³¹ L'Autriche, l'Estonie, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie et la Suisse. Voir Emiliano Grossman et Niclas Sauger, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007, p. 87-89.

³² Peter Häberle, « The Constitutional State and Its Reform Requirements », (2000) 13(1) *Ratio Juris*, p. 88.

la participation active et consciente de la Nation »³³. Cette vision politique est volontariste, voire rationaliste, jusqu'à un certain point, en ce sens qu'elle fait le pari qu'il est possible de fixer, dans une forme écrite, raisonnée et cohérente, les principes et les règles régissant le pouvoir politique. Enfin, elle est républicaine, au sens général du terme, dans la mesure où historiquement, les acteurs politiques qui ont adhéré à cette vision de la constitution ont tenté de concilier les exigences du gouvernement démocratique avec celles de l'État de droit, la république étant le gouvernement des lois, et non celui des hommes, en vue du bien commun³⁴.

Il n'est pas inintéressant de constater que la distinction entre la constitution juridique et la constitution politique a longtemps fait partie du droit constitutionnel positif d'un pays européen, la République fédérale allemande. En 1949, les délégués de la conférence de Bonn mandatés par les Länder reconstitués après l'effondrement du régime nazi sont convenus de doter la nouvelle république d'une *Loi fondamentale*, et non point d'une constitution. Ils avaient d'une part la conviction que cette loi serait transitoire, au vu de la séparation du peuple allemand en deux États, et d'autre part, qu'en raison de la procédure de son adoption, elle ne se conformait pas tout à fait à l'idéal de la constitution. D'ailleurs, l'ancien article 146 de la *Loi fondamentale*, aboli en 1990 après la réunification allemande, déclarait que: « La présente Loi fondamentale cessera d'avoir effet le jour où entrera en vigueur la Constitution qui aura été adoptée par le peuple allemand libre de ses décisions. » Ce qui impliquait, observe le germaniste Jean-Claude Capèle, « qu'une Allemagne unifiée devrait nécessairement se doter d'une Constitution définitive et d'institutions qui seraient approuvées par le peuple allemand dans son ensemble grâce à un référendum »³⁵. Les artisans de la réunification allemande ont préféré

³³ André Hauriou et Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1980, p. 319.

³⁴ La distinction entre république et démocratie n'est pas toujours faite dans la littérature philosophique et juridique. Blandine Kriegel l'a faite dans ses travaux. « La république, rappelle-t-elle, la chose publique, définit l'objet même du pouvoir: le bien commun. La démocratie, le pouvoir du peuple, désigne le titulaire de l'exercice du pouvoir. » Voir *Cours de philosophie politique*, Paris, Le Livre de poche, 1996, p. 49.

³⁵ Jean-Claude Capèle, *L'Allemagne hier et aujourd'hui*, Paris, Hachette, 2006, p. 83. Sur l'interprétation de cet article, voir aussi Andreas Hamann, *Das Grundgesetz. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlin, Hermann Luchterhand, 1956, p. 416-419 et Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 107-113.

toutefois emprunter une voie plus rapide, offerte par un autre article de la *Loi fondamentale*, qui permettait l'adhésion de nouveaux Länder à la *Loi fondamentale* existante, sans procéder à sa refonte. Plusieurs partis politiques en Allemagne, les sociaux-démocrates et les Verts, ont déploré que le gouvernement d'Helmut Kohl privât ainsi les Allemands de l'opportunité d'approuver par référendum la charte fondamentale, opportunité dont ils furent également privés en 1949³⁶. Dans l'ancienne Allemagne de l'Est, une table ronde de représentants de la société avait déjà commencé à travailler sur le texte d'une véritable constitution, sans réussir à infléchir la volonté du gouvernement de procéder par une autre voie³⁷.

Même si la classe politique et les spécialistes de la constitution au Québec et au Canada ont relativement ignoré la distinction entre les visions juridique et politique de la constitution, cela ne veut pas dire pour autant que celle-ci ne s'est pas exprimée dans leur histoire. En réalité, ce sont les Patriotes qui ont épousé la vision politique de la constitution. Pas de constitution qui soit légitime, si elle n'a pas été élaborée et approuvée par le peuple, idéalement par une convention constitutionnelle. Cette pensée constitutionnelle s'est élaborée à partir des années 1830, tournant à partir duquel le mouvement patriote se mit à embrasser le républicanisme d'inspiration américaine. Comme l'a observé Gérard Filteau, « Papineau, en particulier, en était venu à posséder à fond l'esprit et la lettre de la Constitution de la république voisine ainsi que les constitutions particulières de chacun des états de l'Union »³⁸. Au début de 1833, l'assemblée législative du Bas-Canada adopta des résolutions et une adresse au roi et au Parlement britannique où elle envisagea pour la première fois une espèce d'assemblée constituante pour la colonie. Cette assemblée spéciale, créée par une loi de ce parlement, devait donner au peuple du Bas-Canada la faculté de définir lui-même ses institutions « par le moyen de délégués librement et indistinctement choisis pour cet objet par toutes les classes et dans les classes de la population »³⁹. La résolution cita en exemple les nombreuses « institutions libres de ce Continent ». Les résolutions de 1834 revinrent sur cette revendication en demandant à

³⁶ Jean-Claude Capèle, *supra* note 35.

³⁷ Jacques-Pierre Gougeon, *Allemagne: une puissance en mutation*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 2006, p. 183-184.

³⁸ Gérard Filteau, *Histoire des Patriotes*, Montréal, Les éditions Univers, 1980, p. 220.

³⁹ Cité par Louis-Georges Harvey, « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », (2009) 17 (3) *Bulletin d'histoire politique*, p. 65

Londres d'accorder « aux sujets canadiens de Sa Majesté le pouvoir de réviser la constitution dont ils tiennent leurs droits les plus chers »; elles rappelèrent aussi que « la fidélité des Peuples et la Protection des gouvernements sont des obligations corrélatives »⁴⁰. À la suite de l'adoption des résolutions Russell au printemps 1837, qui opposèrent une fin de non-recevoir aux résolutions bas-canadiennes de 1834, des assemblées populaires se formèrent un peu partout dans la colonie pour protester contre la politique métropolitaine. Ces assemblées, note l'historien Louis-Georges Harvey, représentaient « un exercice de démocratie directe où le peuple validait un certain nombre de politiques et chargeait des délégués d'en assurer la mise en œuvre »⁴¹. En octobre 1837, l'assemblée réunie à Saint-Charles désigna « assemblées primaires » ces manifestations de démocratie directe. Le 15 mai 1837 surgit à Montréal et à Québec, dans deux assemblées simultanées, l'idée de convoquer une grande convention du peuple bas-canadien. La résolution des Patriotes montréalais prévoyait une convention formée pour moitié des parlementaires de la colonie (à l'exclusion des conseillers législatifs hostiles au projet patriote), pour moitié de délégués désignés par les assemblées « primaires » de comté, ce que firent plusieurs pendant l'été 1837. L'assemblée de la Confédération des Six Comtés revint à la charge avec l'idée de convoquer une convention du peuple. Même si ces multiples assemblées n'ont pas clairement attribué à cette convention un mandat constituant, Harvey conclut, à la lumière du contexte de l'époque, « que la grande assemblée souhaitée par les Patriotes se préparait à adopter une nouvelle constitution républicaine pour la colonie »⁴².

Ce fut toutefois longtemps après la répression des rébellions patriotes que son chef, au soir de sa vie, quelques mois après la proclamation de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, fit revivre la vision politique de la constitution, que les partenaires de la grande coalition de 1864, MacDonald, Cartier et Brown, avaient écartée. Dans un discours considéré comme son testament politique, Papineau déclara sans ambages: « Le Canada, depuis

⁴⁰ Tel que cité dans Marc Chevrier, *La démocratie québécoise par les textes*, coll. Études et documents, État du Québec, Ministère des Relations internationales, 1998, p. 36.

⁴¹ Louis-Georges Harvey, « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », *supra* note 39, p. 70

⁴² *Ibid.*

qu'il est devenu anglais, n'a pas encore eu de constitution »⁴³. Or, Papineau, qui était avocat, savait fort bien que Londres venait d'adopter une loi constitutionnelle établissant le Dominion canadien. Pourquoi refuser de considérer cette loi comme une constitution? La raison en était qu'il venait de redire sa foi dans la vision politique moderne, en se réclamant de l'esprit de la Déclaration d'indépendance de 1776 et de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Sa pensée constitutionnelle se condense en ces quelques lignes:

Les vraies doctrines sociologistes des temps modernes se résument en peu de mots: Reconnaître que, dans l'ordre temporel et politique, il n'y a d'autorité légitime que celle qui a le consentement de la majorité de la nation; de constitutions sages et bienfaisantes que celles sur l'adoption desquelles les intéressés ont été consultés, et auxquelles les majorités ont donné leur libre consentement⁴⁴.

Il dit ensuite son adhésion à la vision américaine de la convention, corps spécial constituant distinct de l'assemblée élue ordinaire:

...à des époques fixes et rapprochées, les peuples libres auront des conventions, distinctes de leurs parlements et des autres corps législatifs ordinaires. Ceux-ci, fondés et élus par la constitution, lui doivent soumission absolue. [...] La convention [...] devient l'autorité la plus importante du pays, sans avoir le pouvoir d'y faire la moindre loi [...] Sous les regards du pays entier [...] elle conclut à ce que des modifications à la constitution existante, telle qu'elle les indique, soient soumises à la considération et à la décision des citoyens. Après discussion libre, la majorité de ceux-ci décide de ce qu'elle en accepte, de ce qu'elle rejette. Le pays se donne à lui-même une constitution révisée et améliorée⁴⁵.

Joseph-Charles Taché, dans son plan d'union fédérale publié en 1858, n'avait sans doute pas été aussi clair que Papineau dans l'adhésion à la vision politique moderne de la constitution⁴⁶. Cependant, son projet mixte d'union mi-républicaine, mi-monarchique, qui envisageait que les États

⁴³ Voir « Un testament politique », conférence à l'Institut canadien de Montréal, 17 décembre 1867, dans Louis-Joseph Papineau, *Un demi-siècle de combats*, choix de textes et présentation de Yvan Lamonde et Claude Larin, Montréal, Fides, 1998, p. 582.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 580.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 581.

⁴⁶ Ce texte reprenait des articles publiés l'année précédente. Voir Joseph-Charles Taché, *Des Provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédérale*, Québec, Brousseau, Frère, 1858, 218 p. Disponible en ligne dans le site de la Bibliothèque nationale du Québec: <http://bibnum2.banq.qc.ca/bna/numtexte/59062.pdf>.

fédérés de l'union fussent en réalité des républiques fédérées adoptant le régime présidentiel américain et dotées d'une constitution écrite sanctionnée par un tribunal *ad hoc*, s'appuyait implicitement sur cette vision. D'autant plus que s'agissant de la constitution d'Angleterre, il reprocha au Parlement britannique de n'être soumis à aucune charte ou constitution écrite capable de le lier. La vision politique de la constitution s'est aussi exprimée dans l'opposition que les Rouges radicaux d'Antoine-Aimé Dorion firent contre le projet d'union fédérale de la Grande Coalition, qui refusa de soumettre à la population, par référendum ou des élections générales, les résolutions de Québec d'octobre 1864.

Par après, et l'idée d'une constitution écrite pour le Québec, et la vision politique de la constitution semblent être entrées dans une période d'endormissement. Quand la première refait surface à l'aube de la Révolution tranquille, la deuxième se met aussi en éveil. L'idée d'une constitution interne québécoise finit par aboutir dans le rapport Gérin-Lajoie déposé au congrès annuel d'octobre 1967, qui préconisa une telle constitution, dont l'élaboration et l'adoption « ne peuvent être que la responsabilité immédiate du Parlement et du peuple du Québec »⁴⁷. Dans son manifeste *Égalité ou indépendance* de mars 1965, Daniel Johnson, alors chef de l'Opposition, renoua avec la pensée patriote. À ses dires, pour refonder la Constitution canadienne, seules deux voies légitimes et démocratiques s'offraient aux Québécois et aux Canadiens: une assemblée constituante binationale ou le référendum⁴⁸. Les États généraux du Canada français préconisèrent à leur tour en mars 1969 l'adoption d'une constitution interne fondée sur l'autorité constituante du peuple du Québec⁴⁹. L'ébauche d'un projet de Constitution du Québec élaborée par Jacques Yvan-Morin le 21 mai 1985 prévoyait un référendum préalable à l'adoption de la constitution. Cependant, le projet de constitution déposé en octobre 2007 par le député Daniel Turp semblait ne proposer que l'adoption d'une « constitution juridique », sans référendum préalable⁵⁰.

⁴⁷ Fédération libérale du Québec, *Rapport du Comité des affaires constitutionnelles de la Commission politique de la Fédération libérale du Québec*, 1967, 26 p.

⁴⁸ Daniel Johnson, *Égalité ou indépendance*, Montréal, Édition renaissance.

⁴⁹ Les extraits pertinents des résolutions sont disponibles en ligne dans l'Encyclopédie de l'Agora: http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Constitution_quebecoise--La_constitution_de_lEtat_du_Quebec.

⁵⁰ État du Québec, P. L.196, *Constitution du Québec*, 1^{re} session, 38^e lég., 18 octobre 2007, déposé par Daniel Turp, député de Mercier.

1.2. La constitution sociale, ou la matrice de la société

Une autre acception de la constitution est celle qui la voit reproduire ou engendrer la société; elle exprime alors un principe d'organisation, ou un ensemble de principes plus ou moins connaissables, qui donnent à la société sa consistance, son ordre et sa forme. L'origine latine du mot de constitution révèle toute la latitude sémantique du concept, dérivé du verbe *constituere*, qui signifie organiser, décider, dresser, mettre debout. Dans ses divers usages latins, le substantif *constitutio* recouvre la constitution physique et la complexion des individus ainsi que la constitution d'une communauté politique⁵¹. Chez les Grecs, la notion de constitution recouvrait à la fois l'ordre politique et la société, elle s'identifiait au régime. Ainsi, selon Aristote, « une constitution (*politeia*) est, en effet, dans les États, un ordre des magistratures fixant leur mode de distribution et déterminant quel est le pouvoir suprême de l'État, et quelle est la fin de la communauté »⁵². Selon Paul Bastid, Aristote voit la substance de la constitution « dans une organisation unifiante du pouvoir par laquelle la communauté, le substrat social de l'État, prend une structure définie »⁵³. L'idée de régime, chez les Grecs, englobe, note Léo Strauss, « simultanément la forme de vie d'une société, son style de vie, son goût moral, la forme de cette société, la forme de l'État, la forme du gouvernement, l'esprit de ses lois »⁵⁴. Le régime renvoie à un idéal, un type humain inatteignable, auquel la cité tente de se conformer. Il « consacre, à l'échelle de la société tout entière, un type d'homme et un type de relation humaine »⁵⁵.

À l'époque moderne, toutefois, le concept de constitution prend un sens plus restreint, limité à l'organisation du pouvoir de l'État. La vision moderne de la constitution, désormais instrumentale, rompt avec la vision ancienne qui confondait société et État⁵⁶. Selon Michel Troper, au XVIII^e siècle encore, il était usité de voir « la constitution comme l'organisation de

⁵¹ Hugues Rabault, *L'État entre théologie et technologie: origine, sens et fonction du concept d'État*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 146.

⁵² Aristote, *La Politique*, IV, 1, 1289a, Paris, Vrin, 1989, p. 261.

⁵³ Paul Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 42.

⁵⁴ Léo Strauss. *Qu'est-ce que la philosophie politique?*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 38.

⁵⁵ Philippe Bénéton, *Les régimes politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 11.

⁵⁶ François Busnel, Frédéric Grolleau, Frédéric Tellier, Jean-Pierre Zarader, *Les mots du pouvoir. Précis de vocabulaire*, Paris, Éditions Vinci, 1995, p. 49.

la société elle-même »⁵⁷. Il donne comme exemple le fameux article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* qui déclare: « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a point de constitution. » Hannah Arendt observe que le contrat social primitif préconisé par John Locke « détermine la constitution, non pas d'un gouvernement, mais d'une société – terme qu'il faut comprendre dans le sens latin de *societas*: une « alliance » conclue entre tous les membres individuels qui, après être convenus entre eux de l'existence d'un lien mutuel, se sont accordés sur le choix d'un gouvernement »⁵⁸. Cependant, malgré la coupure établie par le constitutionnalisme moderne entre la société et l'État, a continué à persister l'idée qu'en dehors de la constitution étatique existerait une constitution plus large, une constitution « sociale ».

Carl Schmitt note, dans sa *Théorie de la Constitution*, que la notion de constitution, prise dans son sens absolu, peut notamment signifier « la structure globale concrète de l'unité politique et de l'ordre social d'un État précis »⁵⁹ et qu'un grand juriste allemand, Georg Jellinek, à la manière des Grecs, définit la constitution comme un ordre social et politique auquel la volonté de l'État se soumet. Au XIX^e siècle, l'idée de constitution sociale apparaît dans le socialisme autogestionnaire de Proudhon. Il écrit: « Je distingue, en toute société, deux espèces de constitutions: l'une que j'appelle la constitution sociale, l'autre qui est la constitution politique; la première, intime à l'humanité, libérale, nécessaire [...] et dont le développement consiste à affaiblir et à écarter peu à peu la seconde, essentiellement factice, mécanique, restrictive »⁶⁰. En France toujours, le juriste Maurice Hauriou a repris cette distinction, pour ranger dans la constitution sociale « [...] les institutions juridiques et les droits individuels concernant la liberté, la famille, la propriété et le commerce juridique »⁶¹. Mais pour les juristes contemporains, ce que Hauriou inclut dans la constitution sociale entre aisément dans le contenu des constitutions

⁵⁷ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 217.

⁵⁸ Hannah Arendt, « La désobéissance civile », dans Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, coll. Agora, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 88

⁵⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 132-133.

⁶⁰ Proudhon, « Confessions d'un révolutionnaire », dans *Oeuvres*, Paris, Flammarion, p. 67 et s., tel que cité dans Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Tome III, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 13.

⁶¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1922, p. 613.

politiques, en raison de l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois en dehors des États-Unis⁶². Georges Burdeau a aussi maintenu vivante cette distinction. Selon lui, la constitution sociale procède du génie propre d'une société, de ses aptitudes, de l'énergie ou de l'apathie natives de ses membres, de « ses dispositions ou ses incapacités d'où résultent sa manière d'être et le type de relations qui unissent les individus qui la composent »⁶³. La constitution sociale est spontanée, elle s'enracine dans le groupe, peut survivre même quand la constitution politique s'effondre. Ainsi, « La constitution sociale se dégage de la manière d'être – entendue dans sa totalité – de la société; la constitution politique ne concerne que l'État »⁶⁴. Au Québec, l'un des promoteurs d'une constitution de l'État du Québec, Marcel Faribault, a aussi donné dans ses écrits théoriques une définition de la constitution qui s'approche de sa conception sociale:

La Constitution d'un groupe devient [...] la hiérarchisation consciente entre autorité et bénéficiaires de l'organisation, entre majorité et minorité, entre bien commun du groupe et bien particulier de l'individu. Toute Constitution ainsi établie par les hommes est donc aussi une loi, non pas naturelle (seulement inscrite dans les choses), non pas morale seulement (ayant sa sanction dans la conscience et dans l'au-delà), mais une loi positive qui variera suivant le but recherché, les habitudes des constituants, leur conception même du juste, de l'honnête et de l'utile, le tout régi par la prudence qui seule fera régner la tranquillité de l'ordre, exigence minimale pour travailler ensemble⁶⁵.

On peut ainsi multiplier les exemples d'auteurs qui maintiennent la distinction ou qui confondent les dimensions sociale et politique de la constitution. Un constitutionnaliste allemand de renom, Peter Häberle, définit la constitution en tant qu' « ordre juridique fondamental de l'État et de la société » qui « englobe les structures fondamentales de la société plurielle, par exemple la relation des groupes sociaux entre eux et avec les citoyens »⁶⁶. Dans son ouvrage *La Constitution de la liberté*, Hayek est allé

⁶² Voir Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 214; Dominique Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 4^e éd., tome 2, Paris, Armand Collin, 2005, p. 25.

⁶³ Georges Burdeau, « Constitutions politiques », dans *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 2002, p. 348; voir aussi Georges Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 12-13.

⁶⁴ Georges Burdeau, « Constitutions politiques », *supra* note 63, p. 348.

⁶⁵ Marcel Faribault, *Vers une nouvelle constitution*, Montréal, Fides, 1967, p. 108.

⁶⁶ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, Paris et Marseille, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 13.

très au-delà de l'acceptation politique du concept et s'est interrogé sur l'origine et la forme des règles et des principes, pour une bonne part spontanés et informels, favorables à une civilisation de liberté⁶⁷. Le sociologue Anthony Giddens, le théoricien de la troisième voie, a cherché à comprendre, dans *The constitution of liberty*, les éléments de structure (normes, codes de signification et ressources pour l'action) qui sont mobilisés dans la reproduction de la société et de ses évolutions⁶⁸. En dehors des théories du droit et des sciences sociales, il est intéressant aussi d'observer que la notion de constitution, telle qu'elle est reçue par la population en général, peut désigner principalement sa dimension sociale. Ainsi, au Japon, un sondage a été effectué auprès des Japonais pour connaître leur perception de la constitution du pays. Pour la très grande majorité des répondants, la constitution est un « idéal à rechercher », une « règle de la société » ou un élément aussi naturel que l'air ou l'eau. La limitation et la définition des pouvoirs de l'État ne figurent pas parmi les éléments de réponse. D'après ce sondage, « [l]a Constitution est davantage considérée ici comme une règle générale de vie en société, sans que ne soit ressentie outre mesure la nécessité de limiter le pouvoir de l'État, c'est-à-dire, de garantir les libertés *contre* l'État »⁶⁹.

1.3. La constitution moderne ou naturelle

J'emprunte cette conception aux travaux du sociologue des sciences Bruno Latour, qui a tenté d'esquisser une anthropologie de la modernité⁷⁰. Latour essaie de comprendre pourquoi la modernité sépare et traite différemment la nature et l'ordre social humain. Ce qui est à la base de cette séparation, c'est ce qu'il appelle la *constitution moderne*. Cette constitution crée des frontières étanches entre d'une part le monde naturel, objectif, indifférent à l'Homme, à l'étude duquel se consacre la science pour en déduire des lois impersonnelles et contraignantes; et d'autre part, l'ordre social, régi par des lois politiques fondées sur des volontés subjectives, où habite l'Homme. En

⁶⁷ Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, *supra* note 12.

⁶⁸ Anthony Giddens, *The Constitution of society*, Berkeley, University of California Press, 1984.

⁶⁹ Tamaru Osamu, « Des constitutionnalistes aux médias: une approche comparée de "droits de l'homme" et de "Constitution" au Japon », dans Hasegawa Ken, dir., *Le nouveau défi de la Constitution japonaise*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, p. 66.

⁷⁰ Bruno Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La découverte, 1991.

somme, la science représente le non-humain, les choses en dehors du politique; ce dernier représente la société, les sujets, mais les citoyens vivent hors de la sphère de la science, loin de la nature. La société est située hors de la nature. Selon Latour, cette constitution est née à l'époque de Hobbes, au même moment où l'expérimentation en laboratoire devenait la nouvelle norme de la science, en opposition à la philosophie et à la scolastique. Cette « constitution moderne invente, selon Latour, une séparation entre le pouvoir scientifique chargé de représenter les choses et le pouvoir politique chargé de représenter les sujets »⁷¹. Cette séparation implique une double interdiction: « à la science revient la représentation des non-humains mais il lui est interdite toute possibilité d'appel à la politique; à la politique d'avoir une relation quelconque avec les non-humains produits et mobilisés par la science et la technologie »⁷².

Les fondateurs de l'écologisme ont contesté cette séparation entre les vérités objectives réservées à la science et les vérités subjectives cantonnées au monde social et politique, tel Bernard Charbonneau, précurseur de l'écologie politique en France⁷³. Dans un essai audacieux où il marie la philosophie du droit à celle des sciences, Michel Serres propose de fonder, sur une base radicalement autre, le rapport de l'Homme à la nature⁷⁴. Il constate que les diverses catégories de droits utilisées par le juriste occidental établissent des règles, des pactes en l'absence de la nature, ignorée, occultée ou repoussée loin de l'horizon du sujet de droit⁷⁵. Ainsi, le contrat social des philosophes établit un pacte entre hommes mais reste muet sur le monde, dont il prend congé, la société humaine ne s'enracinant que dans son histoire. Le droit naturel des philosophes réduit la nature à la nature humaine, elle-même réductible à l'histoire ou à la raison; dans un cas comme dans l'autre, le monde naturel a disparu. Celui-ci est passé également sous silence par les droits de l'homme, qui proclament les droits inaliénables de sujets de droit. Le monde naturel, encore exclu du statut de sujet de droit, n'est plus qu'une « collection énorme de choses réduites au statut d'objets passifs de l'appropriation »⁷⁶. Cette appropriation est celle de

⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

⁷² *Ibid.*, p. 44.

⁷³ Daniel Cérézuelle, *Écologie et liberté. Bernard Charbonneau précurseur de l'écologie politique*, Lyon, Parangon/Vs, 2006, p. 162.

⁷⁴ Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 62-64.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 64.

la science et de la propriété, qui soumettent le monde à un rapport de domination et d'exploitation sans obligation d'attention et de contrepartie, que Serres qualifie de parasitaire. Or ce que le philosophe propose, en remplacement de ce rapport qui évoque la constitution moderne de Latour, est une « révision déchirante du droit naturel moderne »⁷⁷. Cette révision devrait conduire, soutient Serres, à remettre en question l'idée que seul l'homme, seul ou en groupe, peut devenir sujet du droit⁷⁸. Ainsi, Serres envisage-t-il de faire entrer la nature dans le langage du droit, par la notion de contrat naturel. Il s'exprime en ces termes:

Retour donc à la nature! Cela signifie: au contrat exclusivement social ajouter la passation d'un contrat naturel de symbiose et de réciprocité où notre rapport aux choses laisserait maîtrise et possession pour l'écoute admirative, la réciprocité, la contemplation et le respect, où la connaissance ne supposerait plus la propriété, ni l'action la maîtrise, ni celles-ci leurs résultats ou conditions stercoraires⁷⁹.

Il appelle de ses vœux la création d'un « droit de symbiose », qui substituerait la réciprocité au parasitisme du droit de maîtrise et de propriété. Il envisage ainsi, sans préciser toutefois les ramifications juridiques de cette ambition, que la nature elle-même devienne en quelque sorte sujet de droit. Ainsi, suivant ce droit de symbiose: « autant la nature donne à l'homme, autant celui-ci doit rendre à celle-là, devenue sujet de droit »⁸⁰.

Michel Serres rend dans un langage quasi juridique la nouvelle relation à la nature que les philosophes des sciences Ilya Prigogine et Isabelle Stengers avaient esquissée dans un livre phare, *La nouvelle alliance*⁸¹. Dans cette étude, ils prennent acte des nouvelles mutations de la science contemporaine, qui rompent avec la conception classique de la science qui la voyait comme une entreprise close, finie, déterministe et séparée d'une nature inerte et muette où n'interviennent dans son étude ni le temps ni l'observateur. Les auteurs préconisent une conception de la science qui intègre la nature comme un « autre » avec lequel les scientifiques ont un rapport d'écoute, de dialogue, qui laisse place à l'indétermination, à la

⁷⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 67.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Ilya Prigogine et Isabelle Stengers, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1979.

multiplicité des savoirs et au renoncement à l'idée de maîtrise du monde naturel par l'opération de lois découvertes par la seule pensée. Cette « écoute poétique » de la nature implique la reconnaissance de ce que la science elle-même est un processus naturel, faisant partie de la nature comme de la société humaine. En parlant de fonder de « nouvelles alliances » avec la nature, les auteurs ne prônent certes pas la conclusion d'un contrat au sens juridique. Le registre poétique qu'ils sollicitent pour décrire ces nouvelles alliances montre bien qu'il s'agit d'une métaphore.

En fait, la prise de conscience de ce que la « question naturelle » était devenue le principal enjeu du XX^e siècle s'était pourtant exprimée bien avant Serres et les auteurs de *La nouvelle alliance*. Dès 1968, Serge Moscovici avait théorisé cette question, en mettant en lumière l'imbrication intime entre le rapport à la nature et la division des tâches au sein des sociétés, ce qu'il a appelé la « division naturelle ». En conclusion de son ouvrage, contrairement aux marxistes qui prédisaient le dépérissement de l'État, il annonçait que l'État contemporain serait commis à de nouvelles finalités:

[...] on voit que la socialisation de la propriété, condition que l'on posait à ce dépérissement, a pour effet, non pas, comme on le croyait, de mettre les hommes en prise directe avec l'univers, mais de rendre plus transparents les rapports sociaux et les rapports naturels entre les hommes, et réciproquement. Dans cette perspective, la destinée de l'État n'est peut-être pas de disparaître, mais de se transformer radicalement, d'être supprimé comme instrument et gardien de la société civile pour devenir le véhicule par lequel est assurée la communication entre le côté naturel et le côté social de nos rapports. C'est là une conséquence de fait que le gouvernement de la nature et le gouvernement de la société sont tous deux, à l'encontre de ce que l'on a cru, gouvernement des hommes⁸².

Si nous revenons justement au monde de l'État et de la constitution qui le régit et le fonde, il est clair que la constitution juridico-politique ne s'intéresse généralement pas à la nature; elle gouverne seulement l'État et ses rapports avec la société, le monde subjectif humain. La nature a longtemps été une non-catégorie du droit constitutionnel; elle tombe sous le *dominium* et l'*imperium* de l'État ou des individus: elle est objet de propriété, publique ou privée. Les constitutions de l'ère moderne consacrent

⁸² Serge Moscovici, *Essai sur l'histoire humaine de la nature*, Paris, Flammarion, 1977, p. 557.

en fait le pouvoir de l'Homme face à la nature en célébrant son droit de propriété. Considéré comme un droit absolu par la doctrine anglaise et américaine, le droit de propriété fait partie des droits dont le citoyen américain ne peut être privé sans application régulière de la loi⁸³. La constitution juridico-politique ne traite pas non plus des transformations créées par l'action humaine, ni ne cherche à limiter la science et la technique. La nature et les objets non-humains apparaissent toutefois dans les constitutions modernes quand il s'agit de répartir les objets sur lequel s'exercent l'*imperium* et le *dominium* de deux ordres de gouvernement distincts, ce que font les constitutions fédérales. La constitution américaine confère au Congrès le pouvoir de promouvoir « le progrès de la science et des arts utiles », sans envisager sa limitation comme telle; c'est son progrès indéfini qui est impliqué⁸⁴. Plus explicite que la constitution américaine sur la nature et ses objets non-humains, la constitution canadienne, dans sa version originelle de 1867, parle de « bouées », de « phares », de l'« Île de Sable », de « côtes de mer », de « navires », de « passages d'eau », de « canaux », d'« arsenaux », de « terres publiques », de « bois » et de « forêts », de « lignes de bateaux à vapeur », d'« agriculture », de « mines », de « minéraux », de « denrées », de « marchandises », de « chemin de fer ». Bref, la Nature et ses produits transformés par l'Homme apparaissent dans le discours constitutionnel, mais pour mieux départager l'exercice de la domination publique. La Nature, transformée par la science et le travail humain, et la puissance, relayée par l'État souverain et l'individu propriétaire, appartiennent à deux sphères disjointes.

2. Trois figures du constitutionnalisme contemporain

À ces trois définitions ou images de la constitution correspondent, me semble-t-il, autant de constitutionnalismes divers, en fait complémentaires, qui élargissent tous ensemble la portée de l'entreprise constituante aujourd'hui. Examinons-les.

⁸³ Voir le premier paragraphe du XIV^e amendement. Sur le caractère absolu du droit de propriété en droit américain, voir Ann Mary Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, 1991, p. 18 et s.

⁸⁴ Constitution des États-Unis d'Amérique, article 1, par. 8.

2.1. La constitution juridico-politique du constitutionnalisme libéral

On associe d'emblée cette conception au constitutionnalisme libéral, dont l'ambition première est de limiter le pouvoir souverain. C'est un constitutionnalisme tourné vers l'État, vers l'organisation de ses pouvoirs, l'énonciation de ses principes de fonctionnement et de légitimation, vers l'établissement de limites à l'exercice de ses pouvoirs pour faire émerger une société libre, indépendante de lui. La séparation des pouvoirs revêt ainsi un rôle emblématique. Comme l'écrivait Michel Debré: « La séparation ou la non-séparation des pouvoirs distingue les régimes politiques. Dans le premier cas la liberté paraît garantie, dans le second elle demeure à la discrétion de l'autorité »⁸⁵. Les techniques du constitutionnalisme libéral sont diverses et connues, parmi lesquelles figure au premier rang la séparation ou pondération des pouvoirs. Les Américains lui ont reconnu deux dimensions, une première, horizontale, qui compartimente la puissance d'État en trois pouvoirs tirant chacun leur légitimité du peuple; puis une deuxième, verticale, qui divise cette puissance en deux ordres de gouvernement distincts et concurrents, la souveraineté étant réservée au peuple. C'est cette double séparation qui devait, dans l'esprit des Fédéralistes américains, apporter une double sécurité aux droits du peuple⁸⁶. Les Allemands ont aussi vu dans le fédéralisme une ressource constitutionnelle contre le centralisme étatique et la tyrannie, au point d'en faire un principe « éternel » de la Loi fondamentale de 1949, qui échappe à toute possibilité d'amendement constitutionnel⁸⁷. D'origine allemande, le politologue Carl Friedrich a reconnu dans le fédéralisme « la forme territoriale de la séparation des

⁸⁵ Michel Debré, « Préface. Démocratie et institutions », dans *Naissance de la cinquième république. Analyse de la constitution par la revue française de science politique en 1959*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. IX.

⁸⁶ Voir Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, Economica, n° 51, p. 432. Selon Madison: « Dans la république composée d'Amérique, le pouvoir délégué par le peuple est tout d'abord partagé entre les deux gouvernements distincts, et ensuite la portion assignée à chacun d'eux est subdivisée entre des départements distincts et séparés. De là résulte une double sécurité pour les droits du peuple. » Voir aussi Marc Chevrier, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain-G. Gagnon, dir., *Le fédéralisme contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 45-48.

⁸⁷ Voir Ilse Staff, « Introduction », dans *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Bonn, Office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, 1998, p. 22. La clause dite d'éternité, ou « Ewigkeitsclausel », est le paragraphe 79(3).

pouvoirs politiques sous un régime constitutionnel »⁸⁸. Dans la littérature italienne également, le fédéralisme est intimement lié à la séparation territoriale ou verticale des pouvoirs, qui maintient une distribution des pouvoirs entre deux ou trois ordres de gouvernement⁸⁹. La séparation des pouvoirs connaît d'autres expressions. Un aspect important du présidentielisme américain est la précarité et la rotation des charges publiques, en vue d'assurer un contrôle régulier et fréquent des élus. En France, la dyarchie des pouvoirs exécutifs, qui oppose un président gouvernant et élu au suffrage universel à un premier ministre responsable devant l'Assemblée nationale, peut évoluer vers une nouvelle forme de séparation des pouvoirs, en période de cohabitation, qui constitue, selon Pierre Manent, « une bizarrerie extrême dans l'histoire du gouvernement représentatif »⁹⁰.

La rationalisation du parlementarisme est aussi une autre avenue constitutionnelle que plusieurs pays européens, la France, l'Italie et l'Allemagne, ont empruntée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour stabiliser les rapports entre l'exécutif et le législatif. Le parlementarisme dit « rationalisé » procède généralement à une délimitation des domaines propres de la loi et du règlement et encadre, sinon diminue, les prérogatives du parlement dans le processus législatif et la formation et le contrôle du gouvernement⁹¹. Une autre forme de rationalisation, d'inspiration plus américaine, consiste à limiter le pouvoir financier de l'État, ce que prévoient de nombreuses constitutions d'États américains⁹².

⁸⁸ Carl J. Friedrich. *La démocratie constitutionnelle*, Paris, Presses universitaires de France, 1958, p. 163. Voir aussi, s'agissant de la séparation verticale des pouvoirs garantie par le fédéralisme, Roland Strum et Petra Zimmermann-Steinhart, *Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 18.

⁸⁹ Voir « Separazione dei poteri », dans Tania Groppi, *Il federalismo*, Rome/Bari, Editori Laterza, 2004, p. 126-128.

⁹⁰ Pierre Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Gallimard, 2001, p. 36-37. Sur le mode de gouvernement dyarchique créé par les régimes semi-présidentiels, la littérature est abondante. Voir notamment François Frison-Roche, *Le « modèle semi-présidentiel » comme instrument de la transition en Europe post-communiste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 3-34; Rafael Martinez et Antonio Garrido, *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Working paper n° 184, Barcelone, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2000.

⁹¹ Hugues Portelli, *Les régimes politiques européens*, Paris, Le livre de poche, 1994, p. 31-33.

⁹² Richard Briffault, « The Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law », (2003) 34 Rutgers Law Journal 907; du même auteur. « State and

Plusieurs pays, tout en rationalisant leur régime parlementaire, ont introduit des contre-pouvoirs institutionnels dont l'influence et l'importance se sont peu à peu révélées. On pense à l'Italie, dont les référendums abrogatifs, mis en œuvre longtemps après l'entrée en vigueur de la constitution de la République en 1948, ont contribué à transformer de fond en comble le système politique au tournant des années 1990. Le référendum, d'initiative présidentielle seulement sous la V^e République, pourra désormais être enclenché sur initiative des parlementaires français appuyée d'une pétition de citoyens⁹³. En dehors des régimes parlementaires, le référendum et l'initiative législative sont très usités dans les États américains, qui en prévoient les mécanismes dans leur constitution. La Suisse, qui pratique la démocratie référendaire à tous les échelons, a introduit dans sa grande révision constitutionnelle de 1999 une procédure d'initiative législative fédérale. Le contre-pouvoir le plus universellement diffusé demeure toutefois le contrôle juridictionnel des lois fondé sur des garanties constitutionnelles. Ce contrôle a pris principalement deux formes dont on a sans doute exagéré l'opposition: le modèle de tribunal spécialisé théorisé par Hans Kelsen, par opposition au modèle anglo-américain qui remet ce contrôle à l'appareil judiciaire tout entier, chapeauté par une cour suprême⁹⁴. Au Canada, en dépit des préférences des juristes et de gouvernements québécois pour une justice constitutionnelle de type européen, les élites canadiennes ont préféré conserver le modèle anglo-américain et confier à la Cour suprême du Canada le dernier mot sur les litiges constitutionnels⁹⁵.

Que la figure du juge constitutionnel incarne aujourd'hui le rôle de gardien des promesses démocratiques contenues dans la constitution ne signifie pas pour autant qu'il est seul, dans l'économie des pouvoirs d'État, à remplir cette fonction. Par exemple, dans l'architecture de la constitution de la V^e République française, le président apparaît comme un gardien politique,

Local Finance », dans G. Alan Tarr et Robert F. Williams, dir., *State Constitutions for the Twenty-First Century: The Politics of State Constitutional Reform*, New York, SUNY Press, 2006, p. 211-240.

⁹³ Nouvel article 11, Constitution de la V^e République française, adopté le 23 juillet 2008.

⁹⁴ Guillaume Tusseau, *Contre les modèles de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique. Modelli de justizia costituzionale: saggion de critica metodologica*, Bologne, Bononio University Press, 2009.

⁹⁵ Marc Chevrier, *Contrôle judiciaire et gouverne démocratique: de la « législation judiciaire » au Canada depuis 1982*, thèse de doctorat de science politique, Institut d'études politiques de Paris, 2001, vol. 1, p. 46-50.

responsable de la continuité et de la longévité de l'État, qui dispose à cette fin de pouvoirs exceptionnels⁹⁶. Au début de la République américaine, le président se comportait comme un garant de la constitution et exerçait son veto législatif de manière quasi-judiciaire⁹⁷. D'autres contre-pouvoirs de type non-judiciaire qu'Olivier Schrameck a appelés les « tiers pouvoirs » prennent place dans les constitutions contemporaines, tel l'Ombudsman, ou le Défenseur des droits en France depuis le 23 juillet 2008⁹⁸. La constitution de la République d'Afrique du Sud consacre un chapitre entier à ces tiers-pouvoirs d'État, indépendants de l'exécutif et du législatif, au nombre de sept, qui ont pour tâche de veiller à la défense de la démocratie constitutionnelle⁹⁹.

Ce type de constitutionnalisme s'appuie sur la croyance en le pouvoir déterminant de la constitution, en ce que ses normes, du fait de leur énonciation et de leur effet, ont la capacité d'organiser la vie politique. Il y a donc un parti pris à la fois déterministe et normativiste dans le constitutionnalisme, assurément dans sa forme écrite, dont on peut certes souligner les limites, notamment quand il prend la forme d'un rationalisme qui prétend soumettre aux décrets de la raison les moindres aspects de la vie sociopolitique. Cette croyance rationaliste, répandue dans la doctrine constitutionnelle, peut constituer un obstacle épistémologique à la compréhension des facteurs sociopolitiques et culturels qui jouent dans la mise en place d'un régime politique. Le politologue Bastien François n'hésite pas à parler de fétichisme constitutionnel, s'agissant de « la croyance, constitutive du mode de pensée juridique, dans le caractère déterminant des prescriptions de la Constitution dans la structuration de la vie politique »¹⁰⁰.

⁹⁶ François Saint-Bonnet, « De la longévité de la V^e République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », dans Dominique Chagnollaud, dir., *Les 50 ans de la constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 135-146.

⁹⁷ Voir Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988. Voir aussi Jack N. Rakove, « President in the Constitution », dans Leonard W. Levy et Louis Fisher, dir., *Encyclopedia of the American Presidency*, vol. 1, New York, Simon & Schuster, 1994, p. 294-295.

⁹⁸ Voir Olivier Schrameck, « Rapport de la commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », (2008) 1 *Revue du Droit Public*, p. 6.

⁹⁹ Voir articles 181 à 194, constitution de la République de l'Afrique du Sud, entrée en vigueur en 2007. Voir: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>.

¹⁰⁰ Bastien François, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La découverte, 2006, p. 7.

Outre le rationalisme excessif du droit constitutionnel écrit, l'autre volet du fétichisme constitutionnel réside aussi dans les vertus supposées du droit constitutionnel non-écrit ou coutumier, dont la constitution britannique serait l'exemple emblématique. Le caractère non-écrit de cette constitution dite évolutive et pragmatique apparaît comme un trait essentialisé de la culture juridique britannique, ou comme une affaire de style juridique sans conséquence sur les droits des citoyens. À force de présenter cette constitution comme le fruit du génie national britannique, essaimé dans ses colonies, on évite de comprendre les facteurs sociopolitiques qui ont poussé les élites anglaises à se garder d'importer chez elles le modèle de la constitution politique moderne. L'historien de la Grande-Bretagne George M. Trevelyan a mythifié en ces termes l'excellence de la constitution évolutive britannique, en soulignant les périls auxquels la constitution écrite de Cromwell aurait exposé le pays:

Il fut bon pour l'Angleterre que l'Arrangement de la Révolution ne lui procure pas une constitution écrite, flambant neuve, imperméable, inaltérable. Une constitution écrite, distincte de l'ensemble des lois et coutumes ordinaires, est étrangère au génie politique anglais. L'un des pires indices, montrant l'extrémité où se trouvait réduit Cromwell parce qu'il n'arriva pas à trouver une base d'accord national, fut qu'il promulgua des constitutions écrites, séparant d'une façon catégorique, inaltérable, les pouvoirs du Protecteur de ceux du Parlement. Ces procédés étaient contraires aux véritables façons de faire anglaises. Le brouillard londonien, qui dissimule pudiquement à la vue les relations exactes entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, à Westminster, a permis à la constitution de s'adapter d'elle-même, subrepticement, aux nécessités changeantes de chaque époque¹⁰¹.

Or, la célébration des vertus du « brouillard » constitutionnel britannique occulte les diverses tentatives faites, tout au long de l'histoire politique du Royaume-Uni, pour codifier le parlementaire anglais, voire pour donner au pays une constitution. Dans l'histoire de l'Écosse, avant et après son Union avec l'Angleterre, on a vu les élites de la nation se réunir en convention nationale, en 1638 et en 1706, pour affirmer les droits politiques des Écossais¹⁰². Par ailleurs, les constitutionnalistes britanniques conviennent que la constitution actuelle du pays ne se conforme plus à sa conception évolutive et non-écrite traditionnelle¹⁰³. Sans être codifiée, elle trouve son

¹⁰¹ George M. Trevelyan, *Précis d'histoire de l'Angleterre*, Paris, Payot, 1972, p. 341.

¹⁰² Michel Duchein, *Histoire de l'Écosse*, Paris, Fayard, 1998, p. 269-271 et 487-488.

¹⁰³ Voir « British Constitution » dans Bill Jones, *Dictionary of British Politics*, Manchester, Manchester University Press, 2004, p. 21-22.

expression pour une grande part dans une série de lois du parlement de Westminster, modifiée depuis 1972 par les multiples traités européens auxquels le Royaume-Uni a adhéré. De plus, en 1998, le royaume a incorporé la *Convention européenne des droits de l'Homme* dans la législation nationale et mandaté aux juges britanniques de l'appliquer¹⁰⁴. Suite à un jugement de la Cour européenne de Strasbourg mettant en doute l'indépendance d'un tribunal britannique en raison d'une séparation insuffisante entre les pouvoirs législatif et judiciaire, le parlement britannique a décidé d'enlever à la Chambre des Lords son rôle de cour d'appel nationale et de créer une cour suprême indépendante, qui devrait entrer en fonction en 2009¹⁰⁵. En 2004, la cour de Strasbourg avait infligé tout un camouflet au Royaume-Uni en lui rappelant qu'il ne pouvait enlever aux détenus leur droit de vote sur la base de restrictions « qui n'auraient pas fait l'objet d'un débat approfondi devant les organes législatifs et qui découleraient essentiellement d'une fidélité aveugle et automatique à la tradition historique »¹⁰⁶. C'était une jolie façon de dire que la conception burkienne de la constitution ne saurait longtemps tenir devant les exigences impératives de la Convention¹⁰⁷. En somme, comme l'ont estimé plusieurs auteurs, la conception classique de la constitution britannique accuse un « déclin » manifeste¹⁰⁸. D'ailleurs, les normes constitutionnelles britanniques sont entrées dans un processus de codification, qu'a accéléré l'adoption depuis l'arrivée au pouvoir des Travailleurs en 1997 de nombreuses lois à portée constitutionnelle, au sens matériel du terme¹⁰⁹. En multipliant ces lois à portée constitutionnelle, le gouvernement de Tony Blair aurait brisé les tabous de la société britannique à l'égard de toute

¹⁰⁴ *Human Rights act (R.-U.)*, 1998, c. 42.

¹⁰⁵ *McGonnell c. Royaume-Uni*, n° 28488/95, [2000], I-II, C.E.D.H. 127.

¹⁰⁶ Voir CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni (2)*, requête 74025/01, 30 mars 2004, par. 41, confirmé par la Grande Chambre de la Cour, *Hirst c. Royaume-Uni (2)* [GC], n° 74025/01, [2005], IX.

¹⁰⁷ John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 6^e ed., Londres, Palgrave, 2007, p. 14.

¹⁰⁸ Anthony Lester, « The Constitution: Decline and Renewal », dans Jeffrey Jowell et Dawn Oliver, dir., *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 345-369. Bien qu'opposé à l'adoption d'une constitution écrite britannique, Anthony King analyse dans le détail les changements qu'a connus la constitution britannique, en raison de l'intégration européenne, la dévolution et l'adoption du *Human Rights Act*. Cette constitution est devenue un vrai gâchis « mess », selon lui. Anthony King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁰⁹ Rodney Brazier, *Constitutional Reform. Reshaping the British Political System*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 155.

forme délibérée de changement constitutionnel¹¹⁰. Des juristes britanniques sont allés jusqu'à soutenir que les juges écossais pourraient décider, sur la base du traité d'Union de 1707 et de la validation démocratique de la dévolution en 1999 par référendum, que le Parlement de Westminster ne peut plus changer quoi que ce soit au statut de l'Écosse sans son consentement, les garanties offertes à l'Écosse par la dévolution acquérant ainsi une valeur supralégislative¹¹¹.

Au vu des différentes réformes entreprises au cours des dernières années au Royaume-Uni pour mieux séparer les pouvoirs législatif et judiciaire, Claire De Bausse de la Hougue écrit: « L'idée d'une constitution écrite ne paraît plus impensable alors que cela constituerait une véritable révolution, un bouleversement de tous les fondements des institutions britanniques »¹¹². En effet, depuis l'arrivée des Travaillistes au pouvoir en 1997, plusieurs voix au sein du parti, ainsi qu'au sein du parti Libéral-Démocrate, ont réclamé l'adoption d'une véritable constitution écrite pour le pays. Fait intéressant, au cours des dernières années, on a assisté aussi au Royaume-Uni à l'émergence d'un mouvement républicain dont l'ambition est de « définir précisément les pouvoirs du premier ministre, d'en codifier l'usage » et de doter le pays d'une constitution écrite¹¹³. En juillet 2007, le gouvernement travailliste de Gordon Brown a déposé au parlement un livre vert ambitieux, portant sur la « gouvernance » du Royaume-Uni. Il y envisage de limiter les prérogatives de l'exécutif, de renforcer le parlement, de clarifier et de renforcer les libertés individuelles et même de donner au pays une constitution écrite. On peut y lire des phrases étonnantes, qui rompent avec la tradition britannique. Par exemple: « *Constitutions should allow the citizen to understand and fully engage with the state and state institutions* »¹¹⁴. On y fait état de la nécessité de clarifier les valeurs britanniques, voire ce qu'est le pays en lui-même, ce qui pourrait conduire à

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 167.

¹¹¹ Helen Fenwick et Gavin Phillipson, *Constitutional & Administrative Law 2007-2008*, Londres, Routledge-Cavendish, 2007, p. 16-17.

¹¹² Claire De Bausse de la Hougue, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni: la disparition du Lord Chancellor. D'une constitution non-écrite vers une Constitution », (2005) 2(62) *Revue française de droit constitutionnel*, p. 309.

¹¹³ Antoine Mioche, « L'idée républicaine en Grande-Bretagne – une idée anglaise – », dans Paul Baquiast et Emmanuel Dupuy, dir., *L'idée républicaine en Europe XVIII^e/XXI^e siècles*, volume 1, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 156.

¹¹⁴ R.-U., *The Governance of Britain*, C. 7170 (2007), par. 211. En ligne: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm71/7170/7170.pdf>

la conclusion d'un « concordat » entre l'exécutif et le législatif ou à l'adoption d'une constitution écrite¹¹⁵. Le livre vert reconnaît que le renouvellement de la démocratie britannique ne peut plus être l'affaire uniquement du gouvernement et qu'il repose désormais sur une discussion publique qui engage la population dans son ensemble¹¹⁶.

Si la constitution souple et évolutive en Grande-Bretagne s'essouffle, cela n'est pas seulement dû aux transformations institutionnelles de l'État britannique et à ses relations avec l'Europe; c'est que les bases sociologiques qui avaient assuré la pérennité et le prestige de cette constitution souple ne sont plus là. En effet, comme le soutient Larry Siedentop, la constitution non-écrite britannique, qui s'est adaptée à la société sous la gouverne d'une élite aristocratique agissant en accord avec les mœurs et l'opinion, ne peut guère fournir à l'Europe de modèle de constitutionnalisme; les racines sociologiques mêmes à la base du succès de la constitution non-écrite britannique se sont effritées, notamment à la suite de l'action du gouvernement de Margaret Thatcher, qui a considérablement affaibli ce qui restait dans le royaume des habitudes de la classe gouvernante, au profit d'une classe moyenne plus mobile et âpre au gain, indifférente à la hiérarchie et au statut social¹¹⁷. Selon Siedentop, bien que la classe moyenne ait accédé au pouvoir parlementaire par les lois électorales de 1832 et 1867, les dirigeants politiques issus de cette classe ont épousé les habitudes du libéralisme aristocratique, en sous-estimant l'importance des normes constitutionnelles qui, dans la forme d'une constitution écrite, contribuent à la socialisation politique des citoyens¹¹⁸. Ils ont préféré railler la rhétorique grandiloquente des nations républicaines et chanter la gloire de la constitution « elliptique » (understated) britannique¹¹⁹.

Parmi les pays du Commonwealth, il est clair que l'Australie, qui a reçu en héritage le monarchisme parlementaire et le droit anglais, a rompu avec la vision évolutive et organique de la constitution britannique et épouse un constitutionnalisme proche de la vision politique moderne, avec sa pratique

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 212.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 215.

¹¹⁷ Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, Londres, Penguin Books, 2000, p. 64-80.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁹ *Ibid.*

des conventions constitutionnelles et des référendums de ratification des projets d'amendement constitutionnel. Au Québec, Marcel Faribault est l'un de ceux qui a le plus radicalement mis en doute le prétendu génie constitutionnel anglais fondé sur la suprématie parlementaire et le droit coutumier¹²⁰. Bref, tel que le prédisait déjà Bryce en 1905, « *the future is rather with Rigid Constitutions than with those of the Flexible type* »¹²¹.

2.2. La constitution sociale et le constitutionnalisme d'expression et d'intégration de la société

Il peut paraître incongru de penser que s'il existe une telle chose qu'une constitution sociale, elle puisse être contenue dans la constitution juridico-politique d'un État. Les constitutions des régimes communistes ou fascistes ont caressé l'ambition de définir l'organisation sociale (la constitution sociale et politique de Salazar au Portugal), mais ce fut un échec. En fait, les facteurs, les principes et les structures qui sont à l'origine de la formation d'une société, de sa personnalité, de sa culture, de ses divisions internes, ainsi que de son évolution forment une boîte noire d'une infinie complexité que les sciences sociales peinent à déchiffrer. À plus forte raison est-il absurde de penser que la constitution d'un État puisse formuler par quelques clauses les principes actifs de cette boîte noire. Le parrain intellectuel de l'union fédérale canadienne au Québec, Joseph-Charles Taché, exprimait en ces termes son scepticisme: « nous n'accordons pas aux constitutions et aux formes de gouvernement [...] la propriété de transformer les nations »¹²². Bertrand de Jouvenel a rappelé à sa façon les limites de l'entreprise constituante: « La Constitution peut bien établir des organes: ils ne prennent vie et force qu'autant qu'ils se remplissent de la vie et de la force d'une puissance sociale qu'il n'est pas au pouvoir des

¹²⁰ Il écrit: « La plus grande erreur constitutionnelle est de croire à la valeur de la seule coutume et du seul processus judiciaire et parlementaire. Une Constitution doit, au contraire, être écrite et soustraite à l'autorité tant judiciaire que parlementaire en tout ce qui touche à son inspiration. Le parlement peut bien en certains cas être le préparateur de la Constitution, mais ce n'est que l'assentiment de la population qui lui donne sa force, ou bien formellement par voie de référendum ou de plébiscite, ou bien substantiellement par le consensus populaire exprimé soit au préalable lors de la réclamation d'une nouvelle Constitution par l'opinion publique, soit en régime fédératif par la participation des États membres au processus d'élaboration des textes, soit de toute autre manière. » Marcel Faribault, *supra* note 65, p. 154.

¹²¹ James Bryce, *supra* note 17, p. 92.

¹²² Joseph-Charles Taché, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une Union fédérale*, *supra* note 46, p. 160.

constituants de créer »¹²³. Paul Bastid disait lui aussi son scepticisme à l'égard des vertus transformatrices prêtées aux constitutions: «...il convient de ne s'exagérer ni les vices, ni les vertus d'un texte fondamental déterminé. Aucun n'a jamais transformé les mœurs d'une nation, n'a jamais réussi ni à les améliorer, ni à les corrompre »¹²⁴.

Cependant, les constitutions contemporaines entretiennent un rapport serré avec la société, au point que celle-ci imprègne le contenu de celles-là et que celles-là façonnent, dans une certaine mesure, celle-ci. Ainsi, les libertés individuelles, que le libéralisme présente d'emblée comme des libertés négatives protégeant les citoyens contre les atteintes arbitraires de l'État, peuvent acquérir, par l'usage rhétorique qu'en font certains groupes sociaux, une dimension sociale instrumentale. C'est la thèse des politologues Rainer Knopff et Felix Morton, de l'université de Calgary, dont les multiples études ont cherché à mettre en lumière l'agenda idéologique sous-jacent à l'invocation grandissante des droits de l'Homme par ces groupes prompts à utiliser le procès comme moyen de transformer la société tout entière. Ces groupes qui se forment pour défendre des causes environnementales ou identitaires, des minorités sociales ou linguistiques, au lieu que les intérêts « matérialistes » de la démocratie industrielle d'après-guerre, voient dans le droit constitutionnel un savoir-pouvoir ou une « technologie sociale » au service d'une ambition d'ingénierie sociale¹²⁵. Prenant leur distance de l'anti-juridisme des marxistes, pour lesquels le droit était un instrument de domination au service de l'exploitation capitaliste, de nouveaux marxistes reconnaissent aujourd'hui que le droit, y compris les garanties constitutionnelles des libertés, peut servir, à certaines conditions, une politique d'émancipation des groupes opprimés¹²⁶. Conservateurs et radicaux progressistes s'accordent ainsi sur le même pouvoir de transformation sociale imputé au droit constitutionnel.

Qui plus est, la séparation entre la société et l'État que le droit constitutionnel est censé opérer ne se vérifie guère au vu des effets inattendus que peuvent avoir des décisions de justice interprétant

¹²³ Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir*, Paris, Librairie Hachette, 1972, p. 484.

¹²⁴ Paul Bastid, *L'idée de constitution*, *supra* note 53, p. 186.

¹²⁵ Rainer Knopff, *Human & Social Technology*, Ottawa, Carleton University Press, 1990; Felix L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution & The Court Party*, Peterborough (Ontario), Broadview Press, 2000.

¹²⁶ Didier Hanne et Antoine Artous, *Droit et émancipation*, Paris, Éditions Syllepse, 2005.

libéralement certaines libertés classiques, telles les libertés d'expression et d'association. Ainsi au Canada, bien que la Cour suprême ait décidé que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux rapports collectifs de travail, certaines de ses décisions ont néanmoins eu un impact structurant sur le droit du travail, conduisant certains auteurs à conclure à un processus indirect de constitutionnalisation du droit du travail¹²⁷. En 1979, la Cour suprême de Californie, sur la base du droit à liberté d'expression reconnu par la constitution de l'État, a imposé à des propriétaires de centres commerciaux l'obligation de respecter la liberté d'expression politique d'autrui dans ces lieux mêmes¹²⁸. L'idée d'une séparation nette entre la société et l'État se brouillant, le droit constitutionnel est fait de frontières mouvantes entre les deux, s'il ne crée pas un entremêlement permanent entre les deux.

La constitution agit aussi sur la société par sa puissance symbolique, dont la portée dépasse son effectivité juridique. La constitution, écrit Carl J. Friedrich, « agit aussi comme le plus efficace symbole des forces qui s'unissent pour œuvrer dans une communauté »¹²⁹. Elle consacre les valeurs, les idéaux, voire les identités qu'une société estime nécessaire d'énoncer solennellement. Enfin, sans être la source des valeurs d'une société, elle hisse quelques-unes d'entre elles à la notoriété officielle; elle aide, ce faisant, à clarifier les valeurs existantes, tâche que les tribunaux poursuivent au cas par cas, en résolvant des conflits de valeurs dont ils sont souvent saisis sous couvert d'une question constitutionnelle¹³⁰. Que ce soit dans le préambule, un titre préliminaire ou dans le corps principal du texte, les constitutions contemporaines prennent soin de préciser les valeurs éminentes de la collectivité, certains principes organisateurs de l'État ou de la communauté nationale ou des symboles, tels que le drapeau, la devise et l'hymne nationaux. Certaines constitutions rappellent dans leur préambule leur inscription dans l'histoire, en envisageant l'avenir, telle l'américaine, ou certains épisodes du passé national, ce que font les constitutions baltes et

¹²⁷ Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau, « La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme », (2007) 48(1-2) *Les Cahiers de Droit*, 5-42.

¹²⁸ Il s'agit de l'affaire *Robins v. Pruneyard Shopping Center*, 23 Cal.3d 899, 23 mars 1979, Cour suprême de la Californie, décision que certains critiquent comme contraire à l'esprit du constitutionnalisme libéral. Voir Gregory C. Sisk, « Uprooting the Pruneyard », (2007) 38(4) *Rutgers Law Journal*, 1145-1214.

¹²⁹ Carl J. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, supra note 88, p. 95-96.

¹³⁰ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

irlandaise¹³¹. Cette inscription des valeurs et des références au temps n'est pas le propre des constitutions d'États unitaires ou des constitutions fédérales. Plusieurs constitutions d'États fédérés, en particulier celles des cantons suisses, poursuivent les mêmes ambitions énonciatives. Le statut d'autonomie de la communauté autonome de Catalogne, bien qu'il ne soit pas formellement une constitution d'État fédéré authentique, en présente tout le langage et s'ouvre par un long préambule qui raconte à la fois l'histoire nationale catalane et nomme les aspirations politiques de la communauté. Le statut d'autonomie y est reconnu comme le dépositaire de la mémoire historique des Catalans et il en rappelle, dans son préambule, les grands moments¹³². Tel que le souligne Peter Häberle, si les préambules renvoient à l'histoire nationale, c'est qu'« ils le font pour tenir compte du besoin humain d'une représentation historique et d'une identité, beaucoup plus dans le sens d'une histoire qui se sent engagée envers le profane que dans le sens d'un traitement scientifique pour un public de spécialistes »¹³³.

En tant qu'entreprise achevant l'affirmation de la liberté politique d'un peuple, la constitution soude la communauté et en vient à incarner, aux yeux mêmes de ses citoyens, le dépôt même de leurs libertés. La constitution donne à la communauté une image d'elle-même à travers les diverses personnes publiques qu'elle institue et ses sujets politiques, peuple, nation, minorité, qu'elle nomme et investit du pouvoir souverain ou constituant. Si la constitution ne crée pas la société, et tire de ses rapports à celle-ci son effectivité, elle a néanmoins la capacité de symboliser la naissance même de la communauté politique et de la renforcer par la vénération dont le texte fondateur fait l'objet. C'est ce que plusieurs auteurs appellent la fonction d'intégration de la constitution¹³⁴. Elle attire sur elle, quand on la vénère et lui attribue la vertu d'organiser efficacement les pouvoirs, l'affection de la population. Dans le langage patriotique, la constitution est objet d'amour, tel que le reconnut John Adams: « une constitution est une bannière, un pilier et un lien d'union quand elle est comprise, approuvée et aimée. Mais sans cette compréhension et sans cet

¹³¹ Marie-Claire Ponthoreau-Landi, « La Constitution comme structure identitaire », dans Dominique Chagnollaud, dir., *Les 50 ans de la constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 33.

¹³² Communauté autonome de Catalogne, Loi organique du 6/2006, du 19 juillet, de réforme du Statut d'autonomie de Catalogne, Parlement de Catalogne, en ligne: http://www.parlament.cat/porteso/estatut/estatut_frances_250309.pdf.

¹³³ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, *supra* note 66, p. 223.

¹³⁴ Voir sur ce sujet Marie-Claire Ponthoreau-Landi, *supra* note 131, p. 31-42.

attachement, elle pourrait être aussi bien être un cerf-volant et ou un ballon dans les airs »¹³⁵. Même au Canada, pays où la vision britannique de la constitution a dominé sans forte contestation depuis l'échec du rêve constitutionnel des Patriotes en 1837-1838, des parlementaires se sont plu à rêver d'une constitution écrite canadienne raffermissant l'identité et la cohésion nationales:

Le processus de conception et de formulation d'une constitution écrite sous tous ses aspects oblige un peuple à mieux comprendre la valeur de son caractère et de ses aspirations propres. Une fois élaborée, sa constitution lui donne une conscience qui renforce ses institutions fondamentales et sa personnalité. En outre, elle représente un idéal national vers lequel le peuple peut et doit orienter ses pensées, ses énergies et ses passions¹³⁶.

Pour Hannah Arendt, l'entreprise constituante peut acquérir de telles dimensions symboliques que la constitution revêt aux yeux de la population et de la classe politique un caractère sacré, équivalent à celui d'une religion civile. Dans une entrevue, elle a déclaré au sujet de la constitution américaine: « ...ici, c'est un document sacré, c'est le souvenir constant d'un acte unique et sacré: l'acte de fondation des États-Unis »¹³⁷. On sait toute l'importance que Arendt a accordée au concept de fondation dans son analyse de la révolution américaine. Sa thèse est que les révolutionnaires américains ont emprunté aux Romains plusieurs distinctions fondamentales pour garantir la fondation d'un ordre politique nouveau. Les Américains ont ainsi distingué le pouvoir (*potestas*) de l'autorité (*auctoritas*). Cette distinction suppose que l'exercice du pouvoir de commandement ne peut tirer sa force de lui-même seul; il lui faut être légitimé par une instance dont le prestige lui vient de ce qu'elle s'enracine dans le passé, de ce qu'elle prolonge la fondation de la communauté. Chez les Romains, ce sont les sénateurs, issus des familles patriciennes descendantes des fondateurs de Rome, qui augmentaient de leur autorité les décisions des consuls puis des empereurs. Chez les Américains, les rapports entre autorité et *auctoritas* se déploient autrement. C'est la constitution américaine même, créatrice d'un corps politique nouveau, qui joue un rôle équivalent au mythe de la

¹³⁵ Cité d'après Zoltan Haraszti, *John Adams and the Prophets of Progress*, Cambridge, Massachusetts, 1952, p. 221, tel que cité en français dans Hannah Arendt, *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 213.

¹³⁶ Gildas L. Molgat et Mark MacGuigan, *Rapport final*, Comité spécial mixte du sénat et de la Chambre des communes, Parlement fédéral du Dominion du Canada, 1972, p. 6.

¹³⁷ Hannah Arendt, *Édifier un monde: interventions 1971-1975*, Paris, Seuil, 2007, p. 133.

fondation de Rome par Remus et Romulus et c'est la Cour suprême qui, au lieu du sénat, exerce l'*auctoritas*, forte de la mission qui lui incombe de conserver le dépôt initial et de l'accroître, petit à petit, de ses interprétations qui se réclament des intentions originelles des pères fondateurs. L'expérience américaine de la constitution tenant lieu d'une fondation politique au sens romain du terme a eu peu d'équivalent dans le monde moderne, écrit Arendt dans son célèbre article « Qu'est-ce que l'autorité? »¹³⁸. Il est clair toutefois qu'elle a eu des imitations, plus ou moins réussies. Au Canada, Pierre-Elliott Trudeau, admirateur du *Bill of Rights* américain, a caressé l'ambition de conférer au pays une nouvelle fondation par une réforme constitutionnelle qui renforcerait l'identité nationale et neutraliserait le nationalisme québécois au profit d'une forme de patriotisme des droits, dont la Cour suprême aurait la garde.

En Europe, la volonté de remplacer les traités de l'Union européenne par une constitution européenne procède aussi de l'ambition de fonder un corps politique nouveau, un *demos* européen, et de susciter un patriotisme européen que cristalliserait cette constitution. En effet, pour plusieurs penseurs contemporains, le patriotisme, dépouillé de tout attachement à la nation, concentre l'affection du citoyen à un seul objet, la constitution; c'est le patriotisme devenu constitutionnel dont le philosophe allemand Jürgen Habermas a formulé le projet, qui entend « aménager la vie politique, non pas autour d'une communauté nationale partageant un héritage ethnique ou culturel, mais autour d'une communauté de citoyens dont les normes qui les rassemblent puisent leur seule légitimité dans les procédures de la délibération publique »¹³⁹. Cependant, cette conception post-nationale de la constitution ne fait pas l'unanimité chez les intellectuels¹⁴⁰, et les ratés qu'a connus la ratification du projet de constitution européenne ont illustré la résistance des peuples habitués à leur constitution nationale à l'édification d'un projet constitutionnel supranational¹⁴¹.

¹³⁸ Hannah Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité? », dans *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 183.

¹³⁹ Frédéric-Guillaume Dufour, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, Montréal, Liber, 2001, p. 11-12. Voir aussi Jürgen Habermas, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998.

¹⁴⁰ Voir par exemple la critique de Will Kymlicka, « Le mythe de la citoyenneté transnationale », (2004) *Critique internationale*, 97-111.

¹⁴¹ De plus, on remarquera que l'amour de la patrie et l'amour de la constitution et des lois allaient de pair chez les républicains du Canada français au XIX^e siècle. Voir notamment

Bref, la constitution énonce l'image qu'une société veut se donner d'elle-même à des fins politiques. La constitution est un miroir de la société, mais un miroir structurant qui procure à la collectivité une image forte et signifiante d'elle-même¹⁴². Elle est en somme une ressource symbolique puissante pour nouer un lien civique entre l'État et ses citoyens. C'est pour cette raison qu'on assigne souvent à la constitution une fonction didactique, qui consiste à enseigner les valeurs et les idéaux fondamentaux dont ils doivent inspirer leur vie¹⁴³.

Toutefois, la force intégrative d'une constitution ne passe pas uniquement par la reconnaissance d'une communauté politique et d'un peuple unitaires. Elle peut s'exercer même quand la constitution semble instaurer une fragmentation des sujets politiques collectifs par la reconnaissance d'identités sociales particulières, de minorités linguistiques et religieuses dont le statut est fonction des compromis établis entre la majorité nationale et ses minorités. Au Canada, la loi fondamentale du pays adoptée en 1867 se démarque de la constitution américaine par son souci de préserver l'autonomie et certains aspects culturels de la minorité canadienne-française; ce souci s'est reflété dans l'aménagement du partage des compétences, dans le choix d'une régime fédéral plutôt qu'unitaire et dans l'octroi de protections en faveur de la langue, de la religion et du droit civil¹⁴⁴. La réforme constitutionnelle de 1982 intervenue au Canada, sans abolir ces protections et la nature fédérale du régime, y juxtapose une autre « structure identitaire », qui combine la garantie de droits individuels et la reconnaissance de droits communautaires aux minorités de langues officielles, aux communautés ethnoculturelles issues de l'immigration et

Clément Dumesnil, *Réflexions préliminaires des vrais principes politiques*, Montréal, Des Presses de l'Avenir, 1849, p. 35.

¹⁴² Bjarne Melkevik, en déplorant l'absence de constitution écrite formelle au Québec, souligne par la négative la puissance symbolique de la constitution: « le Québec n'a pas de constitution formelle qui puisse fonder son espace public, cristalliser la citoyenneté québécoise et symboliser les droits du citoyen, une constitution qui puisse canaliser la puissance symbolique des institutions et la légitimité du peuple. » Bjarne Melkevik, « Patriotisme constitutionnel et souveraineté: le modèle norvégien », dans Michel Sarra-Bournet, dir., *Le pays de tous les Québécois. Diversité culturelle et souveraineté*, Montréal, VLB, 1998, p. 184.

¹⁴³ Marcel Faribault, *Vers une nouvelle constitution*, *supra* note 65, p. 157.

¹⁴⁴ Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P. -Crépeau & C.B. MacPherson, dir., *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto/Montréal, University of Toronto Press/Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 114.

aux peuples autochtones. Un des aspects intéressants de cette réforme observé par les politologues canadiens et québécois est que la reconnaissance de droits même individuels peut susciter un effet de mobilisation et de cristallisation identitaire sur des groupes qui voient dans la constitution à la fois une ressource pour l'action politique et une bannière identitaire. Ce phénomène, le politologue Alan C. Cairns l'a appelé le *minoritarisme constitutionnel*, soit la segmentation de la société canadienne en minorités sociales dont l'identité se construit sur une distinction physique, sociale ou ethnique et dont le statut est rehaussé par les garanties de la Constitution, qu'il s'agisse du droit à l'égalité, des droits linguistiques et des droits ancestraux et issus de traités reconnus aux peuples autochtones¹⁴⁵. Ainsi, estime Guy Laforest, la *Charte canadienne des droits et libertés* « renforce les identités minoritaires qui n'ont pas d'assises territoriales autres que la communauté nationale canadienne dans son ensemble »¹⁴⁶. Il apparaît que l'architecte de la réforme constitutionnelle de 1982, Pierre-Elliott Trudeau, a fait le pari que ces identités non-territoriales, dérivées du langage des droits individuels, finiraient par prendre le dessus sur les identités territoriales et historiques. Ainsi, au Canada, la fonction intégrative de la constitution a été mise au service de l'édification nationale, du « nation-building », au nom d'un nationalisme pancanadien multiculturel qui sert en réalité les intérêts de la majorité canadienne-anglaise¹⁴⁷.

Bien au-delà des conflits entre minorités et majorité et des rivalités d'identité, la constitution laisse aussi son empreinte sur le langage politique de tous les jours: on assiste alors à une « juridicisation » des arguments et de la rhétorique des acteurs politiques et sociaux, qui prennent l'habitude de recourir aux catégories du droit constitutionnel pour faire valoir leurs intérêts et leur vision du monde. Selon Morton et Knopff, la qualité du débat démocratique se ressentirait de cette emprise grandissante du droit constitutionnel: absolutisés par le langage du droit constitutionnel, les

¹⁴⁵ Alan C. Cairns, « Constitutional Minoritarianism in Canada », dans Ronald L. Watts et Douglas M. Brown, dir., *Canada: the State of the Federation*, 1990, Kingston, Institut des Relations intergouvernementales, 1990, 8.

¹⁴⁶ Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992, p. 190.

¹⁴⁷ Will Kymlicka, « Le fédéralisme multinational au Canada: un partenariat à repenser », dans Guy Laforest et Roger Gibbins, dir., *Sortir de l'impasse: les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 16.

intérêts et les valeurs de groupes qui s'opposent dans une controverse laissent moins de prise au compromis¹⁴⁸.

Un autre aspect sous lequel le rapport de la constitution à la société se manifeste est la régulation générale de l'organisation économique et sociale du pays. Dès lors, au rebours du constitutionnalisme libéral, ce type de constitutionnalisme cherche plutôt à légitimer et à orienter l'intervention de l'État dans les sphères économique et sociale, à la fois pour assurer une certaine redistribution des revenus, stabiliser les aléas du capitalisme et fixer des équilibres dans les relations de travail. Ainsi, plusieurs constitutions ont un contenu programmatique: elles orientent les politiques de l'État, l'assigne à la poursuite de buts sociaux, voire consacrent des droits socio-économiques plus ou moins opposables à l'État, selon les libellés et la culture politique et juridique du pays, droits que les juristes considèrent comme des droits de seconde génération¹⁴⁹. La loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne reconnaît tout à la fois le droit à la propriété et celui de l'État de nationaliser les moyens de production, le droit à la syndicalisation et la liberté de profession et définit la République comme un État démocratique et social. Ce volet social renvoie au consensus qui s'est fait en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale autour de l'idée d'économie sociale de marché, à laquelle ont adhéré les démocrates-chrétiens et les sociaux démocrates. Le postulat de l'État social fait obligation à l'État allemand d'aménager un ordre social et économique juste; cette obligation incombe à tous les pouvoirs, y compris exécutif et judiciaire, qui doivent interpréter les règles de droit dans un sens social¹⁵⁰. La constitution de 1948 de la République italienne énonce une série de principes fondamentaux touchant aux relations économiques et sociales¹⁵¹ et la constitution de la V^e République française, bien qu'elle contienne dans son corps central peu de dispositions relatives à l'organisation de l'économie et du travail, renvoie dans son préambule au préambule de la constitution de 1946, énonçant une série de droits sociaux. C'est en intégrant le préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à laquelle le préambule de la Constitution de 1958 renvoie également, dans le « bloc de constitutionnalité » que le

¹⁴⁸ Felix L. Morton et Rainer Knopff, *supra* note 125.

¹⁴⁹ Marie-Anne Cohendet, *supra* note 30, p. 136.

¹⁵⁰ Ilse Staff, « Introduction », *supra* note 87, p. 21-22.

¹⁵¹ Normes qui forment ensemble une « constitution économique ». Voir Giovanni Bognetti, *Costituzione economica e corte costituzionale*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 4.

conseil constitutionnel a peu à peu élargi la portée de la régulation constitutionnelle des rapports économiques¹⁵². La constitution de la République d'Irlande, à son article 45, établit une série de principes directifs de la politique sociale de l'État, lesquels, qui ne sont pas justiciables devant les tribunaux, sont énoncés pour guider le parlement irlandais¹⁵³.

Par ailleurs, le fait qu'une constitution ne contienne pas de droits sociaux ou de directives en matière sociale ne signifie pas pour autant qu'elle n'a rien à voir avec l'organisation économique ou sociale du pays. La constitution américaine offre un bel exemple de cette situation; les protections qu'elle accorde au droit de propriété et à la liberté de contrat consacrent certains éléments fondamentaux du capitalisme américain. De la même manière, l'extension, *mutatis mutandis*, de la jouissance des libertés individuelles aux personnes morales, qu'a décidée notamment la Cour suprême du Canada, renforce la prééminence du système corporatif comme modèle d'entreprise privée¹⁵⁴. Toutefois, la logique libérale qui imprègne la constitution américaine ne résume pas à elle seule tout le constitutionnalisme américain. Plusieurs constitutions d'État contiennent des dispositions à caractère social, telle la constitution du New Jersey, qui prévoit depuis 1875 une disposition obligeant la législature de l'État à mettre sur pied un système complet et efficace d'écoles publiques, qui a suscité au cours des dernières années de nombreux litiges devant les tribunaux de l'État¹⁵⁵. À l'inverse des constitutions américaine et canadienne, dans un pays tel que le Mexique, marqué par l'expérience révolutionnaire et la volonté de collectiviser la propriété et la gestion de certaines ressources naturelles et des terres arables, la constitution enchâsse

¹⁵² Antoine Jeammaud, « La " constitutionnalisation rampante " du droit du travail français », (2007) 48(1-2) *Les Cahiers de droit*, 93-119.

¹⁵³ République d'Irlande, *Constitution of Ireland*, en ligne: <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=243>.

¹⁵⁴ Comme l'a montré Marie-Claude Prémont, la montée en puissance des grandes sociétés anonymes n'a pas fait l'unanimité, même chez les penseurs libéraux. Voir Marie-Claude Prémont, *Tropisme du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber, 2003, p. 51-62.

¹⁵⁵ Peter J. Mazzei, « New Lights on New Jersey's "Thorough and efficient" Education Clause », (2007) 38(4) *Rutgers Law Journal*, 1087-1143.

un modèle économique censé réguler les relations entre les facteurs de production et entre les diverses fonctions économiques¹⁵⁶.

Enfin, dans certains pays, la constitution se rapporte non seulement à la société sous divers rapports mais institue, en faveur des corps sociaux, une représentation spécifique au sein des institutions. On associe généralement ce type de représentation institutionnelle des groupes socioprofessionnels au catholicisme social du début du XX^e siècle et aux régimes autoritaires, comme celui de Salazar au Portugal, qui a poussé très loin l'idée du corporatisme social. Cependant, le socialisme au XIX^e siècle a aussi été le chantre de la représentation socioprofessionnelle. Proudhon en a été l'un des avocats les plus éminents. La représentation des intérêts ou représentation organique, a aussi été défendue par le socialisme anglais à la fin du XIX^e siècle. Le *guild-socialism* de Hobson et Cole prévoyait, constate Norberto Bobbio, l'instauration d'une « représentation fonctionnelle des intérêts constitués et reconnus à côté de la représentation territoriale de l'État parlementaire classique »¹⁵⁷. En France, au tournant du XX^e siècle, des voix se sont élevées pour critiquer la représentation parlementaire et envisager une représentation socioprofessionnelle pour y faire contrepoids¹⁵⁸. Cette pensée s'est traduite, dans la constitution française de 1958, par la création d'un conseil économique et social, auquel les citoyens français pourront présenter des pétitions depuis la réforme constitutionnelle de juillet 2008. L'Irlande est sans doute l'un des États occidentaux qui a donné à la représentation organique une forme institutionnelle forte. La deuxième chambre irlandaise, le Seanad Éireann (le Sénat), comporte soixante membres, dont 43 sont élus à partir de cinq panels socioprofessionnels désignés, par les députés de la première chambre, les sénateurs sortants et les pouvoirs locaux. Les diplômés des deux plus vieilles universités, ainsi que celles-ci élisent ensemble 12 sénateurs¹⁵⁹. La Bavière a déjà eu une seconde chambre socioprofessionnelle, qu'elle a toutefois abolie vers la fin des années 1990. L'un des fondateurs du mouvement indépendantiste québécois, Raymond Barbeau, a rédigé en 1960 un projet de constitution qui prévoyait une

¹⁵⁶ Eduardo Andrade Sanchez, *Derecho constitucional*, Mexico, Oxford University Press, 2008, p. 493-515.

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, Paris, Seuil, 2007, p. 144.

¹⁵⁸ Bastien François, *Le régime politique de la V^e République*, *supra* note 100, p. 10-11.

¹⁵⁹ Lelia Ruckenstein et James A. O'Malley, *Everything Irish*, New York, Ballantine Books, 2003, p. 382-383.

seconde chambre corporative¹⁶⁰. Au Mexique, ce sont souvent les maires qui ont le pouvoir de ratifier les projets d'amendement de la constitution de l'État, le recours au référendum étant facultatif¹⁶¹.

2.3. La constitution moderne et le constitutionnalisme de la responsabilité

La troisième forme de constitutionnalisme qui fait écho à la constitution moderne ou naturelle ne cherche pas à instituer la séparation entre le social subjectif et le naturel objectif. Au contraire, ce constitutionnalisme émergent atténue la portée de cette séparation, de cette division naturelle, voire vise à l'abolir, pour fonder un nouveau rapport éthique de l'Homme avec la nature et avec lui-même. Ce constitutionnalisme nouveau, je l'appellerais celui de la responsabilité, en référence au *principe responsabilité* du philosophe allemand Hans Jonas.

On observe depuis quelques années une multiplication des constitutions qui traitent d'environnement, de protection du milieu naturel, de qualité de l'air et de biodiversité. Au-delà d'une cinquantaine de constitutions nationales, sans compter de nombreuses constitutions d'États fédérés, renvoient d'une manière ou d'une autre à l'environnement, dans un double souci de prévention et de répression des atteintes à l'environnement¹⁶². Aux États-Unis, entre 1971 et 1979, cinq États ont intégré à leur constitution des dispositions reconnaissant aux personnes ou à la population des droits environnementaux, et l'idée d'inscrire dans la constitution fédérale américaine des droits équivalents a même été envisagée¹⁶³. En mars 2005, la France, à l'instigation de Jacques Chirac, a adopté une *Charte de l'environnement*, incluse dans la constitution de la V^e République française.

¹⁶⁰ Raymond Barbeau, *La constitution de la République de Laurentie*, (1960) 107 *Laurentie*, p. 378-404.

¹⁶¹ Voir par exemple l'article 117 de la constitution de l'État de Jalisco.

¹⁶² Marie-France Delhoste, « L'environnement dans les Constitutions du monde », (2004) 2 *Revue du droit public*, p. 441-455.

¹⁶³ Il s'agit des États d'Hawaï, Illinois, Massachusetts, Montana et Pennsylvanie. Voir Robert Meltz, « Rights to a Clean Environment Provisions in State Constitutions, and Arguments as to A Federal Counterpart », Congressional Research Service, Library of Congress, RS20084, 23 février 1999, en ligne: <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-1023:1>.

Les juristes rangent généralement les droits environnementaux dans les droits de troisième génération, parmi lesquels figurent aussi les droits à la paix, au développement et à l'information¹⁶⁴. Ces droits de troisième génération, que plusieurs considèrent comme des droits collectifs répondant à une exigence de solidarité, ont suscité un débat sur leur qualité même de droit, en raison de leur titulaire et de leur nature. Cependant, à trop se demander si le droit à un environnement sain est un véritable droit opposable à l'État, on risque de perdre de vue une mutation importante dans le langage du constitutionnalisme contemporain. Beaucoup de dispositions constitutionnelles ou reconnues dans les traités internationaux qui ont trait à l'environnement prennent en fait la forme d'un droit-créance, opposable à l'État, calqué sur le modèle des droits sociaux ou sur celui d'un droit individuel dont la violation entraîne des sanctions juridiques. Or, dans plusieurs cas de dispositions à vocation environnementale, le langage est autre de deux façons. Premièrement, il fait apparaître la nature, généralement absente des catégories du droit constitutionnel traditionnel. Comme le souligne Joseph Pini, le droit à l'environnement « ouvre tout d'abord sur des questions relatives à la nature et à l'existence de ce droit même »¹⁶⁵. Ce langage pose clairement la question du rapport de l'Homme avec la nature. Deuxièmement, ce langage établit un rapport éthique au monde et au temps différent, qui suppose une responsabilité générale à l'égard des générations futures, d'une humanité à venir.

On voit clairement apparaître ce nouveau langage dans la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, conférence dite de Stockholm de juin 1972. Dès le premier paragraphe du préambule, la déclaration envisage la relation de l'Homme à l'égard de la nature: « L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel »¹⁶⁶. Dans la phrase suivante est

¹⁶⁴ Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, supra note 30, p. 137. Voir aussi Philipp Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 2007, p. 59-60.

¹⁶⁵ Joseph Pini, « Présentation », dans Olivier Lecucq et Sandrine Maljean-Dubois, dir., *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 2008, p. 43.

¹⁶⁶ Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Programme des Nations Unies pour l'environnement, Stockholm, 16 juin 1972, en ligne: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>.

soulevée la nature problématique du pouvoir technique que l'Homme exerce sur la nature: « Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. » Ce langage est en soi d'une grande nouveauté, car jusqu'à ce jour, le pouvoir que le libéralisme demandait au droit de limiter était le pouvoir souverain. Le même paragraphe liminaire de la déclaration distingue par ailleurs deux natures, la nature exempte de l'intervention de l'Homme et celle qu'il a transformée: « Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même. » Ici est affirmé le lien entre la protection de ces deux natures et la protection des droits fondamentaux. Celle-ci ne découle plus uniquement de la limitation du pouvoir politique ou des puissances socioéconomiques.

Au sixième paragraphe du préambule de la déclaration est formulé un devoir général dont les bénéficiaires sont les « générations présentes et à venir »:

Pour jouir librement des bienfaits de la nature, l'homme doit tirer parti de ses connaissances en vue de créer, en coopération avec elle, un environnement meilleur. Défendre et améliorer l'environnement pour les générations à venir est devenu un objectif primordial, une tâche dont il faudra coordonner et harmoniser la réalisation avec celle des objectifs fondamentaux déjà fixés de paix et de développement économique et social dans le monde entier.

Aux principes 1 et 4 de la déclaration sont mêlés trois types de langage, ceux du droit personnel, du devoir à l'égard des générations à venir et de la responsabilité. Ainsi le premier principe prévoit que: « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. » Voilà pour le droit individuel à l'environnement. Puis vient le devoir: « Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. » Au devoir du principe premier se greffe la responsabilité du principe 4: « L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages [...] » La déclaration de Rio de juin 1992 reprend plusieurs des thèmes de la déclaration de Stockholm sans réaffirmer les concepts de devoir et de responsabilité. Elle

met plutôt l'accent sur le droit au développement durable. Les êtres humains, déclare son article premier, « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature. » Son principe troisième ajoute que le droit au développement doit être réalisé de manière à satisfaire les besoins « des générations présentes et futures »¹⁶⁷. Le principe de l'intérêt des « générations présentes et futures » dans la préservation du système climatique est également reconnu dans la Convention-cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992. Avec les principes « d'intérêt général de l'humanité », de « patrimoine commun de l'humanité » et des « responsabilités communes et différenciées » des États vis-à-vis de l'environnement, le droit des générations futures fait maintenant partie des concepts propres au droit international de l'environnement¹⁶⁸. Plus récemment, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait en 2007 une Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Son article 25 exprime le principe qu'à l'égard des générations futures, les peuples autochtones ont le droit d'assumer leurs responsabilités pour conserver les terres qu'ils possèdent ou occupent¹⁶⁹.

Ce type de langage qui lie la responsabilité à l'égard de la nature à l'horizon éthique des générations futures a migré progressivement dans les constitutions des États. En Allemagne, ce sont d'abord les Länder qui ont pris l'initiative d'enchâsser dans leur constitution des dispositions assignant l'État au respect de ce genre de finalités. Le Land de Bade-Wurtemberg ouvre le bal en 1976, suivi de la Bavière, de la Rhénanie du Nord-Westphalie et de douze autres Länder, y compris cinq Länder de l'est¹⁷⁰. Finalement, ce fut en 1994 que la République fédérale d'Allemagne a ajouté à sa loi fondamentale l'article 20a, qui matérialisait une ambition constitutionnelle exprimée pour la première fois dans un programme de

¹⁶⁷ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992, en ligne: <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>.

¹⁶⁸ Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurier, *Droit international de l'environnement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2004, p. 144-152.

¹⁶⁹ *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, rés. AG. 61/295, 13 septembre 2007.

¹⁷⁰ Jérôme Germain, « La protection de l'environnement dans la Constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'État », (2005) 113 *Pouvoirs*, p. 195-96, note 3.

protection de l'environnement du gouvernement fédéral allemand publié en 1971¹⁷¹. Cet article se lit comme suit:

Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit.

Ce langage de la responsabilité à l'égard de la nature a aussi migré en Suisse, autre pays de culture germanique. La constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 évoque la responsabilité du peuple et des cantons suisses « envers la Création » et les « générations futures ». L'article 73 de cette constitution pose en ces termes le rapport de l'État suisse à l'égard de la nature: « La Confédération et les cantons oeuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. » Plusieurs constitutions cantonales utilisent le même langage, telles celles des cantons de Zurich, d'Argovie et de Vaud¹⁷². Le préambule de la constitution vaudoise évoque « la Création comme berceau des générations à venir » et voue, à son article 6, l'État à « la préservation des bases physiques de la vie et la conservation durable des ressources naturelles » ainsi qu'à « la sauvegarde des intérêts des générations futures. » Étonnamment, plusieurs constitutions étatiques américaines tiennent aussi le langage de la responsabilité de l'État à l'égard de l'avenir, distinct de la phraséologie du droit individuel¹⁷³.

¹⁷¹ Michael Bothe, « Le droit à l'environnement dans la constitution allemande », (2005), n° spécial *Revue juridique de l'environnement*, p. 35.

¹⁷² Préambule et article 6 de la Constitution du Canton de Zürich, préambule de la Constitution du Canton d'Argovie, préambule et art. 6 du Canton de Vaud.

¹⁷³ Voir Article IX, par. 1(1), Constitution du Montana: « *The State and each person shall maintain and improve a clean and healthful environment in Montana for present and future generations.* » De même, l'article 1, par. 27, Constitution de la Pennsylvanie: « *The people have a right to clean air, pure water, and to preservation of the natural, scenic, historic and aesthetic values of the environment. Pennsylvania's public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come. As trustee of these resources, the Commonwealth shall conserve and maintain them for the benefit of all the people.* » Au Québec, la *Loi sur les forêts*, sans parler de responsabilité à l'égard des générations futures, évoque, dans son préambule, la reconnaissance du patrimoine forestier afin de répondre aux divers besoins des générations actuelles et futures. Voir: État du Québec, *Loi sur les forêts*, L.R.Q., ch. F-4.1.

Pour comprendre la portée philosophique de cette éthique de la responsabilité, du moins dans son expression constitutionnelle dans les pays de culture germanique, il est utile de faire référence au célèbre ouvrage publié en 1979 par le philosophe allemand Hans Jonas sous le titre allemand *Das Prinzip Verantwortung* (*Le principe responsabilité* dans l'édition française¹⁷⁴). L'ambition de Jonas consiste à fonder une nouvelle éthique pour la civilisation technologique d'aujourd'hui, devant le pouvoir immense que la technique et la science confèrent à l'Homme sur la nature et l'espèce humaine elle-même. Il constate la désuétude de l'éthique traditionnelle devant les défis de notre temps. Son ambition est d'établir, en s'inscrivant dans la tradition philosophique allemande et en esquissant une métaphysique de la nature, un nouveau concept de responsabilité, qui procède de la « possibilité d'une perpétuation indéfinie de l'humanité dans l'avenir »¹⁷⁵. Alors que l'éthique traditionnelle est tournée vers le passé, est rétrospective, l'éthique de Jonas en est une de l'avenir, elle résulte du *pouvoir faire*. En somme, le pouvoir – celui que l'homme acquiert par la science sur la nature – oblige. Jonas a formulé son principe en reformulant l'impératif catégorique de Kant: « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre »¹⁷⁶; « agis de façon que les effets de ton action ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d'une telle vie »¹⁷⁷. Autrement dit, le pouvoir technique est une puissance « naturelle » qu'il nous faut contrôler et qui nous oblige à l'égard des générations futures, en vue de maintenir à leur profit les possibilités mêmes de la vie. L'étendue de la responsabilité à l'égard de l'humanité future découle du pouvoir que l'Homme acquiert sur la nature; l'accroissement de la première est ainsi fonction de la croissance du deuxième. Cette responsabilité est unilatérale puisqu'elle n'a pas de base contractuelle; elle a pour objet l'indéfini de l'avenir, l'être des générations non encore advenues. N'empruntant pas au langage de la réciprocité, l'éthique de la responsabilité selon Jonas n'est ainsi pas construite sur l'idée des droits et obligations, « selon laquelle mon obligation est l'image

¹⁷⁴ Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, collection « Champs », Paris, Flammarion, 1995.

¹⁷⁵ Bernard Sève, « Hans Jonas et l'éthique de la responsabilité », (1990) n° octobre *Esprit*, p. 74

¹⁷⁶ Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, *supra* note 174, p. 40.

¹⁷⁷ *Ibid.*

à l'envers du droit d'autrui qui à son tour est vue à l'image de mon droit propre »¹⁷⁸.

Les thèses de Jonas ont suscité de nombreux commentaires, y compris chez les juristes, tel François Ost, qui lui, préfère « concevoir la responsabilité à l'égard des générations futures sous la forme d'un patrimoine »¹⁷⁹ commun, ce qui a l'avantage d'introduire dans le rapport de l'humanité à la nature un élément de réciprocité absent chez Jonas. Faisant le bilan des théories relatives à la responsabilité à l'égard de la nature et des générations futures, Ost écrit: « [c]e que nous cherchons à penser, c'est un rapport dialectique de symbiose entre l'homme et la nature, un « lien » nouveau qui permette de faire l'économie et de la domination et de la possession, en quelque sens qu'elles s'exercent »¹⁸⁰. Le régime juridique qui convient le mieux à la nature, ou au « milieu », d'après Ost, est la notion complexe de patrimoine, qui évite les catégories de « sujet » et d'« objet » dans lesquelles la modernité a tenté d'enfermer la nature. Par cette notion de patrimoine Ost croit pouvoir traduire « le souci éthique d'assumer notre responsabilité à l'égard des générations futures en imposant notamment une modération tant dans les prélèvements que dans les rejets, afin de garantir l'égalité des générations dans l'accès à des ressources naturelles de qualité comparable »¹⁸¹.

Sans entrer plus avant dans la discussion du régime juridique adéquat pour la nature, il importe de souligner les conséquences de ce nouveau constitutionnalisme émergent. Premièrement, la nature apparaît dans le langage du droit constitutionnel; le silence à la base de la « constitution moderne » est rompu; la nature ne devient pas pour autant un sujet de droit, il ne s'agit pas de contracter des obligations avec une nature parée de traits anthropomorphiques ou érigée, par la fiction juridique, en sujet de droits. La nature devient un objet de souci, un objet à l'égard duquel la responsabilité individuelle et collective est engagée. Selon Jérôme Germain, le langage utilisé par l'article 20a de la Loi fondamentale allemande exprime un parti pris anthropomorphique dans le débat sur la nature des droits environnementaux. « C'est par rapport à l'humanité, dit-il, et non à la

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁷⁹ François Ost, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La découverte, 1995, p. 295.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 297.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 307.

nature elle-même que l'environnement doit être protégé »¹⁸². S'agissant de la Charte française de l'environnement, Laurent Fonbaustier estime que le « pacte écologique » qui lui est sous-jacent s'éloigne du « contrat naturel » préconisé par Michel Serres. Ce pacte « reposera sur une vision républicaine humaniste, anthropocentrée, du rapport de l'homme au monde »¹⁸³. Ainsi, la proclamation en France d'un droit à l'environnement semble-t-elle selon lui davantage procéder de la vision classique des droits de l'homme que de la problématique des relations entre l'homme et la nature¹⁸⁴. Cependant, Fonbaustier concède que Michel Serres est nuancé lorsqu'il utilise les termes « contrat naturel », dans la mesure où il « ne met pas systématiquement face à face l'homme et la nature personnifiée, à laquelle on souhaiterait accorder des droits en dehors de toute perspective humaine. » La nature, chez Serres, est considérée pour l'homme, en sa direction, et non nécessairement en soi comme sujet autonome de l'humanité¹⁸⁵.

Si la garantie d'un droit à l'environnement conserve une assise anthropocentrique, cela n'entraîne pas pour autant qu'il perpétue la vieille séparation entre l'humanité et la nature propre à la constitution moderne telle que définie par Latour. Dans la mesure où ce langage de la responsabilité implique la reconnaissance de ce que la société humaine participe de la nature qu'elle transforme et crée, pour ce faire, un droit objectif constitutionnalisé dont la finalité incombe à l'État, l'anthropocentrisme à la base de la constitution moderne est mis de côté. Le constitutionnalisme traite dès lors du pouvoir de l'Homme situé dans la Nature et responsable de son action sur elle. Plutôt que de parler de contrat naturel, qui suggère la réciprocité, l'échange de volontés et l'équivalence synallagmatique entre deux prestations, il serait plus juste de dire que ce genre de langage cherche à constitutionnaliser un quasi-contrat collectif, qui résulte de l'opération même de la volonté du constituant, qui fait naître à l'égard des générations présentes et non advenues une dette exigible, dont l'étendue reste cependant ouverte et indéterminée.

¹⁸² Jérôme Germain, *supra* note 170, p. 200.

¹⁸³ Laurent Fonbaustier, « Environnement et pacte écologique. Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à l'environnement », (2003) 15 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 235.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 239.

Deuxièmement, ce type de constitutionnalisme fait naître une responsabilité éthique à l'égard de l'avenir, du non encore advenu (« l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel », considérant de la Charte française de l'environnement). Ce langage se distingue de l'éthique traditionnelle, qui envisage généralement les rapports humains dans le présent et à l'égard des actes passés, et de la temporalité de la responsabilité juridique, également orientée vers la sanction des actes délictueux passés.

Troisièmement, ce constitutionnalisme utilise aussi souvent le langage des devoirs, corollaire du langage du droit individuel à un environnement sain. Ainsi, l'article 2 de la Charte française de l'environnement déclare: « Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Cette insistance sur les devoirs, censée faire contrepoids au langage créancier des droits individuels, n'est certes pas propre au droit à l'environnement.

Enfin, l'éthique de la responsabilité à l'égard de la nature élargit la portée du constitutionnalisme. Il ne s'agit plus seulement de contrôler le pouvoir souverain, mais de limiter le pouvoir en général, en particulier celui conféré par la science et la technique, en vue de protéger la nature et la nature seconde fabriquée par l'Homme. Cette évolution des choses correspond à une nouvelle approche du rôle du droit, dont on trouve un parfait exemple dans les travaux d'Alain Supiot, qui voit le droit comme un humanisme dogmatique dont la vocation est de raisonner les pouvoirs et de maîtriser les techniques¹⁸⁶. Le droit, écrit-il, « a rempli une fonction d'interposition entre l'Homme et ses outils, dont l'usage est soumis à des interdits spécifiques qui varient avec les risques qu'il lui font courir »¹⁸⁷. Lui-même une technique immatérielle issue de la récupération en Occident de l'héritage du droit romain, le droit remplit une fonction dogmatique fondamentale, « qui lui confère une place singulière dans le monde des techniques: celle d'une technique d'humanisation de la technique »¹⁸⁸.

Plusieurs juristes accueillent toutefois avec méfiance les avancées prétendues des formes émergentes du droit constitutionnalisé à

¹⁸⁶ Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Paris, Seuil, 2005.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 184.

l'environnement, dont ils ont souligné l'indétermination et le peu d'effectivité réelle, notamment en France¹⁸⁹. En Allemagne, l'adoption de l'article 20a de la Loi fondamentale a été précédée d'une réflexion élaborée sur le choix des catégories juridiques qu'il convient de mobiliser pour consacrer constitutionnellement la protection de l'environnement. Au lieu d'inscrire cette protection dans la liste des droits fondamentaux ou dans un texte déclaratoire à portée strictement symbolique, les juristes allemands ont préféré faire de la protection de l'environnement une norme objective contraignante, qui assigne une finalité générale à l'État tout entier, qu'ils distinguent, dans leur vocabulaire constitutionnel, des droits fondamentaux, des missions du législateur et des structures de l'État. Il n'empêche que même si cette finalité constitutionalisée ne s'accompagne pas de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'environnement, cette finalité est considérée comme une « directive immédiatement valide et contraignante pour toutes les autorités de l'État »¹⁹⁰ et non comme l'élément d'un simple programme politique sans valeur obligatoire. Selon Henri Torrione, le langage de l'article 20a n'est pas celui du droit naturel qui conçoit un droit subjectif comme l'image réciproque d'un autre droit subjectif; il postule plutôt l'existence d'un bien fondamental objectif, dont découlent des obligations¹⁹¹. Sur le plan juridique, l'imposition de cette finalité objective a eu pour résultat d'étendre les pouvoirs de l'État en matière d'environnement et de lui interdire des mesures insuffisantes. De même, elle sert de moyen d'interprétation aux fins « d'affiner » les droits fondamentaux; l'article 20a peut être invoqué à l'appui d'un recours individuel demandant aux juges de constater la violation d'un droit fondamental ou servir d'outil interprétatif pour justifier la limitation d'un droit individuel¹⁹². En France, des décisions récentes du Conseil

¹⁸⁹ Voir en France le débat relatif à la portée effective de la Charte de l'environnement adoptée en 2005. Amandine Capitani, « La Charte de l'environnement: un leurre constitutionnel? », (2005) 63 *Revue française de droit constitutionnel*, 494-516; Karine Foucher, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement – Quelle portée juridique? », (2006) *Actualité juridique du droit administratif*, 2316-2321; Xavier Bioy, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel français ou Qu'est-ce que « constitutionaliser »? », Henri Roussillon, Xavier Bioy et Stéphane Mouton, dir., *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses universitaires de sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 25-58.

¹⁹⁰ Jérôme Germain, *supra* note 70, p. 198.

¹⁹¹ Henri Torrione, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique? », dans Anto Gavric et Grzegorz Sienkiewick, dir., *État et bien commun*, Berne, Peter Lang, 2008, p. 85-144.

¹⁹² *Ibid.*

constitutionnel et du Conseil d'état ont confirmé la valeur obligatoire pour l'État de la Charte de l'environnement et le droit des justiciables français de se prévaloir de cette charte devant le juge¹⁹³.

Conclusion: La constitution ou l'idéal de maîtrise des trois sphères du pouvoir humain

Les trois visions de la constitution et les formes de constitutionnalisme qui leur sont associées, bien que portées à des degrés de développement divers, ne sauraient résumer à elles seules toutes les possibilités théoriques du concept ni toute l'étendue de la pratique politique. Plus nous avons avancé dans l'étude de ces images de la constitution, plus la distance entre elle et le pouvoir politique semblait s'accroître. Mais quelle que soit la vision de la constitution qu'on envisage et sa pratique correspondante, on s'aperçoit que la constitution tire essentiellement sa force des promesses qu'elle recèle; elle est justement cela, quand une collectivité prend soin, dans un moment solennel, à la suite d'une délibération qui déborde le directoire politique, d'enregistrer des promesses pour l'avenir. Ces promesses prennent tantôt la forme de principes éthiques, de buts généraux, d'orientations programmatiques, d'idéaux moraux et politiques, tantôt la forme de règles précises qui règlementent l'exercice du pouvoir. Cependant, que ce soit sous l'une ou l'autre de ces formes, les promesses de la constitution, parce qu'elles ne sont que des promesses, s'exposent dès le moment de leur énonciation à n'être pas suivies, à tomber dans l'oubli, à subir les contorsions de la pratique et de l'interprétation, à frapper les esprits par leur vacuité ou par leur profonde adéquation à l'esprit du temps, à défier l'ordre social sur lequel elles doivent néanmoins s'arc-bouter, etc. L'accord qui se réalise entre les promesses d'une constitution et la société qui se la donne dépend d'une infinité de facteurs dont la réunion tient généralement de la gageure. Pour reprendre le langage de la philosophie analytique, la constitution, en tant que déclaration solennelle de promesses, est un acte collectif performatif; il trouve sa validité dans son énonciation même, selon

¹⁹³ Décision sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés du 19 juin 2008, Conseil constitutionnel, décision 2008-564 DC, voir considérant n° 18; arrêt *Commune d'Annecy*, 3 octobre 2008, Conseil d'État, N° 297231. S'agissant des dispositions de la Charte de l'environnement, le Conseil d'État déclare: « ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle; [...] elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

les circonstances sociohistoriques où se trouve la société constituante. Telle constitution cristallise le changement social, réaménage le pouvoir en accord avec les besoins et les forces nouveaux de la société; telle autre ne fait qu'ajouter le bruit de grandes formules pompeuses au babil incessant d'un législateur bavard et moqué.

Mais qu'ont en commun toutes ces promesses que font ces trois visions du constitutionnalisme que nous avons explorées? À vrai dire, s'il est un dénominateur commun entre toutes ces acceptions, c'est l'idée de maîtrise, la promesse de ce que les hommes, par leur association en société, puissent parvenir à dompter les puissances que produisent leurs actions sur eux-mêmes par le pouvoir politique, leurs activités productives et leur travail sur la nature grâce aux progrès de la science et de la technique. Pendant plusieurs siècles, la grande affaire de toute entreprise constitutionnelle a été d'assujettir la puissance souveraine de l'État ou du prince, toujours encline à dépasser toute borne, à des limites reconnaissables, voire de modérer l'arbitraire d'une volonté illimitée par des fins stables et prévisibles. Les constitutions d'inspiration libérale sont parvenues dans une certaine mesure à harnacher cette puissance souveraine absolutisée par une longue tradition de récupération du droit public impérial romain. Dans cette voie, les constitutions américaine, britannique et suédoise ont eu plus de succès que les multiples constitutions révolutionnaires françaises. Mais le XIX^e siècle a révélé l'insuffisance de ce projet libéral, et la question sociale s'est immiscée progressivement dans tous les pays d'occident; propulsée par le rêve marxiste-léniniste d'un ordre nouveau sans domination du capital, elle s'est transformée en Russie, en Europe de l'Est et en Asie, en volonté démiurgique de réformation de l'Homme par un pouvoir total. Plus modestement, la question sociale s'est invitée dans plusieurs constitutions de pays libres, dans l'espoir que l'État pourrait corriger les inégalités et les instabilités du capitalisme en établissant, par-delà les fluctuations du marché, ses propres équilibres distributifs et réglementaires que les constitutions donnent à voir par l'énonciation de principes et de droits sociaux. Enfin, la nature, longtemps ignorée par les constitutions, y multiplie aujourd'hui ses apparitions. Cette évolution pose la question du rapport de nos sociétés frénétiquement emportées par une fièvre possessive et gourmandes de science avec une nature que le droit s'était longtemps contenté de ranger sous l'empire du *dominium* de l'État et des individus, comme une chose inerte soumise aux foudroiements de la volonté de puissance. L'organisation sociopolitique et le rapport à la nature ne peuvent plus aujourd'hui être dissociés; leur interdépendance ne peut plus être niée.

Il en va de l'avenir des générations futures, de l'humanité non encore advenue, pour laquelle le principe de responsabilité nous commande de léguer un patrimoine naturel et humain propice à la continuation de la vie et à l'épanouissement des libertés. Savoir prendre en compte simultanément ces trois dimensions de la maîtrise, politique, socioéconomique et naturelle, tel est aujourd'hui l'un des plus grands défis du constitutionnalisme. La maîtrise dont il s'agit ici se distingue de la domination du souverain sur ses sujets, de celle du propriétaire sur sa propriété ou de celle que l'Homme a prétendu exercer sans limite sur la nature; elle vise plutôt la retenue, la mesure, l'autolimitation dans le déploiement du pouvoir humain. Cette ambition assigne au constitutionnalisme la lourde tâche de limiter le pouvoir dans ses diverses manifestations, ou du moins de rendre concevable cette limitation en tant qu'horizon éthique, et d'habiliter tout à la fois une puissance contenue et consciente de ses effets et des risques de son action à préserver les conditions favorables à la durée de l'expérience humaine, en quelque communauté qu'elle s'incarne. Cette double visée, limiter le pouvoir pour sauvegarder les libertés, garantir un pouvoir apte à maintenir des conditions propices à la vie, Hannah Arendt l'avait déjà en quelque sorte entrevue: « La liberté en tant qu'elle est la fin de la politique assigne des limites au politique; toutefois le critère de l'action à l'intérieur de la sphère politique elle-même n'est plus la liberté mais la compétence et la capacité d'assurer la vie¹⁹⁴. »

Les constitutions en vigueur dans les démocraties libérales ne sont pas toutes arrivées à refléter ces trois dimensions; certaines, plus anciennes, vont à peine au-delà de la première dimension de la maîtrise, comme la constitution américaine et la constitution canadienne, malgré une réforme en 1982 qui eût pu être l'occasion de dépasser le projet libéral de limitation du pouvoir de l'État par une charte sanctionnée par les juges ordinaires. En ce sens, si encore aujourd'hui le Québec, en tant qu'État fédéré qui n'a pas renoncé à une plus grande liberté, n'a pas de constitution écrite qui fasse honneur à son passé républicain, c'est une chance. Il lui est alors permis d'inventer, sans entrave à l'imagination constituante, pour se lier, à son tour, par de grandes promesses. Ainsi que le rappelle Peter Häberle, les constitutions ne peuvent se borner à être des instruments fonctionnels au service des libertés individuelles et culturelles; elles doivent aussi fournir

¹⁹⁴ Hannah Arendt, *Qu'est-ce que la politique?*, Paris, Seuil, 1995, p. 100.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du
constitutionnalisme contemporain »

« aux hommes une certaine dose d'utopie¹⁹⁵ »; le « principe responsabilité »
est l'une de ces utopies concrètes qui donnent des raisons d'espérer.

¹⁹⁵ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, *supra* note 66, p. 15-16.

In Search of a Quebec Constitution

Nelson Wiseman*

This paper ponders the quest for a new Quebec Constitution. It makes some comparisons between Quebec's constitution and those of other provinces and it examines critically a proposed *Quebec Constitution* introduced as a bill in Quebec's National Assembly in 2007.¹ It does so in the context of changing conceptions of constitutions and constitutionalism and infers that the primary purposes of a proposed "new" *Quebec Constitution* are essentially political and symbolic rather than legal. The adoption of the proposed Constitution should not significantly alter Canada's constitutional order under Canadian law. It may have a marginal, if any, effect on Quebec's current constitutional arrangements with Ottawa and the other provinces. On the other hand, if Quebecers embrace such a Constitution, it could lead to two conflicting interpretations of Quebec's fundamental law with no universally accepted and recognized way of settling the issue. The proposed new *Quebec Constitution* could serve, perhaps, as a milestone on the road to an independent Quebec state.

There is substantial consciousness of and contention regarding the Canadian Constitution but little of its provincial counterparts. In the United States, the central elements of the member states' constitutional systems are discrete written constitutions unrelated to the federal constitution. This is not so for Canada's provinces. Canada's federal and provincial constitutions are interconnected and entangled. Documents of various types make up a part of every province's constitution, but the most important parts of those constitutions are unwritten. In Canada, an unwritten and obligatory constitutional rule – the convention of responsible government – has been at the core of provincial constitutions.² This is the requirement that the vice-regally-appointed executive retain the confidence of the popularly elected legislature.

Conceptualizations of constitutions, democracy, and the principle of constitutionalism are constantly evolving. Canadian constitutions, federal and

* Associate Professor, Department of Political Science, University of Toronto.

¹ National Assembly, First Session, Thirty-Eighth Legislature, Bill 196, *Québec Constitution*, presented by Daniel Turp, Member for Mercier (Québec Official Publisher, 2007) available at <http://www.assnat.qc.ca/eng/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-a196.pdf> [Accessed on May 20, 2008].

² *O.P.S.E.U. v. Ontario (Attorney General)* [1987] 2 S.C.R. 2.

provincial, have always come from above by some authority granting powers. They have never come from the people, from below, as they have in many of the states of the United States that provide for constitutional amendment by referendum. The Parti Québécois's proposal for a new *Quebec Constitution* continues in the Canadian vein of top-down constitution making; it is to emanate from the National Assembly and is not subject to ratification by a referendum, although the Assembly represents the people. The idea of a new *Quebec constitution* is not exclusively that of the Parti Québécois or even of sovereigntists. Federalist Premier Jean Charest has mused about proposing a Quebec constitution in a future Liberal platform.³ Mario Dumont, the Leader of the Official Opposition, has added his voice to suggest that such a constitution would serve as a "carte de visite...pour dire aux gens qui viennent se joindre à nous quelles sont les valeurs communes du Québec, les règles de fonctionnement."⁴

Proposals to have Quebec adopt a constitution raises questions: What is Quebec's existing constitution and what legal or political force would its new constitution have? Although very few people are conscious of Quebec's constitution, it has one and it is in many respects typical of other provincial constitutions. A two-decade-old compilation, *Constitutions of Canada: Federal and Provincial*, offers 636 pages of constitutional documents, other statute extracts, and titles of statutes for Quebec. It begins with the *Royal Proclamation* of 1763 and includes 20 acts ranging from statutes that deal with Quebec's executive, legislature, and judiciary to acts that govern elections, towns and cities, worship, human and native rights.⁵ In volume, this inventory of constitutional and what may be termed quasi-constitutional documents towers over the relatively sparsely worded (967), but elegant and stirring nationalist, proposed new *Québec Constitution*. The idea of consolidating all of a province's constitutional provisions into one statute has barely been mooted in English Canada⁶ and never engaged. A challenge to

³ Graeme Hamilton, "Liberals taking act on the road, Planning to lead party in next election, Charest unveils trio of touring committees in hopes of connecting with voters", *Montreal Gazette*, July 7, 2007, p. A11.

⁴ Quoted in Martin Pelchat, "Charest: un 'plan d'action' au lieu d'une Constitution québécoise", *Le Soleil*, May 22, 2008, p. 14.

⁵ Christian L. Wiktor and Guy Tanguay, eds., *Constitutions of Canada: Federal and Provincial* (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1987).

⁶ An exception is Margaret A. Banks, *Understanding Canada's Constitution: Including Summaries of Some Reports Recommending Changes* (London, ON.: B.S.A.S., 1991), p. 72.

doing so is that no province, including Quebec, has an official position on which of its statutory provisions composes its constitution.⁷

1. Constitutional Conceptions

The essential meaning and colour of the term “constitution” comes from the context in which it is used. A vital component of any constitution deals with the question: who should rule? The concept of “constitution” in the British Westminster system of government, which Canadians asked for and inherited, has grown and expanded since the nineteenth century. In British tradition, the constitution is unwritten and refers to the basic rules, powers, and privileges of a sovereign parliament that is vested with supreme constitutional authority. Thus, parliament is authorized to change the constitution at will. A popularly elected parliament, in this conceptualization, serves as a democratic font and cornerstone because the political executive – which derives its authority from the formal, dignified executive, the Crown – is dependent on maintaining the confidence of the people’s House of Commons.⁸

A lingering ambiguity in the term “Constitution of a province” has been at the root of some major constitutional and political issues in Canadian history, and the lack of a firm definition may feed future controversies.⁹ The phrase goes undefined in both the *Constitution Act, 1867*¹⁰ and the *Constitution Act, 1982*¹¹, but Section 5 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*¹² used the term “Constitution of a province” to refer to the powers and procedures of a provincial legislature. Similarly, Section 88 of the *Constitution Act, 1867* used this notion of constitution in its reference to “The Constitution of the Legislature of each of the Provinces of Nova Scotia and New Brunswick.” About a third of the *Constitution Act, 1867* consists of enactments specifically relating to Ontario and Quebec.

⁷ Nelson Wiseman, “Clarifying Provincial Constitutions”, *National Journal of Constitutional Law*, vol. 6, no. 2 (1996), p. 269-294.

⁸ David E. Smith, *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government* (Toronto: University of Toronto Press, 1995), and David E. Smith, *The People’s House of Commons: Theories of Democracy in Contention* (Toronto: University of Toronto Press, 2007).

⁹ Margaret A. Banks, “Defining ‘Constitution of the province’ – The Crux of the Manitoba Language Controversy”, *McGill Law Journal*, vol. 31, no. 3 (June 1986), p. 466-479.

¹⁰ (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.

¹¹ *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 reprinted in R.S.C. 1985, Appendix II, no 54.

¹² (U. K.), 28 & 29 Vict., c. 63.

The British notion of constitutionalism and parliamentary supremacy as equivalents has not been fully eclipsed in Canada or Quebec notwithstanding the incorporation of the federal principle and a constitutionally entrenched *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹³ into the Constitution of Canada. The Supreme Court has determined that parliamentary privileges including a provincial legislature's power to conduct itself as it wishes – part of the unwritten doctrine of parliamentary supremacy – are immune to *Charter* challenges.¹⁴ The Court deemed such privileges and powers part of the Constitution of Canada as defined in Section 52 (2) of the *Constitution Act, 1982* although there is no mention of them there.

Modification of the principle of a single parliament's supremacy came with Canada's adoption of federalism. The federal principle – the idea of jurisdictional powers distributed within a state among different orders of government – runs back to the eighteenth century American Revolution. Canada, with similar geographic challenges to those of the United States and, similarly, as a fusion of a number of distinct colonies of a single imperial power, is one of the world's oldest federations. The decision to embrace a federal system in the 1860's – urged by French Canadians from Canada East (later Quebec) as well by Maritimers¹⁵ – was intended to ensure regional or provincial control over sensitive issues such as education, property and civil rights, culture, and local institutions. Canada's Constitution, therefore, like that of the United States and unlike that of Britain, required the codification of its federal dimensions. The federal principle is no less at the architectural centre of Canada's constitution than the principle of responsible government and, at times, has appeared to have precedence. In the Quebec secession reference case, for example, the Supreme Court identified federalism as one of the four principles “animating the whole of the Constitution” – along with democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities – but it omitted reference to parliamentary supremacy and the principle of responsible government.¹⁶

In addition to the federal principle, another un-British notion that has come to characterize the Canadian Constitution is that citizens and others have entrenched constitutional rights independent of government. This idea took

¹³ *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [R.S.C. 1985, Appendix II, no 54, s. 52 [hereafter referred to as the *Canadian Charter*].

¹⁴ *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. at 319.

¹⁵ P. B. Waite, *The Life and Times of Confederation, 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America* (Toronto: University of Toronto Press, 1962).

¹⁶ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S. C. R. at 217.

hold in the twentieth century. A constitution that spells out citizens' rights, in addition to the powers and privileges of state institutions, may have potent symbolic as well as legal weight and give a constitution a charismatic quality. Such constitutions have become badges of nationhood. Canada has moved from the orbit of bifurcated parliamentary supremacy – federal and provincial – to a world of constitutional supremacy where citizens, as well as governments and legislatures, are parties to the Constitution and courts may arbitrate constitutional disputes among them. Both Canada and Quebec have incorporated charters of rights into their constitutions, but a critical difference between them lies in their status. Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*¹⁷, claims that it “binds the State”¹⁸, but it is an ordinary statute and not constitutionally entrenched, something proposed in the “new” *Québec Constitution*. Currently, the provisions of any other statute may override any part of Quebec's unlike the fenced override power in *Canadian Charter*.

Quebec's government termed the *Canadian Charter* an “imposition on Quebec” and “an attack on duality [reflecting] an inability to accommodate Quebec”¹⁹, but Quebec public opinion has not demonstrated persistent aversion to it. In the aftermath of the Supreme Court of Canada's ruling on the language of commercial signs in Quebec²⁰, most Quebecers endorsed their government's use of the *Canadian Charter's* “notwithstanding” clause, Section 33, to immunize the offending Quebec legislation. Canadians elsewhere were perturbed and this contributed mightily to the demise of the Meech Lake Accord. The *Canadian Charter* may not enjoy the American Constitution's myth of sanctity nor does it have the status in Quebec that it does in the rest of Canada, but public awareness of it has grown in the province. Mass support for it, in 2002, was reported as being stronger than in any other region of Canada.²¹ Among partisan elites, Quebec support for it was exceeded only in Atlantic Canada.²²

¹⁷ R.S.Q., c. C-12 [hereafter referred to as the *Quebec Charter*].

¹⁸ *Ibid.*, sections 54 and 52.

¹⁹ Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, Ministère du Conseil exécutif, *Québec's Political and Constitutional Status* (Quebec City: Service des communications of the ministère du Conseil exécutif, 1999), p. 23.

²⁰ *Ford v. Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. at 712.

²¹ Tracy Tyler, “Support for Charter runs strong: Survey – Approval highest in Quebec on 20-year-old rights law”, *Toronto Star*, April 12, 2002, p. A07.

²² Richard Vengroff and F. L. Morton, “Regional Perspectives on Canada's Charter of Rights and Freedoms: A Re-examination of Democratic Elitism”, *Canadian Journal of Political Science*, vol. 33, no. 2 (June 2000), p. 359-384, at p. 380.

A conceptualization of constitutionalism that has gained force with the growth of the populist democratic impulse is that the public ought to provide an *imprimatur* of legitimacy to a new or substantially revised constitution via a referendum. British Columbia and Alberta have statutes requiring a referendum as a precondition of their legislatures' approving amendments to the Constitution of Canada and Saskatchewanians voted in a plebiscite asking for such a statute.²³ Notwithstanding the absence of a provision for referenda in the *Constitution Act, 1982*, the 1992 referenda on the Charlottetown Accord reflected the international trend toward seeking popular consent for mega-constitutional change. The referenda pointed to Quebec's particularity because, although the question put was the same across Canada, Quebec's Chief Electoral Officer conducted Quebec's referendum under Quebec law (including voter eligibility being limited to those resident in the province for six months). Meanwhile, the referendum in the rest of Canada proceeded under the federal Chief Electoral Officer and its quite separate and different electoral law (and with no such residency requirement). Quebec is the only province that has held referenda, in 1980 and 1995, on changing its status in Confederation, another example of its exceptionalism.

An approach to constitutionalism that focuses solely on the written letter of the law is universally understood to be overly technical and narrow. A constitution is more than that: it may also be embellished, modified, and elaborated upon by legal arguments, doctrines, court judgments, parliamentary rules, executive decrees, customs, and conventions. In Canada, the written elements of federal and provincial constitutions include a mixture of British as well as federal and provincial statutes and orders-in-council. The essence of a constitution, however, is both none of these and more than these. It is a product of a collective imagination and dwells in the world of presuppositions. A constitution's pith may be said to be the public's and the courts' images of it. "The image" of a constitution, writes William Conklin, "rebounds off the text."²⁴ Provincial constitutions, like that of Quebec's at present, barely dwell in the inchoate conscious world; they rouse little interest, let alone passion. They are "an often-forgotten subject"²⁵ partly because they are not easily organized or orderly. The idea of a provincial

²³ *Constitutional Amendment Approval Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67; *Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000 c. C-25; Saskatchewan, *Report of the Chief Electoral Officer* (1992), p. 85.

²⁴ William E. Conklin, *Images of a Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1989), p. 3.

²⁵ Ronald I. Cheffins, and Patricia A. Johnson, *The Revised Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1989).

constitution has poor circulation because of its obscure, imprecise boundaries. This may change soon however.

The project for a new *Québec Constitution* may come to be seen as an antecedent to the establishment of an independent Quebec state. The project's objective is to establish a higher basic law, a supreme statute that would constrain and check the will of transient partisan governments that may command a simple majority in the legislature. Such a Constitution could be wielded as an instrument of public education in affirming and entrenching, as it does, the supremacy of parts of both Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms* and its *Charter of the French Language*²⁶. As well, it could contribute to gaining external, as well as internal legitimacy, for a sovereign, independent Quebec regime once it emerges. The formulation of a distinctive *Québec Constitution* is consistent with Quebec's Cartesian legal traditions as reflected in its civil code, which contrasts with English Canada's common law tradition. Historically, English Canadians, in the British tradition, have leaned toward constitutional evolution via "muddling through" while Quebecers, including arch-federalists like Pierre Trudeau, have demonstrated a penchant for codification.

The proposed new *Québec Constitution's* function is essentially emblematic, a concrete symbol of an abstract idea. It may not replace Quebec's existing constitutional infrastructure, but would simply augment it so long as Quebec remains a province. Like parliament's 2006 motion that recognized the *Québécois* as a nation and the National Assembly's 2003 declaration that Quebecers constitute a nation, it may have little impact on Canada's institutional arrangements. Quebec will continue to engage in federal-provincial negotiations, inter-provincial discussions, and in the Council of the Federation. Indeed, Quebec provided the Council's title, a title consistent with provincial autonomy, and it chaired the Council's launch and offered Quebec City as the initial site for its secretariat.²⁷ Adoption of the proposed Constitution would signify, yet again, Quebec's distinctiveness.

2. Comparative Provincial Perspectives

Quebec's original constitution after the Conquest came in the Commission and Instructions issued in the form of Letters Patent by the British Crown to Governor James Murray in 1763. Similar instruments were issued to the

²⁶ R.S.Q, c. C-11.

²⁷ Rhéal Seguin, "Charest's Quebec includes Ottawa", *Globe and Mail*, July 21, 2003, p. A5.

Governors of Nova Scotia, Prince Edward Island, and New Brunswick.²⁸ The *Quebec Act*²⁹ of 1774 superceded the Quebec Governor's charge. Politically, the *Act* is noteworthy for the liberties it granted to Catholics; legally it is notable as being the first Canadian constitutional document based on British statutory authority rather than royal prerogative. The *Constitutional Act, 1791* – dividing Quebec into Lower and Upper Canada and the *Act of Union, 1840* reuniting them as the Province of Canada – followed in this statutory vein.³⁰

“Provincial Constitutions” is the title of Part V of the *Constitution Act 1867*, composing Sections 58-90. The *Manitoba Act, 1870*, the *Saskatchewan Act, 1905*, and the *Alberta Act, 1905* appear in the Schedule to the *Constitution Act, 1982*, and are those provinces' foundational constitutional documents as well as being part of the Constitution of Canada. In contrast, pre-Confederation constitutional documents like the *Quebec Act*, and the “instruments” granted to Quebec's and the Maritimes' early governors are absent, although New Brunswick's Department of Justice has referred to the first colonial Governor's Commission and Instructions of 1784 as part of the province's constitution.³¹

The power to change a provincial constitution was the very first power assigned exclusively to provincial legislatures in Section 92 (1) of the *Constitution Act, 1867*. This was, according to Lord Carnarvon who piloted the act at Westminster as Under-Secretary of State for the Colonies, “in conformity with all recent colonial legislation”.³² That section was simultaneously repealed and reinserted as Section 45 of the *Constitution Act, 1982*. One difference is that the original reference to a provincial “Constitution” is now lowercased to “constitution”. Another difference is that this power originally appeared in Part VI of the *Constitution Act, 1867* titled “Distribution of Legislative Powers”, and under Section 92's rubric “Exclusive Powers of Provincial Legislatures”. It is now located in Part V of the *Constitution Act, 1982* titled “Procedure for Amending Constitution of Canada”. Such relocation and re-titling implies that an amendment to a provincial constitution, such as the proposed *Québec Constitution*, is an amendment to the Constitution of Canada. This might turn out to be of some significance in future developments.

²⁸ John E. Read, “The Early Provincial Constitutions”, *Canadian Bar Review*, vol. 26, no. 4 (1948), p. 621-37.

²⁹ 14 Geo. III, c. 83.

³⁰ 32 Geo. III, c. 31, and 3-4 Vict., c. 35.

³¹ Paul M. Breton, Deputy Minister of Justice, New Brunswick, to author, January 3, 1993.

³² Quoted in Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1950), p. 36.

Two examples of Quebec having changed its provincial constitution are the renaming of its Legislative Assembly as the National Assembly and the abolition of its upper house, or Legislative Council, in 1968. Four other provinces with upper chambers had similarly abolished theirs in earlier decades. The breadth and scope of provincial constitutions, and the latitude provinces have in changing them, are blurry because the concepts of “provincial constitution” and provincial government itself have become more wide-ranging and elastic over time. A province may or may not refer to Section 45 when it changes its constitution. Nova Scotia explicitly cited it in an act to expel a member of its legislative assembly.³³ The proposed *Québec Constitution* does not. An example of a provincial statute explicitly asserting its constitutional status in its title is British Columbia’s fixed election date law.³⁴ While the span of provincial constitutions is uncertain, the *Canadian Charter of Rights* limit their depth and Section 45 may not be used to effect unilateral provincial secession.

It was once erroneously believed by some that provincial constitutions “are entirely outside the British North America Act.”³⁵ This is no longer the case. Parts of provincial constitutions are inextricably intermingled with the Canadian Constitution. Section 133 of the *Constitution Act, 1867* that deals with the use of English and French in Quebec’s and Ottawa’s legislative records and courts, for example, is part of both the Quebec and Canadian constitutions. Similarly, Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*³⁶ – providing similar guarantees for English and French – is part of both the Canadian and Manitoba provincial constitutions. The Supreme Court however, in a twinned ruling in 1979, determined that these provisions are *not* a part of the “Constitution of a province” as referred to in Section 92 (1) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, they are part of the “Constitution of Canada and of Quebec [and Manitoba] in an indivisible sense.”³⁷ Sections 134 through 144 of the *Constitution Act, 1867* refer specifically to Quebec and Ontario and to no other province. Quebec’s exceptionalism in the *Constitution Act, 1867* is most noteworthy in Section 94, now a dead letter but symbolically freighted for it points to Quebec’s special status. It envisages the possibility of uniform laws for Ontario, New Brunswick, and Prince

³³ *An Act Respecting Reasonable Limits for Membership in the House of Assembly*, S.N.S. 1986, c. 104.

³⁴ *Constitution (Fixed Election Dates) Amendment Act, 2001*, S.B.C. 2001, c. 36.

³⁵ C. A. Stuart, “Our Constitution Outside of the British North America Act”, *Canadian Bar Review*, vol. 3, no. 2 (1925), p. 69-79 at p. 73.

³⁶ 33 Victoria, c. 3 (Canada).

³⁷ *Blaikie v. Quebec (Attorney General)*, [1979] 2 S.C.R. 1016, and *Forest v. Manitoba*, [1979] 2 S.C.R. 1032.

Edward Island – the three English-speaking provinces at Confederation – but not for Quebec.

Other sections of the *Constitution Act, 1867* also specifically mention Quebec, but the only section of the *Constitution Act, 1982* that does so is Section 59. It refers to the Constitution's Section 23 (1) (a) provision for minority language educational rights and requires that Quebec's legislative assembly issue a proclamation – something that it has not done – before the Section's commencement. This reminds us that Quebec's National Assembly has not acknowledged the political legitimacy of the *Constitution Act, 1982*. Nevertheless, it has abided by it. It may be noteworthy that although the assembly's name was changed to the National Assembly, Section 59 continues to refer to it by its generic name. It does so too for the other provinces, some of which designate their legislatures as the House of Assembly or the Provincial Parliament.

Provincial legislatures are designated as supreme in their areas of jurisdiction, but provincial constitutions were diminished in status after the *Charter's* debut. Shortly before it appeared, for example, the Supreme Court cited provincial electoral laws as an example of a provincial constitution's components.³⁸ Since then, however, those laws and others related to civil rights and freedoms in the provinces – assigned to the provincial legislatures in 1867 in Section 92 (13) – have become susceptible to judicial review pursuant to the *Charter*.³⁹

Quebec has recently become somewhat of an exception to the lack of provincial constitutional consciousness because of decidedly activist, distinctive efforts to develop a national constitution for a potentially independent Quebec state. There is no equivalent in any other province, for example, of Daniel Turp's *Nous, peuple du Québec: un projet de constitution du Québec*⁴⁰ nor is there anything akin to his Bill 196 in the National Assembly introduced in 2007 and titled *Québec Constitution*.⁴¹ Nor has there been any talk in other provinces of creating a form of citizenship independent and separate from Canadian citizenship as Parti Québécois leader

³⁸ *Manitoba (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1981] 1 S.C.R. 753.

³⁹ For example, *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, 1986, 7 B.C.L.R. (2d) 174 at 186 on electoral law, and *Vriend v. Alberta (A.G.)* [1998] 1 S.C.R. at 493.

⁴⁰ Daniel Turp, *Nous, peuple du Québec: un projet de constitution du Québec* (Québec, QC.: Éditions du Québécois, 2005). See also Daniel Turp, *L'avant-projet de loi sur souveraineté du Québec* (Cowansville, QC.: Éditions Yvon Blais, 1995), Chapter 3.

⁴¹ *Supra* note 1.

Pauline Marois has done with her introduction of Bill 195, *Québec Identity Act*, to establish a Quebec citizenship.⁴²

These projects have a pedigree. In 1985, a committee headed by Jacques-Yvan Morin, one time Leader of the Opposition and PQ deputy premier, presented a draft of a *Constitution du Québec*⁴³ and, in 2006, the Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec, produced *Éléments essentiels pour une Constitution pour le Québec d'aujourd'hui*.⁴⁴ The Parti Québécois government in 1994 tabled a bill proposing a constitution for a sovereign Quebec that would come into force following a successful referendum. It proposed a Charter of Rights that included guarantees for anglophones, recognition of the right to Aboriginal self-government, and the devolution of some powers and fiscal resources to municipal governments.⁴⁵ The intention of the Turp and Marois bills of 2007, unlike their 1994 forerunner, is to establish a new *Quebec Constitution* and citizenship before a referendum is held on the sovereignty issue itself. The Parti Québécois sees the adoption of a new, self-proclaimed Quebec Constitution as a “gesture of national governance.”⁴⁶

Only British Columbia has a constitutional document explicitly sporting the “Constitution” label. Shortly before its admission to Confederation, its colonial legislature enacted a *Constitution Act, 1871*. It predated B.C.’s attainment of responsible government and its design and purpose was quite unlike the proposed Quebec project. Many of its original provisions constituted “a random collection of miscellaneous sections.”⁴⁷ Revised over the years, it retains some eccentricities, including a section that deals with the use of government vehicles by cabinet ministers. In contrast to the proposed

⁴² National Assembly, First Session, Thirty-Eighth Legislature, Bill 195, *Québec Identity Act*, presented by Pauline Marois, Member for Charlevoix (Québec Official Publisher, 2007). <http://www.assnat.qc.ca/eng/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-a195.pdf> [Accessed May, 21, 2008].

⁴³ Ébauche d’un projet de Constitution du Québec, May 21, 1985. Reproduced in Association québécoise de droit constitutionnel, Troisième congrès québécois de droit constitutionnel, Document 1, “Documents”, Université Laval, Québec (May 23, 2008) p. 12-17.

⁴⁴ Mouvement Démocratie et Citoyenneté du Québec, *Éléments essentiels pour une Constitution pour le Québec d'aujourd'hui*, June 18, 2006. Reproduced in Association québécoise de droit constitutionnel, Troisième congrès québécois de droit constitutionnel, Document 2, “Documents”, Université Laval, Québec (May 23, 2008) p. 18-19.

⁴⁵ Text of the draft bill is in the *Globe and Mail*, Dec. 7, 1994, p. A4.

⁴⁶ Philip Authier and Marianne White, “The big stall: PQ ‘under renovation’”, *Montreal Gazette*, March 6, 2008, p. A1.

⁴⁷ Campbell Sharman, “The Strange Case of a Provincial Constitution: The British Columbia *Constitution Act*”, *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, no. 1 (1984), p. 87-108, at p. 91.

Quebec Constitution, it deals almost exclusively with the machinery of government and MLAs' privileges. Its equivalents are similar provisions in the Legislative Assembly and Executive Council Acts of the other provinces. Quebec's correspondent acts are the *Loi sur l'Assemblée nationale*⁴⁸ and the *Loi sur l'Exécutif*.⁴⁹ A striking feature of B.C.'s *Constitution Act* is that it declares itself subject to the *Constitution Act, 1867* but it is silent about its relationship to the *Constitution Act, 1982*.⁵⁰ The proposed *Quebec Constitution* makes no explicit reference to either.

The use of a referendum to trigger major constitutional revision has only one precedent in Canada. That distinction lies with Newfoundland. The preamble to the Schedule in the *Newfoundland Act, 1949* refers to Newfoundland's 1948 referendum on entering Canada. A parallel between Newfoundland and Quebec is their jettisoning, coincidentally within a month of one another in 1997-98, their constitutional provisions for religious schools systems.⁵¹ They both proceeded by employing Section 43 of the amending formula in the *Constitution Act, 1982* which requires the concurrence of some, but not all, of the provincial legislatures and parliament. They went about it in quite different ways, however, and they stirred quite different public reactions. In Newfoundland, the issue was highly divisive and only resolved after two referenda and court challenges. In Quebec in contrast, the National Assembly unanimously endorsed the conversion of its Catholic and Protestant school boards into English- and French-language boards; this measure enjoyed broad public support and engendered very little controversy.

In Quebec, the use of a referendum to trigger a fundamental constitutional upheaval, such as secession, appears to be taking on the status of an obligatory convention. No other province has considered secession (with the brief exceptions of New Brunswick and Nova Scotia shortly after Confederation) and provincial uses of referenda have varied dependent on an issue's level of public controversy. With broad public support, for example, Newfoundland changed its name to Newfoundland and Labrador in 2001 with no thought to a referendum.⁵² On the other hand, Prince Edward Islanders

⁴⁸ L.R.Q. c. A-23.1.

⁴⁹ L.R.Q. c. E-18.

⁵⁰ (R.S.B.C. 1996), c. 66.

⁵¹ SI/97-141, *Constitution Amendment Act, 1997 (Quebec)*, and SI 98-25, *Constitution Amendment, 1997 (Newfoundland Act)*. See Bernard W. Funston and Eugene Meehan, eds., *Canadian Constitutional Documents Consolidated*, 2nd ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2008), p. 424-7.

⁵² SI/2001-117-6 December 2001. See Funston and Meehan, eds, *op. cit.*, *Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)*, p. 434-5.

voted decisively in a referendum in favour of a bridge linking them to the Canadian mainland. This led to a 1993 constitutional amendment that absolved the federal government from its obligation, contained in P.E.I.'s *Terms of Union* of 1873, to provide daily ferry service to the Island.⁵³ Manitoba decided to forego a referendum in 1983 when it moved to change the constitutional status of the French language in the province. Amidst much controversy, however, thirty municipalities including Winnipeg – which contained over half the province's population – held plebiscites on the issue even though the issue was beyond their jurisdiction. About three-quarters of voters rejected the proposal and, politically, this compelled Manitoba's government to abandon its effort.⁵⁴

Although B.C. and Alberta have statutes that require a referendum before their provincial legislatures will consider the ratification of an amendment to the Constitution of Canada, neither province nor any other, however, has an act requiring a referendum to change its provincial constitution. Alberta does not have a *Constitution Act* as does B.C., but it has a *Constitution of Alberta Amendment Act*.⁵⁵ However, it deals exclusively with nothing other than the province's Métis settlement lands. Alberta's Director of Constitutional Law in the Department of Attorney General did not include it in a list of 23 acts that, in his opinion, might be included in his province's constitution.⁵⁶ This confirms the imprecise character of provincial constitutions and compromises a grasp of them.

A challenge to precision in providing a list of provincial constitutional documents is the possibility of litigation on the question of what constitutes part of a provincial constitution. This feeds authorities' unwillingness and inability to provide definitive opinions on the scope of their provincial constitutions. As Quebec's Associate Deputy Minister of Justice put it: “[Q]ue pour ne pas préjuger de positions que pourraient ultérieurement prendre le procureur général du Québec devant les tribunaux dans certains litiges constitutionnels, il nous est difficile d’adopter une position précise.”⁵⁷ No

⁵³ SI/94-50, *Constitution Amendment, 1993 (Prince Edward Island)*, in Funston and Meehan, eds, *op. cit.*, p. 418-9.

⁵⁴ Nelson Wiseman “The Questionable Relevance of the Constitution in Advancing Minority Language Rights in Manitoba”, *Canadian Journal of Political Science*, vol. 25, no. 4, p. 697-721, at p.717, and Raymond M. Hébert, *Manitoba's French-Language Crisis: A Cautionary Tale* (Montreal & Kingston, 2004, p.140.

⁵⁵ *Constitution of Alberta Amendment Act, 1990*, R.S.A. 2000, c. 24.

⁵⁶ Nolan D. Steed, Director of Constitutional Law Department of Attorney General, Alberta, to author, December 3, 1992.

⁵⁷ Jean-K. Samson, Le sous-ministre associé, Ministère de la Justice, Québec, to author, December 10, 1992.

province has a formal position on what documents constitute its provincial constitution.

3. Bill 196: Quebec's Proposed Constitution

Bill 196, *Québec Constitution*, conveys some common features of a modern national constitution. Its language is rousing and clear but its legal and political implications are cloudy. It provides for the establishment of a Quebec citizenship and makes amendments to it subject to a super majority of two-thirds of the National Assembly's members. It acknowledges Quebec's existing limitations by asserting Quebec's sovereignty only "in areas under its jurisdiction by law and according to constitutional conventions." The bill also asserts Quebec's inalienable right to determine its legal status. This is partially consistent with the Supreme Court's opinion that the will of Quebecers, as expressed in a referendum with a clear question and a clear majority, must be respected. However, the Court also opined that before Quebec's severance from Canada, it must negotiate the conditions of its secession with its federal and other provincial partners.⁵⁸

Bill 196 declares, "This Constitution prevails over any rule of Québec law that is inconsistent with its provisions", and leaves the organization and operation of Quebec's government and its National Assembly to other statutory instruments. It designates the prime minister of Quebec as head of the government and chair of the Executive Council. It fixes the National Assembly's size at its present number of 125, but makes no mention of the Lieutenant Governor's position, an integral part of a provincial legislature's constitution.⁵⁹ As with language rights guarantees, the *Constitution Act, 1982* exempts the office of Lieutenant Governor from a province's unilateral power to change its constitution.

In contrast to the PQ's 1994 outline for a Quebec Constitution – launched as part of the party's 1995-referendum strategy – Bill 196 does not explicitly "recognize the right of Aboriginal nations to self-government on lands over which they have full ownership." Nor does it "guarantee the English-speaking community that its identity and institutions will be preserved."⁶⁰ Another way in which it differs from the 1994 proposal is that it does not refer to a "decentralization of specific powers to local and regional authorities together

⁵⁸ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R.

⁵⁹ *Reference re the Initiative and Referendum Act* [1919] A.C. 935, and *Gallant v. The King* [1949] 2 D.L.R. 425 (P.E.I. S.C.).

⁶⁰ Text of the draft bill is in the *Globe and Mail*, Dec. 7, 1994, p. A4.

with sufficient fiscal and financial resources for their exercise.” In not acknowledging local authorities at all, Bill 196 appears decidedly centralist and centripetal. Bill 196 also differs from its 1994 forerunner in not proposing to make the Quebec Court of Appeal the court of highest jurisdiction until the establishment of a new Quebec Supreme Court.

Bill 196 is peculiar in that it refers to “constitutional conventions” – those vitally important rules that represent “the marriage of law and politics”.⁶¹ It is decidedly in the British tradition of constitutionalism to acknowledge the constitutional force of unwritten conventions, but to assert their status in a written constitution is strikingly un-British. In this, Bill 196 is another example of trying to engineer “The Successful Combination of French Culture and British Institutions” – the title of a study of Quebec’s National Assembly.⁶² There is a precedent for referring to a convention in a provincial constitutional document: British Columbia’s original pre-Confederation *Constitution Act* did so in its preamble with its reference to “responsible government” until its excision in 1888. An example of a unique Quebec constitutional custom that has arisen is that the Speech from the Throne – read by the Governor-General in Ottawa and the Lieutenant- Governors in the other provinces at the beginning of each new parliamentary session – has been replaced by an inaugural address by the Premier. There is no prohibition keeping Quebec from putting in statutory form the conventions that have guided it, but Bill 196 opts not to; it only asserts them.

References to constitutional conventions in a legal document raise the question of their justiciability. Constitutional conventions, by their nature, are legally unenforceable political obligations. Two *Québécois* scholars have depicted them as bilateral or multilateral contracts and ententes among the relevant actors.⁶³ A. V. Dicey enjoined that conventions are better left to students of politics and political practitioners than to law professors.⁶⁴ Courts have occasionally referred to conventions – a notable case being the *Patriation Reference* and its assertion that “some conventions may be more

⁶¹ Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto: Oxford University Press, 1991).

⁶² Louis Massicotte, “The Successful Combination of French Culture and British Institutions”, in Gary Levy and Graham White, eds., *Provincial and Territorial Legislatures in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1989), p. 68-89.

⁶³ Henri Brun and Guy Tremblay, *Droit constitutionnel* (Cowansville, QC.: Éditions Yvon Blais, 1982), p. 47.

⁶⁴ A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan, 1959), p. 31.

important than some laws.”⁶⁵ Courts, however, have not treated them as they have statute or common law. Eugene Forsey observed after that ruling, “The courts have not, nor should they have, the right to decide what the conventions of the Constitution are. If they attempt to do so, the decision has no force at all, legal or other.”⁶⁶

Nevertheless, conventions may in the future become more of an issue in Canadian constitutional theory as more parties seek to resolve political disputes by way of legal solutions.⁶⁷ Quebec, in a reference case, asked the Quebec Court of Appeal and then the Supreme Court of Canada whether the 1982 amendments to the Canadian Constitution made without its consent were “unconstitutional in the conventional sense”, but the Court disagreed with Quebec’s position.⁶⁸ The Court’s answer, had it found in Quebec’s favour, would have had no legal consequences but such a ruling would have been an explosively potent weapon in Quebec’s assault on the political legitimacy of Constitution’s patriation.

Bill 196’s constitutional amendment formula – requiring a two-thirds majority of the National Assembly – contradicts the old convention that a legislature cannot bind itself or a future legislature. Does this mean that a simple majority in the National Assembly, current or future, could revise or revoke such a constitution despite the two-thirds requirement? Not necessarily; an evolving consensus among constitutional authorities is that special majority and other rules, particularly concerning human and minority rights, may indeed be legally binding. This is still, however, a disputable notion and not free from doubt.⁶⁹

A striking feature of Bill 196 is its claim to supremacy “over any rule of Québec law that is inconsistent with its provisions.” This parallels Section 52 of the *Constitution Act, 1982* that declares it is “the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, is to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Unlike that document’s Section 24, however, the proposed *Quebec Constitution* offers no explicit

⁶⁵ *Manitoba (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1981] 1 S.C.R. at 883.

⁶⁶ Eugene A. Forsey, “The Courts and the Conventions of the Constitution”, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33 (1984), p. 13.

⁶⁷ Peter H. Russell, “The Supreme Court and Federal Provincial Relations: The Political Use of Legal Resources”, *Canadian Public Policy*, vol. 11, no. 2 (1985), p.161-170.

⁶⁸ *Re: Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution* [1982] 2 S.C.R. at 793.

⁶⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, vol. 1 (Toronto: Thomson Carswell, 2007), 12.3b. See also Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1999), p. 14-6 and 259.

justiciable remedy. It implies a remedy, however, with the declaration that sections of Quebec's *Charter of Rights and Freedoms* and the *Charter of the French Language* must be interpreted and applied, presumably by the courts, with due regard to Quebec's heritage and the secularity of its public institutions. This formulation is arresting because of Quebec's pronounced religious heritage. As for the secularity of Quebec's institutions, the National Assembly has a crucifix hanging above its Speaker's chair and the PQ, along with the other parties in the National Assembly, voted unanimously to maintain it.

If the proposed *Québec Constitution* were deemed part of the broader Canadian Constitution as defined by Section 52, and implied by the title of Part V of the *Constitution Act, 1982*, its provisions would still be subject to challenge. Each constitutional provision, according to the courts, must be read in light of the Constitution's other provisions.⁷⁰ If the proposed *Québec Constitution* were deemed paramount to other Quebec laws, this would not necessarily render it superior to those elements of the *Constitution Act* determined by the Supreme Court as "indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union."⁷¹ Nor would it make it superior to parts of the *Constitution Act, 1982* such as Section 23's provisions for minority language education rights. The Supreme Court relied on that Section to trump a part of the *Charter of the French Language*⁷² that Bill 196 declares as "integral" to Quebec's Constitution.

The *Canadian Charter's* Section 3, "democratic rights", limits Quebec's maneuverability in any new constitution. Bill 196, for example, does not refer to electoral laws beyond acknowledging that "Members of the National Assembly are elected as provided for by law", but the ability to change those laws and the National Assembly's control over its operations has been compromised. Quebec, for example, cannot circumvent the requirement that the National Assembly meet at least once annually. Nor can the Assembly unilaterally extend its life beyond five years whereas, before the *Charter*, Quebec and the other provinces – at different times – extended their legislatures' lives from the maximum four years provided for in the *Constitution Act, 1867*, to five years. (The Ontario legislature, in the 1940s, extended its life to six years). Nor can Quebec disqualify Canadian citizens

⁷⁰ *Reference re Roman Catholic Separate High Schools Funding* (1986), 25 D.L.R. (4th) 1 at 54, 13 O.A.C. 241, affirmed [1987] 1 S.C.R. 1148.

⁷¹ *O.P.S.E.U. v. Ontario (Attorney General)* [1987] 2 S.C.R. 2.

⁷² *AG of Quebec v. Association of Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S. C. R. 66.

from their right to vote in its elections as it could have before 1982. Quebec is free, however, to change some rules of its electoral system (e.g., to adopt proportional representation as the Parti Québécois proposed in the 1970s but did not implement). It could create a second and even third chamber, provide for the direct election of the premier, and possibly, deviate in other ways from the British Westminster model of responsible government.

The preamble to the proposed *Québec Constitution* reasserts the National Assembly's 2003 declaration that Quebecers form a nation. A 1985 National Assembly motion likewise assigned the status of "nation" to 11 aboriginal groups in the province, including the Inuit, Mohawk, Cree, Algonquin, and Naskapi.⁷³ It is apparent in the proposed Constitution, however, that Quebecers are not a nation *comme les autres* because the aboriginal nations are depicted merely as "present in Quebec" whereas Quebecers "form" a nation. This raises the question of how many nations are there in Quebec and Canada. The preamble also refers to Quebec's "distinctive characteristics and a deep-rooted historical continuity", as well as Quebec's "inalienable right" to "determine its legal status", but it contains no similar acknowledgement of aboriginal nations' rights although the 1985 National Assembly motion acknowledged their autonomy. The *Québec Fundamental Rights Act* of 2001 leaves it to the Quebec government, not First Nations governments, to foster the development and improvement of aboriginal socio-economic and cultural conditions.⁷⁴

The prospects of Bill 196 are obviously bleak as long as the Parti Québécois occupies the opposition benches in the National Assembly. On the other hand, the other parties have indicated that they are not categorically opposed to adopting a Quebec Constitution. The Parti Québécois' introduction of one in Bill 196 puts pressure on the regime to respond. Moreover, the prospects of another PQ government are bright since it has governed for parts of every decade since the 1970s and the PQ has vowed in convention that adopting a new Quebec Constitution is first on its list of what the next Parti Québécois government would do.⁷⁵

⁷³ "Motion recognizing Aboriginal Rights", March 20, 1985, reprinted in *Les fondements de la politique du gouvernement du Québec en matière autochtone*, Québec, Ministère du Conseil exécutif, 1988.

⁷⁴ *An Act respecting the exercise of the fundamental rights and prerogatives of the Québec people and the Québec State*. R.S.Q., chapter E-20.2 [hereafter referred to as the *Québec Fundamental Rights Act*].

⁷⁵ Kevin Dougherty, "National conversation" is whispered down to 'debate', *Montreal Gazette*, March 16, 2008, p. A6.

There are of course potential obstacles to the bill within Quebec public opinion. Most Quebecers currently exhibit little interest in constitutional politics and constitution-making. Opposition to the project might be anticipated from Quebec's minorities. Neither the First Nations nor the Inuit – recognized as “nations” in the bill's preamble – nor the English-language community, have welcomed it. The *Montreal Gazette* – Quebec's daily English-language newspaper and an approximate facsimile of English Quebecers' community opinion – has ridiculed and dismissed the proposed constitution as “absurd” and “surreal”.⁷⁶ The *Gazette* would like it to be seen as proffering hazy rhetorical formulae that build a constitutional castle in the sky.

The proposal for a *Québec Constitution* is the simultaneous expression of an idea and an emotion; it is a product of the heart as well as the mind. If adopted, however, its legal implications are problematic. With the rousing and stirring declarations of such a Constitution, it may serve as a nationalist rallying point, an emblem of Quebec's distinctiveness in Canada, its *statut particulier*. The American Declaration of Independence and others have demonstrated that nationalist declarations may contribute mightily to creating new realities. If adopted, a new Quebec Constitution could be taken forward into Quebec's future history with its effects to be determined by Quebecers, by what they think about and do with it. Just as the bold flourish, “We the people” begins and animates the United States' Constitution, Quebec's proposed Constitution begins with “We, the people of Québec.” Such a declaration, if congruent with public opinion, could enliven and inspire an independent Quebec nation-state.

Nevertheless, Bill 196's proposal for a new *Quebec Constitution* has not yet stirred the emotions that the high politics of mega-constitutional change did during the Canadian Constitution's patriation in 1981 and the Meech Lake and Charlottetown Accord imbroglios a decade later. It has not and cannot do so because the Parti Québécois is not yet in a position to implement it. Perhaps the proposed constitution's implicit objective – to take a step toward Quebec becoming an independent member state of the community of nations – will be achieved the way Canada achieved its independence, gradually, through a series of iterative milestones.

⁷⁶ Editorial, “A Surreal Proposal”, *Montreal Gazette*, October 20, 2007, p. B6.

The Canadian of Canada is sufficiently elastic to tolerate and incorporate such a *Québec Constitution* insofar as it does not conflict with Canada's federal and rights-based constitutional order. There is no prospect of Ottawa disallowing it (as it might very well have disallowed the change of title of Quebec's Legislative Assembly to National Assembly in an earlier era). Notwithstanding its multiple references to Quebec as a nation, Quebec's proposed new Constitution would remain in law a provincial constitution, but it would be distinctive as the only one that sports national characteristics.

Daniel Turp, the bill's sponsor, once described the "distinct society" clause in the failed Meech Lake Accord as "primarily symbolic". Its legal impact, he opined, appeared "very limited".⁷⁷ The same may be said of the proposed *Québec Constitution* so long as Quebec remains a province. It would be another statute that could be classified, along with many other Quebec statutes, as part of Quebec's provincial constitution, although it might achieve paramountcy over the others. That will not shield it from constitutional court challenges based on the federal principle or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is a symbolic formulation and affirmation of the Quebec nation. It offers, therefore, more in the way of political initiative than the technical legal plumbing that sovereignty and independence require. It contributes to providing the political, legal, intellectual, and emotional infrastructure for a broader national independence project.

In a possible future clash of conceptualizations of Quebec's constitution, older precedents and court rulings might not be able to hold sway. The language of M. Turp's and Mme. Marois's bills ramps up the issue of Quebec's constitution to the level of national identity. The passage of a *Québec Constitution* as proposed by M. Turp could be a small step leading to a tipping point that produces a quantum leap, legally and politically, to a substantially new context. It might come to be seen as one of the stages in Quebec's evolution to the status of a sovereign state. Perhaps.

⁷⁷ "Québec's Democratic Right to Self-determination: A Critical and Legal Reflection", in Daniel Turp, *Le droit de choisir: Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même / The Right to Choose ; Essays on Québec's Right of Self-Determination* (Montreal: Éditions Thémis, 2001), p. 505-29, at p. 527.

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'ordonnancement 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 disfonctionnement 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, *Républicanisme: 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 Zaghera, 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 délaisser 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 Gérald-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.

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 propositive*⁴⁰ qui permet aux électeurs de soumettre leur propre projet de modification constitutionnelle. En effet, dans le cadre d'une *initiative populaire propositive*, le peuple agit à la fois comme « initiateur » du scrutin et comme auteur d'une norme nouvelle⁴¹. L'*initiative populaire propositive* 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 propositive* 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 Stéfanini, *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.

Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism

G. Alan Tarr*

For citizens of Quebec, the relation between provincial constitutions and minority rights is a topic of more than scholarly interest. The idea of an a separate, entrenched constitution for Quebec has periodically been a subject of discussion, leading to the enactment in 2000 of *An Act Respecting the Exercise of the Fundamental Rights and Prerogatives of the Quebec People and the Quebec State*¹. The introduction in the Quebec National Assembly in 2007 of Bill 196, which contains the draft of a *Québec Constitution*², suggests that it continues to be a political issue. However, my contribution to this discussion is designed to be altogether apolitical. It offers a framework for thinking about subnational constitutionalism and minority rights. It places Canadian subnational constitutionalism in broader context, by comparing the Canadian approach with that in other federal systems, and it then draws conclusions about what these diverse experiences suggest about the role that subnational constitutions can play in protecting minority rights.³

Two points should be made at the outset. The first is terminological. Although the term “subnational” is generally used to denote the constitutions of constituent units in federal systems, its use in the Canadian context is problematic, because a Quebec Constitution would be the constitution of a nation, albeit one situated within the borders of Canada. However, rather than invent an entirely new vocabulary for this paper, I will continue to use the

* Director, Center for State Constitutional Studies (<http://camlaw.rutgers.edu/statecon>), and Distinguished Professor, Department of Political Science, Rutgers University, Camden, NJ, USA. Research on this paper was conducted while the author was a Fulbright scholar in Ottawa, and he wishes to acknowledge the generous support of the Fulbright Program. The views expressed in the paper, however, are exclusively the author’s and do not necessarily represent the views of the Fulbright Program.

¹ *Act Respecting the Exercise of the Fundamental Rights and Prerogatives of the Quebec People and the Quebec State*, R.S.Q. c. E-20.2 (2000). The debate over a Quebec Constitution has attracted the attention of American, as well as Canadian, scholars. See, e.g., James T. McHugh, “The Quebec Constitution,” *Quebec Studies* 28 (1999): 3-26.

² National Assembly, First Session, Thirty-Eighth Legislature, Bill 196, *Québec Constitution*, presented by Daniel Turp, Member for Mercier (Québec Official Publisher, 2007). Available at <http://www.assnat.qc.ca/eng/38legislature1/Projets-loi/Publics/07-a196.pdf>.

³ For country-by-country analyses, see G. Alan Tarr, Robert F. Williams, and Josef Marko, eds., *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights* (Westport, CT: Praeger, 2004).

term in my discussion. The second point is more substantive. This paper focuses on subnational constitutions and minority rights, not on the protection of minority rights in federal systems more generally. A leading federalism scholar, Daniel Elazar, has suggested that federalism involves both self-rule and shared rule.⁴ My paper focuses exclusively on the former. Hence, there is no discussion of representation of constituent units or minorities in the councils of the federal government or of other mechanisms designed to protect groups in the formulation and implementation of federal policy or in the process of federal constitutional revision or amendment.⁵ With these caveats, let me turn to my topic.

1. The Distinctiveness of Canadian Provincial Constitutionalism

Like most scholars of comparative constitutionalism or comparative federalism, I began as a student of constitutionalism and federalism within my own country and then branched out. When I shifted my focus from American state constitutions to subnational constitutions in other federal systems, I quite reasonably looked north of the border, to examine Canadian provincial constitutions. After a diligent but fruitless search for the texts of these constitutions, I concluded that Canada did not have subnational constitutions.

This conclusion of course was not altogether accurate: Canadian provinces are not literally “constitution-less.”⁶ There are elements of provincial constitutions in Part V and in other provisions of the *Constitution Act, 1867*⁷—for example in its Section 133.⁸ Other elements are found in the

⁴ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism* (Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987).

⁵ The literature on this topic is extensive, to say the least. For a useful short treatment, see Nicole Topperwien, “Participation in the Decision-Making Process as a Means of Groups Accommodation,” in *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. For a collection addressing the broader connections between federalism and rights, albeit with a primarily American focus, see Ellis Katz and G. Alan Tarr, eds., *Federalism and Rights* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1996).

⁶ When I suggested to an eminent Canadian federalism scholar, Ronald Watts, that Canada had no provincial constitutions, he responded that this was not true but that the constitutions were found in the federal constitution rather than being external to it. More generally, see Ronald L. Watts, “Provinces, States, Lander, and Cantons: International Variety among Subnational Constitutions,” *Rutgers Law Journal* 31 (Summer 2000): 941-959.

⁷ (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.

⁸ For a striking confirmation of the effect of Section 133, see *Attorney General of Quebec v. Balikie*, 2 S.C.R. 1016 (1979).

G. Alan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism »

*Constitution Act, 1982*⁹, and more specifically in its *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁰ - for example, Section 5 mandates that provincial legislature must sit at least once every twelve months. Still other elements can be found in ordinary provincial statutes, such as electoral laws, bills of rights, etc. Indeed, some provincial laws are even denominated by the term “Constitution”—for example, the British Columbia’s *Constitution Act*.¹¹ And unwritten elements of provincial constitutions, such as responsible government, are enshrined in constitutional conventions.

From a Canadian perspective, this approach to subnational constitutionalism may not seem unusual. After all, the federal constitution, like its provincial counterparts, is not enshrined in a single document. According to Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, at least twenty-six documents are said to be part of the “supreme law of Canada.”¹² Moreover, much that is of constitutional dimension is found in constitutional conventions rather than in any constitutional text. Still, from a comparative federalism perspective, the Canadian approach is distinctive—the state constitutions in other former British colonies, such as the United States and Australia, are written documents separate from the federal constitutions. In addition, given the close historical connection between constitutional government and popular sovereignty, it is striking that there are no provincial constitutional arrangements that are adopted by the people of a province directly, rather than through their representatives, and no provincial constitutional arrangements that are changeable by the people of a province directly.

This is not to suggest that Canada’s approach to subnational constitutionalism is altogether idiosyncratic. Some other federal systems—Belgium, Nigeria, and India, for example—do not have separate subnational constitutions. And some federal or quasi-federal systems, such as South Africa, allow subnational constitutions but either actively discourage their creation or permit constituent

⁹ *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 reprinted in R.S.C. 1985, Appendix II, no 54.

¹⁰ *Ibid.*, [hereafter referred to as the *Canadian Charter*].

¹¹ *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66. For discussion, see Campbell Sharman, “The Strange Case of a Provincial Constitution: The British Columbia Constitution Act,” *Canadian Journal of Political Science* 17 (March 1984): 87-108. Sharman notes, however, that “there is no indication in format or wording that the Act is anything more than an ordinary act of the legislature.” (p. 97).

¹² Section 52 refers to a list found in the Schedule to the *Constitution Act, 1982*. See Rainer Knopff and Anthony Sayers, “Canada,” in John Kincaid and G. Alan Tarr, eds., *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* (Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2005), p. 106.

units only minimal discretion in designing their political arrangements. Nevertheless, finding Canada in this grouping is somewhat surprising. The practice of allocating very limited constitutional space to constituent units is most common in centralized federations, such as Nigeria and Malaysia, or in federations seeking to forge a single national identity and discourage diversity, such as South Africa and India.¹³ Neither description seems to apply to Canada.

Pointing out Canada's distinctive approach to provincial constitutionalism of course invites the so-what question: does it really matter that Canada has chosen not to authorize separate, written provincial constitutions? Certainly one can defend or criticize that choice, but one can hardly deny its importance. Choices in constitutional design do have consequences, and Canada's approach to subnational constitutionalism does have consequences that may affect the rights and interests of minorities. Let me elaborate on this by focusing on four issues: entrenchment, the locus of authority for the interpretation of subnational law, the political role played by subnational constitutions, and subnational constitutional change

¹³ "Constitutional space" refers to the range of discretion available to subnational constitution-makers. Subnational constitutional space would seem to include, though it might not be limited to, the following:

- a. the power to draft a constitution
- b. the power to amend that constitution
- c. the power to replace that constitution
- d. the power to set goals of government
- f. the power to define the rights that the constituent unit will protect
- g. the power to structure the governmental institutions of the constituent unit, including whether the legislature shall be bicameral or unicameral
- h. the power to define the process by which law is enacted in the constituent unit
- i. the power to create offices
- j. the power to divide powers among the governmental institutions of the constituent unit
- k. the power to determine the mode of selection for public officials of the constituent unit
- l. the power to determine the term of office and the mode of and bases for removal of officials
of the constituent unit prior to the completion of their term of office
- m. the power to establish an official language
- n. the power to institute mechanisms of direct democracy
- o. the power to create and structure local government
- p. the power to determine who are citizens of the constituent unit
- q. the power to establish qualifications for voting for officials of the constituent unit

2. Entrenchment

One obvious function of a written constitution is to entrench limitations on government. Some limitations may be designed to protect rights and are characteristically enshrined in bills or charters of rights. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which imposes restrictions on both federal and provincial governments, is an obvious example. Yet entrenched provisions other than rights guarantees can also indirectly help safeguard rights. For example, constitutionalizing popular government and a system of checks and balances may prevent those in power from abusing their authority—what Alexander Hamilton likely had in mind when in Federalist No. 84 he claimed that “the Constitution is itself, in every rational sense, and to every useful purpose, A BILL OF RIGHTS.” Constitutionally entrenched requirements may advance the right of popular government, as well as personal rights. Looking to the American experience, during the mid-nineteenth century, provisions were inserted in American state constitutions to require that the titles of legislative bills reflect their contents, that bills address only a single subject, that they be given multiple readings before passage, and so on.¹⁴ These regulations of the legislative process were designed to promote greater transparency in government and, thereby, to encourage greater accountability to voters. Beginning in the late nineteenth century, requirements were inserted in American state constitutions for balanced operating budgets, and in the late twentieth century for other limitations on state taxing and spending.¹⁵ These amendments reflected a perception that representatives could not be trusted to tax and spend in ways consistent with the wishes of their constituents and that effective popular government therefore required restrictions on their actions.

What is striking about these limitations imposed on the process and substance of state legislation in the United States was that they were state constitutional restrictions, without parallel or precedent in the federal Constitution. Indeed, efforts to amend the U.S. Constitution to impose a balanced budget on the federal government have all failed. The restrictions imposed also varied considerably from state to state. Having separate state constitutions, with provision for a popular role in the amendment or revision of those constitutions, enabled citizens within the various states to devise their own processes of government, and having written, entrenched constitutions

¹⁴ For discussion, see G. Alan Tarr, *Understanding State Constitutions* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998), p. 118-121.

¹⁵ *Ibid.*, p. 157-161.

enabled them to make their choices effective as restraints on those holding political office.

Let us turn back to express guarantees of rights. Even if rights guarantees are entrenched in the federal constitution, there are reasons why constituent units may wish to safeguard rights beyond those protected in that document. One reason has to do with timing: constituent units may be constitutionalizing rights guarantees at a different point in time. In the United States, for example, the *U.S. Bill of Rights* was adopted in 1791 and reflected the rights understanding dominant in the late eighteenth century. Over time, as understandings of rights shifted, states acted to secure social and economic rights not contemplated in the *U.S. Bill of Rights*. For example, the *New York Constitution* guarantees a right to housing, the *New Jersey Constitution* a right to collective bargaining, the *Montana Constitution* a right of access to governmental information, and seventeen states a right to gender equality.¹⁶ In addition, constituent units may wish to safeguard rights that are of particular concern to their residents. Again, drawing on the experience of the American states, New Mexico has mandated that teachers be prepared to instruct students proficient in either English or Spanish, Hawaii has an entire Article of its constitution devoted to the concerns of native Hawaiians, and Montana “recognizes the distinct and unique cultural heritage of the American Indians and is committed in its educational goals to the preservation of their cultural integrity.”¹⁷

It should be emphasized that differences between federal and subnational rights guarantees are not limited to the United States. For example, in Germany the *land* constitutions that preceded the adoption of the Basic Law tended to include “the whole array of political and social provisions, including basic human rights.” Those drafted after the adoption of the Basic Law focused on organizational principles, because social concerns and rights guarantees had already been dealt with in the Basic Law. Finally, the *lander* constitutions drafted since 1990 have reflected “modern values,” seeking to guide political practice through the inclusion of social rights and state goals. This social democratic emphasis is particularly evident in the constitutions of

¹⁶ *New York Constitution*, Art. XVIII, sec. 1; *New Jersey Constitution*, Art. I, sec. 19; *Montana Constitution*, Art. II, sec. 9; and on gender equality, G. Alan Tarr and Mary Cornelia Porter, “Gender Equality and Judicial Federalism: The Role of State Appellate Courts,” *Hastings Constitutional Law Quarterly* 9 (Summer 1982): 919-973.

¹⁷ *New Mexico Constitution*, Art. XII, sec. 8; *Hawaiian Constitution*, Art. XII; and *Montana Constitution*, Art. I, sec. 2, para. 2.

those *lander* that became part of a united Germany following the collapse of the German Democratic Republic.¹⁸

In fact, as can be seen in the Quebec *Charter of Rights and Freedoms*¹⁹, differences between federal and subnational rights protections are a feature of Canadian federalism as well. Unlike the *Canadian Charter*, the *Quebec Charter* does not limit its focus to civil and political rights. It also safeguards social and economic rights, such as rights to housing, to education, to information, and to social assistance. Even in its treatment of “first-generation” rights, it diverges from the *Canadian Charter* (which of course it preceded), by including distinctive provisions relating to rights to one’s dignity and reputation, to privacy, to property, and to professional secrets.

Yet, given the system of subnational constitutionalism in Canada, the status of the guarantees found in the *Quebec Charter* (and hence their efficacy) remains problematic. In the United States and in Germany, the two examples used above, the rights guaranteed by state and *lander* constitutions operate as substantial checks on government action. They enjoy a status superior to ordinary legislation, they are enforceable in the courts, and they cannot be changed without the extraordinary procedure of constitutional amendment. Thus, the entrenchment of rights protections ensures non-changeability and enforceability. In contrast, the *Quebec Charter* is merely a statute enacted by the National Assembly. It is in legal theory not superior to other enactments and therefore could presumably be superseded by subsequent inconsistent legislation. To its credit, the *Quebec Charter* recognizes the issue posed by non-entrenchment and seeks to deal with it. Section 52 provides that no provision of any other act passed by the Quebec National Assembly may derogate from the Charter’s provisions, unless such act expressly states that it applies despite the Charter. This doubtless has moral force, but it may not have legal force. To an outside observer, at least, it is unclear how legislators

¹⁸ Arthur B. Gunlicks, “Land Constitutions in Germany,” *Publius: The Journal of Federalism* 28 (Fall 1998): 111-112, and more generally, Peter E. Quint, *The Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997): 73-99. Protection of minority rights in Germany is less of an issue, given the relative homogeneity of the population. For consideration of how Germany has addressed minority rights, see Norman Weiss, “The Protection of Minorities in a Federal State: The Case of Germany,” in *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*.

¹⁹ R.S.Q., c. A-12 [hereafter referred to as the *Quebec Charter*].

can restrict the power to legislate of their successors through the enactment of a piece of ordinary legislation, even if it is one of constitutional dimension.²⁰

3. The Locus of Authority for the Interpretation of State Law

Let me turn from the creation of guarantees of constitutional rights to their interpretation and enforcement. In Canada the authoritative interpreter of provincial law, as of federal law, is the Supreme Court of Canada, whose members are appointed by the Governor General on recommendation of the Prime Minister. For cases that do not get to the Supreme Court, the definitive interpretation usually comes from the courts of appeals of the various provinces, whose members are likewise appointed on the recommendation of the Prime Minister. Thus, the ultimate resolution of questions of provincial law resides with judges who owe their appointment to the federal government without formal provincial input and who receive their salaries from the federal government—in short, with federal officials.

Canada's centralization of judicial authority is hardly idiosyncratic. Whereas the constituent units in most federal systems choose their own legislators and executives, the same does not necessarily hold for judges. Some federations—India and South Africa, for example—dispense with subnational courts altogether, opting for a single court system. Other federations, such as Brazil and Nigeria, provide for lower state courts but not for a full hierarchy of state courts paralleling the federal hierarchy. And most federal systems lodge the final interpretation of both the federal constitution and subnational constitutions in the federal supreme court or constitutional court.²¹

The alternative to this centralization of interpretive authority can be seen if one contrast Canada's approach with that of the United States. In the United States, the ultimate interpreter of state (subnational) law, including the state's constitution, is the state supreme court. The justices of that court are chosen within the states, according to procedures established by state constitutions,

²⁰ A number of jurisdictions have—New Zealand, the United Kingdom, and the Australian Capital Territory—have begun to examine an alternative approach to rights protection, often referred to as the “parliamentary rights model.” For elaborations and assessments of that model, see Janet L. Hiebert, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?” *Modern Law Review* 69 (2008): 9-28; Julie Debeljak, “Rights protection without judicial supremacy: a review of the Canadian and British models of bills of rights,” *Melbourne University Law Review* 26 (2002): 285-324; and Mark Tushnet, “Weak-Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties,” *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 41 (Winter, 2006): 1-22.

²¹ For information of the court systems of various federal countries, see Kincaid and Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*.

they are paid from the state treasury, and they hold their office during terms prescribed by those constitutions. Thus, if a case does not raise a “federal question” (i.e., a matter of federal law) and is resolved on “independent and adequate state grounds” (i.e., based on state law exclusively), then the decision of the state supreme court is final and cannot be appealed to the United States Supreme Court.

The implication of this decentralization of interpretive authority for the protection of rights becomes apparent when one examines the so-called new judicial federalism in the United States. The new judicial federalism involves the increased reliance by state judges on state declarations (bills) of rights to secure rights unavailable under the U.S. Constitution.²² This phenomenon developed in the 1970s in reaction to personnel shifts on the U.S. Supreme Court that seemed to threaten that the Court would abandon its liberal activism and erode the gains made by civil liberterians during the chief justiceship of Earl Warren. To safeguard these gains and to pursue further civil-liberterian objectives, groups that had previously sought Supreme Court review began to litigate their constitutional claims in state courts rather than in federal courts, framing their constitutional arguments in terms of state constitutional rights.

Several factors made this change in approach attractive to civil-liberties groups. For one thing, state declarations of rights included guarantees not found in the federal Constitution. For example, some state constitutions expressly protected privacy rights, others specifically prohibited race and gender discrimination, still others guaranteed a right to a legal remedy, and some guaranteed positive rights. Thus, state constitutions offered the possibility of extending rights protections beyond those recognized by the Warren Court. In addition, even when state guarantees were analogous to those found in the *U.S. Bill of Rights*—for example, state guarantees of freedom of speech and of religious liberty—often they were framed in quite different language, and these textual differences could provide the basis for interpretations diverging from those emanating from the U.S. Supreme Court. In addition, state guarantees might have different generating histories or reflect different values that could likewise provide a basis for rulings that afforded more expansive protections than those based on the *U.S. Bill of Rights*. Most importantly, under the doctrine of “independent and adequate

²² There is a vast literature on the new judicial federalism. For a summary discussion with reference to highlights in the academic literature on the subject, see G. Alan Tarr, “The Past and Future of the New Judicial Federalism,” *Publius: The Journal of Federalism* 24 (Spring 1994): 63-79. My account in this and succeeding paragraphs relies on this article.

state grounds,” rulings based solely on state law could not be appealed to the Supreme Court. This meant that rights-enhancing state rulings, if based on rights guarantees in state constitutions, would be insulated from reversal by a more conservative Supreme Court.

If the new judicial federalism began as a tactical response to political shifts on the Supreme Court, it no longer has that character. Rather, over time the new judicial federalism, now decidedly middle-aged, has become institutionalized as an element of American federalism. State courts throughout the nation regularly rely on state declarations of rights to resolve disputes, and although particular rulings may be controversial—for example, the California Supreme Court’s ruling that banning same-sex marriage violated the state constitution—the controversy centers on whether the judges properly interpreted the state constitution. Their reliance on state law is now fully accepted.²³ Moreover, one has seen over time the emergence of a distinctive state constitutional jurisprudence and a focus on state constitutional issues, such as tort reform and environmental rights, that do not reflect disappointment about the rulings emanating from the nation’s capital.

The relevance of this American experience for thinking about subnational constitutions and the protection of rights can best be appreciated by engaging in a simple thought experiment: could a new judicial federalism arise in Canada? Assuredly, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects against both federal and provincial violations of fundamental rights, and it is likely that these guarantees, like their analogues in *the U.S. Bill of Rights*, will continue to play the paramount role in safeguarding rights. Nonetheless, some of the preconditions for a Canadian new judicial federalism seem in place. Quebec has adopted its own *Charter of Rights and Freedoms*, and analogous human rights laws have been enacted in other provinces as well. Moreover, the *Quebec Charter* seems to exhibit several of the same characteristics that justified the development of a distinctive state civil-liberties jurisprudence. American state judges have grounded their innovative rulings in guarantees that were found exclusively in state declarations of rights, and certainly Quebec’s protections of social and economic rights have no analogue in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. American state judges have also emphasized the distinctive wording of state constitutional protections, and to some extent one finds this textual distinctiveness in the *Quebec Charter* as

²³ This ruling was overturned in November, 2008, with the popular ratification of an amendment to the California Constitution defining marriage as the union of one man and one woman. The California Supreme Court subsequently upheld this amendment against constitutional challenge in *Strauss v. Horton*, S168047 (2009).

well. American state judges have further relied on the distinctive generating history of state guarantees to justify divergent interpretations, and the fact that the *Quebec Charter* preceded the *Canadian Charter* indicates that it did not merely copy federal guarantees. Finally, American state judges have grounded rulings in the distinctive values found within their states, and obviously Quebec can claim a more distinctive set of values than can any American state.

Why, then, has a new judicial federalism not developed in Canada, and why is it unlikely to do so? In part, the answer lies in the non-entrenched character of provincial charters of rights. But beyond that, it lies in the structure of the Canadian judiciary and the locus of interpretive authority. In the United States, having different authoritative interpreters for federal law and state law encouraged different interpretations of those two bodies of law. But perhaps unsurprisingly, the converse is also true. In Canada, the same judges serve as authoritative interpreters of both federal and provincial law, and having the same interpreters of those two bodies of law encourages similar interpretations of these two bodies of law. Or, put differently, Canadian judges have tended to assimilate federal and provincial charters rather than emphasizing the differences between them and drawing legal conclusions from those differences. In addition, as Sébastien Grammond has suggested, “the Supreme Court’s position at the apex of the Canadian judiciary may induce it to prefer uniform solutions based on norms applicable throughout the country.”²⁴ Also, the federal judges’ greater familiarity with and reliance upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may discourage them from vigorously reviewing challenges rooted in protections not found in that Charter, such as the social and economic guarantees of the *Quebec Charter*.²⁵ If Grammond is correct, the Supreme Court of Canada has not undertaken aggressive enforcement of the unfamiliar social and economic rights provisions found in the *Quebec Charter*.²⁶

In sum, federalism may permit constituent units to enshrine in bills or charters of rights those guarantees that they find most important. But this does not ensure that those rights will have practical effect. As our comparison of the

²⁴ Sébastien Grammond, “Canadian Federalism, Cultural Diversity, and Conceptions of Fundamental Rights,” p. 17, unpublished paper presented at the Diversity, Federalism and Fundamental Rights conference, University of Ottawa (2007).

²⁵ This was a problem in the early years of the new judicial federalism in the United States as well, as state judges were far more familiar with the *U.S. Bill of Rights* than with their own declarations of rights.

²⁶ Sébastien Grammond, *supra* note 24, p. 16-19.

American and Canadian experiences shows, the structure and jurisdiction of the judiciary can be crucial in vindicating (or not vindicating) those rights valued by minorities concentrated in particular constituent units.

4. The Political Role of Subnational Constitutions

Subnational constitutions serve important political purposes, regardless of the content of the documents. They may be instruments of conflict management during periods of political instability, as was the case in KwaZulu Natal during the transition from apartheid to democracy in South Africa.²⁷ The process of subnational constitution-making itself can provide opportunities for political involvement and thus contribute to political socialization.²⁸ It may also help forge a sense of common political identity.

Yet these instrumental purposes pale in comparison with the fundamental purpose of subnational constitution-making. Perhaps the basic political right, particularly for internal nations within multi-national countries, is the right of self-determination--the power to determine the fundamental character, membership, and future course of their political society. This right of self-determination is inevitably limited when nations are constituent members of a larger political entity, but it is not effaced.

Bill 196 clearly reflects this understanding, subordinating particulars of institutional design to the broader purpose of “entrench[ing] the fundamental values of Quebec in a Quebec Constitution.” The Bill acknowledges the identity of Quebecers as a French-speaking nation and affirms that “it is the prerogative of the Québec nation to express its identity through the adoption of a Québec Constitution.” It bases this prerogative on the “inalienable right [of a nation] to freely choose its political system and determine its legal

²⁷ For an insightful discussion of how the processes of national and sub-national constitution-making in South Africa served these purposes, see Jonathan L. Marshfield, “Authorizing Subnational Constitutions in Transitional Federal States: South Africa, Democracy, and the KwaZulu-Natal Constitution,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41 (March 2008): 585-638.

²⁸ Subnational constitution-making may also lead to the emergence of a new cohort of political leaders. To take a favorite American example, when a constitutional convention was called in Montana to draft a new state constitution in 1972, members of the state legislature were barred from serving as delegates. A consequence of this was that women who had previously been confined to supportive or less visible political roles had the opportunity to serve as delegates. Thus, whereas in 1972 the two houses of the Montana Legislature included only five women, the constitutional convention the same year included nineteen, and several female delegates used their convention experience as the stepping-stone to political careers within the state.

status.” Whatever one’s assessment of the wisdom or prudence of such declarations, they certainly underscore the importance of a subnational constitution as a vehicle for asserting and exercising the political rights of minorities in federal systems.

Two points about the political role of subnational constitutions deserve mention here. First, although subnational constitutions may provide an opportunity for articulating a constituent unit’s self-understanding and its view of the character of the federation, they are not the only means for doing so. In a system without separate subnational constitutions, other documents may likewise serve this function. In the Quebec case, the *Charter of the French Language*²⁹ to some extent already serves the purpose of providing a definitive statement of political and social identity, what defines Quebec as a nation. Thus, the Preamble of the Charter affirms that in Quebec “the French language, the distinctive language of a people that is in the majority French-speaking, is the instrument by which that people has articulated its identity.” The political, social, and economic structures of the Quebec polity thus become mechanisms to support and enhance that national identity. Or put differently, aims precede and give direction to institutional arrangements, the same prioritizing as found in Bill 196.

Second, to reiterate, the right of self-determination is inevitably limited within a multi-national federation, as it is within federations more generally. Federal law circumscribes the constitutional space available to subnational constitution-makers, and federal systems have devised various mechanisms to ensure that constituent units do not go beyond the constitutional space available to them. This is a vast subject, on which I have written previously, so I will limit myself to some general observations.³⁰

Federations have developed two non-exclusive approaches for ensuring that constituent units do not exceed the constitutional space available to them. They may seek to minimize the occasions for conflict prior to the exercise of choice by subnational constitution-makers, and/or they may create mechanisms for federal review of the choices made by those constitution-makers.

²⁹ R.S.Q., c. C-11.

³⁰ See Robert F. Williams and G. Alan Tarr, “Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, *Länder*, and Cantons,” in *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, especially p. 6-11.

G. Alan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism »

One way to minimize conflicts is for the federal constitution to give the federal government some control over the content of subnational constitutions at the time they are being created. For example, the United States Constitution implicitly confers on Congress the power to impose such conditions. In empowering Congress to admit new states to the Union, it in effect gives Congress the power to establish the conditions under which they will be admitted.³¹ And in countries in which the national legislature has responsibility for crafting the functional equivalent of the subnational constitution, such scrutiny is built into the ordinary process of legislation. This is true, for example, in quasi-federations such as China, Italy, and Spain. In addition, Switzerland requires that the Federal Parliament guarantee that cantonal constitutions be consistent with federal law, and this mandate has had real force: in the late nineteenth century, the Parliament rejected several cantonal constitutions that failed to provide equal political rights.³² And in South Africa the Constitutional Court reviews proposed provincial constitutions and proposed amendments to those constitutions before they take effect.

Another mechanism used to minimize conflicts between federal and subnational constitutions is to prescribe the contents of the subnational constitutions in the federal constitution. This may obviate the need for separate subnational constitutions altogether, as in Nigeria and India. Or it can dramatically restrict the range of choice available to subnational constitution-makers. This has been the Canadian approach. Likewise important are the supremacy clauses found in many federal constitutions, which confirm that federal law is superior to state law, so that in cases of conflict, valid federal enactments--be they constitutional provisions, statutes or administrative

³¹ The main provision dealing with the admission of new states is Article IV, section 3 of the U.S. Constitution. Further constitutional support for congressional conditions on admission is provided by Article IV, sect. 4 of the U.S. Constitution, which directs the federal government to "guarantee to each State in the Union a Republican Form of Government." In addition to imposing conditions on prospective states, Congress also supervised the constitutions that Southern states adopted in the aftermath of the Civil War, requiring an acceptable constitution as a condition for "readmission" to the Union. However, the effects of these congressional efforts were short-lived. Most Southern states repudiated their Reconstruction constitutions as soon as they could, typically replacing them with documents that by the late nineteenth century entrenched white political control, and Congress did nothing to prevent this undermining of republican government. See Don E. Ferenbacher, *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South* (Athens, GA: University of Georgia Press, 1989); Kermit L. Hall and James V. Ely, Jr., eds., *An Uncertain Tradition: Constitutionalism and the History of the South* (Athens, GA: University of Georgia Press, 1989).

³² Giovanni Biaggini, "Federalism, Subnational Constitutional Arrangements, and the Protection of Minorities in Switzerland," in *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, p. 220.

regulations--prevail over state enactments, including state constitutional provisions. This, of course, limits subnational constitutional space—consider, for example, how Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* limits provincial policy with regard to minority-language schools. It also may deter subnational constitution-makers from proposing some provisions that they would have wished to adopt. Likewise important may be the lists of competences awarded either exclusively or concurrently to the federal government. The broader the range of competences granted exclusively to the federal government, the fewer the opportunities available to sub-national units to address matters in their constitutions or statutes.

Complementing strategies for preventing disputes over subnational constitutional space are mechanisms for policing or resolving disputes when they arise. One widely used mechanism for policing constitutional boundaries is federal review of subnational constitutional provisions. Such review can occur before the provisions take effect, as in South Africa, or during the course of ordinary litigation, as in the United States. In most federal systems the federal judiciary exercises this responsibility, but this is not the only possible approach. The constitution of the Russian Federation, for example, authorizes the president of the Federation to suspend the acts of subnational executives if he believes them in violation of the federal law or human rights. The Justice Ministry also has the power to revoke regional laws that are in violation of the Federation Constitution, and even before the accession of President Putin, it had used that power to revoke nearly 2000 regional laws and constitutional provisions.³³

In sum, the power to define oneself constitutionally is perhaps the fundamental political right, and the creation of subnational constitutions provides an opportunity to exercise that right. Yet the autonomy of constituent units is limited in a federal system, and this holds true even if the units coincide with internal nations in a federation. A federation may limit this autonomy either by prescribing the contents of subnational constitutions, in whole or in part, or by policing what constituent units place in their constitutions. Canada appears to employ a combination of these two

³³ *Constitution of the Russian Federation*, Article 85, section 2. The estimate of subnational laws invalidated was supplied by State Prosecutor Yuri Skuratov, quoted in "Constitution Watch," *Eastern European Constitutional Review* 7 (Winter 1998): 32. Indeed, President Putin identified harmonization of the constitutions and laws of the Federation's constituent units with those of the Federation as a major element in his federalism initiative. See Mark A. Smith, "Putin: An End to Centrifugalism?" in Graeme P. Herd & Anne Aldis, eds., *Russian Regions and Regionalism: Strength through Weakness* (London: Routledge Curzon, 2001), p. 27-28.

approaches. It prescribes much of the content of subnational constitutions in federal constitutional documents and constitutional conventions, and it provides for federal judicial review of provincial enactments, including enactments of constitutional dimension. Beyond that, as noted previously, it provides for the authoritative interpretation of provincial law by federal judges.

5. Subnational Constitutional Change

As important as the power to create one's own fundamental law is the power to change it, to alter or replace that law in response to changes in conditions, in political outlook, or even in identity and self-understanding. This option of constitutional renewal is crucial at both national and subnational levels. Yet constitutional change in federations is complicated and often contentious, because of potentially conflicting interests between the federation and its constituent units or among the constituent units. Devising procedure(s) for amending the federal constitution may generate conflict, because decisions about who can change the terms of the federation agreement may themselves depend on contested understandings about who the parties to that agreement are and what the nature of the federation is. Canada is a case in point: there is, to put it mildly, a lively debate about whether the federation is rooted in two founding nations or in provincial equality.

Whatever the resolution of such fundamental issues, in practice the provisions for amending federal constitutions are usually designed to provide some protection for the continued existence and autonomy of constituent units. Thus, it is common for constitutional changes in federations to require the approval of both the national legislature and a large proportion of constituent units, either for all amendments or at least for those of particular importance to the constituent units. In addition, federal constitutions may grant extraordinary protection to the territorial integrity of existing constituent units and to their participation in the processes of the federal government. For example, the *United States Constitution* forbids tampering with either state borders or the equal representation of states in the Senate not only by congressional legislation but also by the ordinary processes of constitutional amendment.³⁴

Although one might view provinces, states, and cantons as made up of local units of government, these constituent units are usually not understood as

³⁴ *United States Constitution*, Art. IV, sec. 3, para. 1, and Art. V.

mini-federations of local units.³⁵ As a result, many of the concerns that complicate the system of constitutional amendment at the federal level do not apply at the subnational level. So constitutional amendment at the subnational level tends to be easier and more “popular.”³⁶ Often, there are more mechanisms for constitutional change available at the subnational level—in Florida, for example, there are five separate procedures for amending the state constitution. Constituent units tend to make greater use of alternatives to legislative proposal, such as conventions or constituent assemblies (for example, in Argentina, Mexico, United States and Switzerland) and referenda (for example, in Australia, Germany, Mexico, Russia, Spain, Switzerland, and the United States). Even within a single federation, the constituent units of a federation may establish different mechanisms for amending their constitutions, although in general there is a greater tendency to involve the populace directly in the proposal or ratification of constitutional changes (for example, in Brazil, Mexico, Switzerland, and the United States). And although there may be notable exceptions, it appears that overall subnational constitutions are amended more frequently than are their federal counterparts.

In Canada the process of provincial constitutional change is complicated by two factors. First, insofar as provincial constitutional provisions are contained in provincial legislation, no special procedure is required for their amendment—the entrenchment issue once again. Second, insofar as components of provincial constitutions are contained in federal constitutional documents, the mechanisms for constitutional change must be prescribed at the federal rather than the provincial level. Section 45 of the *Constitution Act, 1982* is designed to deal with this, mandating that “[s]ubject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.”

Let me offer a few observations about the Canadian resolution of the issue of subnational constitutional change. The Section 45 delegation of the amendment power to provincial legislatures assimilates the procedures for provincial constitutional change, regardless of the location of the provision to

³⁵ This is in fact possible. For example, in some Mexican states the approval of more than half the municipal councils is required before a change may be made to the state constitution. See Juan Marcos Gutiérrez González, “United Mexican States,” in *Constitutional Origins, Structure and Change in Federal Countries*, p 215.

³⁶ The analysis of modes of subnational constitutional change relies on Anne Twomey, “The Involvement of Sub-national Entities in Direct and Indirect Constitutional Amendment within Federations,” unpublished paper delivered at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law (2007), available at <http://camlaw.rutgers.edu/statecon>.

be amended. Whether the provincial constitutional provision is found in federal constitutional documents or in provincial statutes, the same procedure for change—that is, an enactment by the provincial assembly—suffices. Still, the Section 45 delegation of power is not a complete delegation. There are some potential changes at the provincial level, identified in Section 41, that would have implications beyond the borders of the province.³⁷ These changes require the concurrence of the federal Parliament and of the legislative assemblies of the various provinces. This recognition that some political arrangements within a single constituent unit may affect the federation as a whole is hardly unusual—consider, for example, the homogeneity clauses of the Austrian and German constitutions or the guarantee of a republican form of government in the *United States Constitution*.³⁸ Nonetheless, the Section 45 delegation confirms that some constitutional matters relating to provinces found in the Constitution of Canada do not have federal implications, and that therefore their inclusion in the federal constitution is a matter of choice—or possibly historical accident—rather than necessity.

Comparison of Section 45 with the provisions governing the amendment of the Constitution of Canada shows that Canada has made it easier to amend provincial constitutions than to amend the federal constitution. As noted previously, this is consistent with how other federal systems have treated amendment of subnational and federal constitutions. Yet what seems like an enhancement of provincial power in Section 45—authorizing the provincial legislature to unilaterally amend the provincial constitution—may simultaneously be read as a restriction on provincial authority. Although this may not have been the original intent, by lodging the power of amendment “exclusively” in provincial legislatures, Section 45 may preclude provinces from devising alternative mechanisms for amending those components of their constitutions found in the federal constitution.³⁹ If this is true, it is despite the

³⁷ These include: “(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province; (b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force; (c) subject to section 43, the use of the English or the French language; (d) the composition of the Supreme Court of Canada; and (e) an amendment to this Part.”

³⁸ For a particularly insightful discussion of how this operates in the Austrian context, see Anna Gamper, “The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court’s Ruling on Direct Democracy in Voralberg,” *Publius: The Journal of Federalism* 33 (Winter 2003): 45-58.

³⁹ A provincial legislature can impose upon itself “manner and form” requirements with regard to the amendment of a provincial constitution, so it may be able to establish a super-majority requirement for constitutional amendments. If, however, a provincial legislature decided to provide for amendment by referendum, it would be necessary to decide whether this decision

G. Alan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A
Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism »

fact that Section 45, by delegating this authority to provinces, acknowledges that the federal government has no vested interest in whether or how those provisions are amended. Certainly, Section 45's authorization of amendment of provincial constitutions by provincial assemblies stands in marked contrast to the special procedures established by the federal constitution for the amendment of many of its own provisions. The absence of supermajority requirements or popular ratification procedures for provincial amendments may suggest that provincial constitutions are viewed as different in dignity than the federal constitution, more akin to ordinary statutes than to fundamental law.⁴⁰

Subnational constitutions have considerable potential as vehicles for safeguarding the rights of geographically concentrated minorities and the rights of internal nations within multi-national federations. These rights include first and foremost political rights, particularly the rights (within parameters established by the federation) to affirm one's own identity, to set one's own social and political goals, and to devise those institutional arrangements best suited to the achievement of those goals. These matters are typically enshrined in the subnational constitution, the fundamental law of the constituent unit. This act of political creation is not typically a one-time endeavor. The subnational constitution also establishes procedures whereby, as conditions or views change, subsequent generations can engage in constitutional re-creation, amending or altogether revising the constitutional arrangements under which they choose to live. And those living under subnational constitutions in a wide variety of federations have not been reluctant to exercise the constitution-changing power lodged in them.

Subnational constitutions can also protect the right of groups to maintain their own distinctive identities, through provisions dealing with such bulwarks of identity as religion, language, and ethnicity. In most federations the range of discretion available to constituent units is circumscribed by federal rights guarantees that restrict both federal and subnational governments. These federal guarantees can serve as a baseline, safeguarding basic rights for all

was merely a "manner and form" regulation (and hence constitutional) or a delegation of a power assigned exclusively to the legislature.

⁴⁰ The absence of supermajority requirements or popular ratification could, alternatively, simply reflect Canadian political culture, which has shown a distrust of referenda and unmitigated popular sovereignty.

G. Alan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism »

and ensuring that assertions of identity do not lead to oppression of those who do not share the identity. But local conditions and values may lead particular constituent units to use their subnational constitutions to go beyond the federal minimum. This is demonstrated by subnational provisions establishing official languages in various Ethiopian states, by provisions safeguarding the language rights of minority populations in some German *lander*, and by provisions acknowledging the rights of native peoples concentrated in the constituent unit, as in Mexico.⁴¹

Finally, subnational constitutions provide a vehicle whereby those within a constituent unit can determine what rights they deem most essential and give constitutional recognition and protection to those rights. In federations in which there are both federal and subnational bills of rights, doubtless there will be considerable overlap between federal and subnational guarantees. Yet this overlap need not be complete. Within a federation there may well be different views about the constitutionalization of, for example, social or economic rights. Local circumstances and values may also dictate that particular rights be given constitutional protection in some constituent units but not in others. And there may be disagreement about what “reasonable limits” on rights “can be demonstrably justified in a free and democratic society.”⁴² In the United States the *U.S. Bill of Rights* is often described as a floor rather than a ceiling. It establishes a standard below which constituent units cannot go, but it does not otherwise limit state initiatives in expanding rights—they can build on that floor.

Yet nothing guarantees that this building project will occur. As this paper makes clear, the opportunities that constituent units enjoy for identifying and promoting rights depend on political circumstances within their federations. And even when such opportunities exist, constituent units may fail to take advantage of the constitutional space available to them.⁴³ Given the

⁴¹ On Ethiopia, see Yonatan Tesfaye Fessha, “Institutional Recognition and Accommodation of Ethnic Diversity: Federalism in South Africa and Ethiopia” (unpublished Ph.D. dissertation, University of the Western Cape, 2008), p. 399-406; on Germany and the protection of language rights of minorities within particular *lander*, see Weiss, “The Protection of Minorities in a Federal State,” p. 80-81; and on Mexico, where the Oaxaca Constitution extended protections for native people before the federal constitution did, see Gonzalez, “United Mexican States,” p. 214.

⁴² The quoted language is, of course, from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, art. 1.

⁴³ For discussion of this point, see Robert F. Williams and G. Alan Tarr, “Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, *Lander*, and Cantons,” in *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*.

G. Alan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A
Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism »

constitutional choices made by Canada with regard to provincial constitutionalism, the challenge for citizens of Quebec is to determine what opportunities exist for provincial initiatives aimed at extending and securing rights.

2. Note critique

Commentaire d'arrêt:

R. c. Kapp
Quelle interprétation pour les articles 15 et 25
de la Charte canadienne?

Geneviève Motard et Simon Picard*

Les derniers arrêts de la Cour suprême du Canada dans le domaine du droit canadien relatif aux peuples autochtones concernaient les obligations de fiduciaire et de consultation de la Couronne¹, le partage des compétences² et l'interprétation des droits ancestraux et issus de traités³. Dans *R. c. Kapp*⁴, un des arrêts les plus récents rendus dans ce domaine de droit, le plus haut tribunal du pays pose les premiers jalons d'une théorie visant à articuler le droit à l'égalité et les droits particuliers des Autochtones. Cette cour n'avait eu à trancher qu'à de rares occasions la constitutionnalité de programmes couverts par le paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. De même, elle n'avait jamais, jusqu'à maintenant, analysé avec autant d'acuité l'article 25 de la *Charte*⁶. L'arrêt *Kapp* est d'un intérêt particulier puisqu'il porte sur ces deux dispositions constitutionnelles.

* Geneviève Motard, LL.M. est avocate et doctorante en droit à l'Université Laval. Simon Picard, LL.M. est avocat et gestionnaire des Services juridiques du Conseil de la Nation huronne-wendat. Les opinions exprimées dans le présent texte ne lient que leurs auteurs.

¹ *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

² *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915.

³ *Ibid.*; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

⁴ 2008 CSC 41 [ci-après *Kapp*].

⁵ Partie I de l'Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). [Ci-après la « *Charte* »]. Le paragraphe 15(2) se lit: « (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

⁶ L'article 25 se lit: « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, notamment: a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ».

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

Le présent texte, en plus de résumer la décision, propose une analyse succincte de l'opinion de la Cour quant à l'interaction des paragraphes 15(1) et 15(2). Il traite enfin des opinions majoritaire et concurrente du tribunal quant à la portée de l'article 25. Dans ces deux cas, des questions précises se posent, notamment quant à la cohérence des différentes dispositions constitutionnelles concernées ainsi qu'à leur portée. Ce sont ces deux aspects qui feront l'objet du présent commentaire.

1. Le résumé de l'arrêt *R. c. Kapp*

L'arrêt *R. c. Kapp* porte sur le caractère potentiellement discriminatoire d'un projet pilote fédéral autorisant certains groupes autochtones à pêcher à des fins commerciales de façon exclusive durant une période de vingt-quatre heures.

1.1. Les faits et les questions en litige

À la suite des constats du rapport Pearse de 1982 sur les pêches canadiennes faisant état d'un lien entre le désavantage économique éprouvé par les communautés autochtones et l'interdiction de longue date de vendre du poisson, le gouvernement fédéral a consulté les Autochtones et établi une stratégie intitulée « Stratégie relative aux pêches autochtones »⁷, laquelle a contribué à la mise en place du programme pilote en litige.

Ce programme pilote consistait en l'émission d'un permis de pêche communautaire, conformément au *Règlement sur les permis de pêche communautaire des Autochtones*⁸. Ce règlement autorisait l'émission d'un permis en faveur d'organisations autochtones qui pouvaient en confier l'utilisation à des individus.

En l'espèce, un permis autorisant les pêcheurs désignés par trois bandes à pêcher le saumon rouge avait été émis pour une période de vingt-quatre heures. Il autorisait à utiliser les prises à des fins alimentaires rituelles ou sociales de même qu'à les vendre. La pêche était interdite aux pêcheurs commerciaux durant cette période.

⁷ Ci-après *Stratégie*.

⁸ Ci-après *RPPCA*.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

Les appelants, des pêcheurs commerciaux, ont effectué une pêche de protestation durant cette période. Ils ont été accusés d'avoir pêché durant une période interdite. En réponse à ces accusations, ils ont déposé un avis de question constitutionnelle visant à invalider le permis de pêche communautaire, le *RPPCA* et d'autres règlements connexes, de même que la *Stratégie*.

De nombreuses questions constitutionnelles ont été soulevées en première instance⁹, mais seule la question de la discrimination a fait l'objet de moyens d'appel. C'est aussi cette seule question qui fait l'objet du présent texte.

1.2. Les décisions des instances inférieures

1.2.1. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique

C'est le 28 juillet 2003 que le juge Kitchen de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique rendait jugement en première instance¹⁰. Le juge conclut que le programme pilote porte atteinte de façon injustifiée au droit à l'égalité des accusés. Reprenant l'analyse proposée dans l'arrêt *Law*¹¹, le premier juge conclut d'abord qu'il y a une différence de traitement entre deux groupes de pêcheurs, sur la base d'un motif analogue à la race, soit « a bloodline connection to the three bands ». Le juge conclut ensuite que les pêcheurs commerciaux font l'objet de discrimination. Même si les pêcheurs commerciaux ne font pas l'objet d'un désavantage préexistant, le programme pilote ne prend pas en considération leur droit de participer pleinement aux activités de pêches publiques et établit que certains programmes pourraient être moins attentatoires. De plus, à son avis, l'effet améliorateur du programme de pêche communautaire ne ressort pas de l'analyse des faits. L'objet véritable du programme, selon la preuve, serait de diminuer le braconnage et non d'améliorer les conditions socioéconomiques des communautés. Ensuite, les décisions qui reconnaissent les droits ancestraux ne reconnaissent pas le droit à la pêche commerciale. Le programme va donc plus loin que ce qu'impose la Constitution au gouvernement. En outre, dans

⁹ Le premier juge a dû étudier la question de savoir si le permis de pêche communautaire contrevenait à l'article 15 de la *Charte canadienne* en autorisant la pêche commerciale exclusivement à des membres dont l'appartenance est basée sur la race. Parmi les autres questions constitutionnelles, le pouvoir de délégation du ministre était notamment contesté ainsi que le pouvoir de prévoir des pêcheries exclusives, ce qui aurait pour effet d'abroger le droit du public de pêcher.

¹⁰ [2003] 4 C.N.L.R. 238.

¹¹ *Law c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

les cas des trois communautés concernées, aucun programme améliorateur n'était nécessaire. Reconnaissant les conditions difficiles vécues par les peuples autochtones en général, le juge conclut néanmoins que les bandes titulaires des permis profitent de conditions économiques favorables.

Enfin, bien que ces bandes soient aux prises avec des difficultés similaires à d'autres communautés autochtones, le juge estime que le programme ne résoudra pas ces problèmes. Comme l'argent gagné par les individus n'est ni remis à la communauté ni dédié à un programme destiné à remédier aux problèmes sociaux particuliers à la communauté en question, il est difficile de conclure à l'effet améliorateur du programme. Le juge d'instance est aussi d'avis que l'analyse du paragraphe 15(1) de la *Charte* comprend également l'examen du paragraphe 15(2). Il conclut que l'atteinte au droit à l'égalité n'est pas justifiée par l'article 1^{er} de la *Charte*, puisqu'il ne peut établir aucun lien rationnel entre le programme de permis de pêche, qui est ineffectif et mal conçu, et les problèmes des communautés. En conséquence, il ordonne l'arrêt des procédures.

1.2.2. La Cour suprême de la Colombie-Britannique

Le juge en chef Brenner rend sa décision oralement le 12 juillet 2004¹². Comme seules les conclusions du juge d'instance sur la question de la discrimination sont portées en appel par la Couronne, le juge d'appel examine tant cette question sous l'angle de l'article 15 que sous celui de l'article 25 de la *Charte*. Il analyse d'abord l'applicabilité de l'article 25 de la *Charte* et conclut que cette disposition ne s'applique pas en l'espèce. En effet, le permis pouvait être annulé à la discrétion du Ministère. Les droits n'étant pas des droits ancestraux, issus de traités et ne pouvant être qualifiés « d'autres droits » au sens de l'article 25, le juge conclut que cette disposition ne trouve pas application.

Le juge Brenner analyse ensuite les conclusions du premier juge en ce qui a trait à l'article 15 de la *Charte*. Il rappelle d'abord que toute décision à ce sujet doit prendre en compte les enjeux historiques et contemporains des premiers peuples. Suivant les arrêts *Corbiere*¹³ et *Lovelace*¹⁴, l'interprétation de l'article 15 doit être respectueuse de l'héritage, de la différence et des

¹² *R. c. Kapp*, [2004] 3 C.N.L.R. 269.

¹³ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

¹⁴ *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 [ci-après *Lovelace*].

droits spécifiques aux Autochtones et ceux-ci doivent être pris en compte dans l'analyse du droit à la non-discrimination. Le juge en chef évalue que le test de l'arrêt *Law* a été appliqué erronément par le premier juge. À son avis, le groupe demandeur ne représente pas l'ensemble des pêcheurs titulaires du permis, mais l'ensemble des pêcheurs éligibles à l'obtention d'un permis et à participer à la pêche au saumon dans la rivière Fraser. Le groupe de comparaison doit donc être le groupe des personnes admissibles à recevoir un permis communautaire, c'est-à-dire les bandes indiennes, les conseils de bande, les conseils tribaux et les organisations représentant des communautés basées territorialement.

De l'avis du juge d'appel, le juge d'instance aurait ensuite erré en retenant uniquement les témoignages des plaignants et en excluant les aspects contextuels. En effet, le premier juge aurait dû analyser la question de la discrimination sous l'angle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances et non sous un angle subjectif. C'est pourquoi les plaignants ne peuvent pas se qualifier comme un groupe souffrant d'un désavantage ou de stéréotypes préexistants, au contraire du groupe de comparaison. À ce propos, le juge d'appel affirme que le désavantage préexistant s'évalue en prenant en compte plusieurs aspects et non pas seulement la situation financière du groupe. Aussi, toutes les communautés pouvant bénéficier du permis communautaire ne sont pas dans la même situation que les Musqueam et que les Tsawwassen qui se trouvent dans une situation financière favorable. Enfin, il conclut non seulement que les dispositions prises par les autorités sont proportionnelles aux besoins du groupe visé par le permis, mais aussi que les dispositions contestées ont un effet améliorateur pour le groupe désavantagé. Dans tous les cas, le permis communautaire ne porte pas atteinte à la dignité des accusés. Bien au contraire, ce type de permis profite à l'ensemble de la société canadienne. L'appel est accueilli et les accusés déclarés coupables¹⁵.

1.2.3. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹⁶

Deux moyens sont soulevés en appel. Les appelants avancent, d'une part, que le programme pilote qui crée un droit exclusif de pêcher est *ultra vires* et, d'autre part, que ce programme porte atteinte de manière injustifiée au droit à

¹⁵ La Cour impose une peine suspendue de six mois et ordonne que chaque accusé soit condamné à verser une amende de cent dollars à l'une des deux sociétés suivantes: T. Buck Suzuki Environmental Foundation ou Pacific Salmon Foundation: *R. c. Kapp*, 2004 BCSC 1503 (CanLII) (j. Brenner). Décision rendue oralement le 9 novembre 2004.

¹⁶ *R. c. Kapp*, [2006] 3 C.N.L.R. 282. La décision fut rendue le 8 juin 2006 par le juge en chef Finch et les juges Mackenzie, Low, Levine et Kirkpatrick.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

l'égalité. Tous les juges rejettent le premier moyen d'appel et confirment l'autorité du Parlement de déléguer au ministre son pouvoir sur les pêcheries. Tous les juges rejettent aussi le deuxième moyen d'appel, mais celui-ci fait l'objet de motifs concurrents qui sont basés sur l'analyse des articles 15 et 25 de la *Charte*.

En ce qui concerne l'article 15, les opinions sont partagées en deux groupes. Le juge Low, avec l'accord des juges Finch et Levine, conclut que les accusés n'ont pas été privés d'un bénéfice de la loi: la loi ne met pas en place un traitement différencié et les accusés n'ont subi aucun désavantage. La question en litige concerne une politique de distribution des ressources entre différents usagers. Le juge Low rejette les prétentions des accusés en ce qui concerne le manquement à leur droit à l'égalité et se dit aussi en accord avec le juge Mackenzie en ce qui concerne la suite de l'analyse de l'arrêt *Law*.

Le juge Mackenzie, avec l'accord des juges Low, Finch et Levine, conclut pour sa part que les dispositions prévoyant des permis communautaires et individuels constituent un élément suffisant pour qu'il soit possible de conclure à un traitement différencié, conformément à l'arrêt *Law*. La deuxième étape prévue par cet arrêt est aussi satisfaite puisque la distinction est basée sur la race, un motif énuméré. La troisième étape de l'arrêt *Law* ne permet cependant pas de conclure à une atteinte au droit à l'égalité. En effet, le juge de première instance aurait à son avis erré en adoptant une approche subjective, alors qu'une approche subjective-objective devait être adoptée. Or, les faits ne démontrent pas que la préférence accordée est discriminatoire puisque l'objectif poursuivi par le permis communautaire est la recherche de parité et d'égalité.

En ce qui concerne l'analyse de l'article 25, les juges Low et Finch concluent qu'il n'y a pas d'atteinte à un droit à l'égalité et qu'en l'absence de conflit entre les droits individuels et les droits visés par l'article 25, ce dernier ne trouve pas application. Le juge Mackenzie estime plutôt que les droits découlant du permis ne sont pas couverts par l'article 25. Quant à la juge Kirkpatrick, elle estime que l'article 25 de la *Charte* répond entièrement à l'ensemble des allégations de discrimination. La juge propose un test en trois étapes: (1) le droit ou la liberté est-il un droit issu de traité, un droit ancestral ou autre?; (2) si le droit n'est pas issu de traité ni un droit ancestral, vise-t-il néanmoins un aspect significatif de la culture autochtone?; et (3) est-ce que la réparation demandée en raison d'une violation à un droit protégé par la *Charte* résulterait en une abrogation ou une dérogation à un droit protégé par l'article 25? En l'espèce, les droits découlant du permis sont, de l'avis de la juge, des

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

droits protégés par les termes « autres droits » prévus à l'article 25. Au soutien de sa décision, elle écrit que: (1) les peuples autochtones et l'exercice de la pêche sont liés par une relation ancestrale particulière; (2) la mise en place du permis de pêche communautaire découle d'une négociation avec les communautés visées; (3) les droits ont une nature communautaire et non individuelle; (4) l'implication des communautés autochtones dans la gestion d'une ressource traditionnelle est nécessaire; et (5) l'éventualité que les accords donnant naissance au régime spécial de permis soient inclus dans un traité doit être considérée. Or, comme les accusés cherchent à éliminer le permis communautaire spécial, l'application de l'article 25 permet de protéger les droits découlant de ce permis contre leur abrogation. La juge Levine, quant à elle, préfère ne pas se prononcer sur cette question en l'absence de débat suffisant entre les parties. Elle ajoute néanmoins que les motifs exprimés par la juge Fitzpatrick devraient servir de fondement au débat jurisprudentiel subséquent.

Le 14 décembre 2006, la requête pour permission d'appeler en Cour suprême du Canada était accueillie¹⁷.

1.3. L'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada

La majorité de la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, conclut que le programme gouvernemental en litige est protégé par le paragraphe 15(2) de la *Charte* et que, par conséquent, il ne contrevient pas au droit à l'égalité.

Cette conclusion fut retenue sans même avoir procédé à l'analyse sous le paragraphe 15(1). En effet, selon le nouveau critère établi par la majorité de la Cour, une fois déterminé qu'un programme crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement n'a qu'à démontrer que le programme contesté relève du paragraphe 15(2) pour être jugé valide.

Cette démonstration sera réalisée si le gouvernement établit dans un premier temps que la mesure a un objet améliorateur et réparateur. Interprétant le mot « destinés » contenu au paragraphe 15(2), la majorité précise que le caractère réparateur doit être étudié en tenant compte de l'objectif du programme et non de son effet réel. L'objectif sera analysé certes en tenant compte des

¹⁷ Suiivi n° 31963.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

déclarations des rédacteurs de la mesure. Cependant, il faudra également déterminer si les moyens choisis par le législateur ont un lien rationnel avec l'objet améliorateur. Dans l'analyse des moyens choisis, la majorité suggère, afin d'éviter d'apprécier les effets réels du programme, de poser la question suivante: « Était-il raisonnable que l'État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d'atteindre cet objectif? »¹⁸

La majorité précise en outre qu'une mesure peut poursuivre plusieurs objectifs réparateurs et non-réparateurs. Par contre, une mesure qui viserait à limiter ou à punir un comportement ne saurait bénéficier de la protection du paragraphe 15(2).

Dans un deuxième temps, le gouvernement doit établir que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Le groupe défavorisé doit être précis et identifiable, puisque la protection de 15(2) ne couvre pas les programmes sociaux en général. Quant au caractère défavorisé d'un groupe, la majorité renvoie à la notion de désavantage, telle que définie dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁹, *Miron c. Trudel*²⁰ et *Law*.

Comme aucune violation de l'article 15 n'avait été établie, la majorité de la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'article 25 de la *Charte*. La majorité précise toutefois que seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles d'être visés par l'article 25, mais elle ne se prononce pas sur la nature interprétative ou protectrice de cette disposition.

1.4. L'opinion concordante du juge Bastarache

L'opinion concordante du juge Bastarache est fondée sur une analyse de l'article 25 de la *Charte*. Bien qu'il se dise d'accord avec le critère adopté par la juge en chef et la juge Abella à l'égard de l'application du paragraphe 15(2), il conclut plutôt à l'application de l'article 25 de la *Charte*.

Le juge Bastarache se dit d'avis que l'article 25, tant en raison de son libellé que de son historique, est plus qu'une norme interprétative visant à protéger les droits qui y sont énoncés contre toute atteinte potentielle par un autre droit

¹⁸ *Kapp*, *supra* note 4, para. 49.

¹⁹ [1989] 1 R.C.S. 143 [ci-après *Andrews*].

²⁰ [1995] 2 R.C.S. 418.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

garanti dans la *Charte*. La protection de l'article 25 serait toutefois limitée, notamment par l'article 28 qui garantit l'égalité des sexes. En outre, le juge conclut que seules les restrictions externes aux groupes autochtones sont protégées contre les empiétements de la *Charte*. Ainsi, un individu visé par un règlement adopté par un Conseil de bande pourrait contester celui-ci sur le fondement de la *Charte*. De même, un groupe autochtone pourrait demander qu'un avantage fourni à un autre groupe autochtone, mais dont il est exclu, lui soit accordé.

Interprétant les termes « droits et libertés... autres » prévus à l'article 25, le juge affirme que cette disposition doit protéger les textes législatifs qui visent expressément les Autochtones et qui ont pour objectif de protéger les intérêts liés à la culture, le territoire et la souveraineté autochtones ainsi qu'au processus de traité, ce qu'il nomme la « différence culturelle autochtone ».

Quant à la méthode d'analyse, le juge Bastarache préconise que la prise en compte de l'article 25 soit préalable à tout examen fondé sur la *Charte*. Il rejette aussi l'idée que l'article 25, parce qu'il ne crée aucun droit, soit considéré pour une analyse de l'article 1^{er} de la *Charte*.

Enfin, le juge estime que la preuve *prima facie* d'une atteinte au droit à l'égalité a été établie par les appelants, suivant les critères établis au paragraphe 15(1). Comme un lien particulier existe entre la pêche et les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, le droit de pêche invoqué en l'espèce est couvert par l'article 25. En outre, l'entente négociée devait mener à la conclusion d'un traité avec les peuples concernés. Le juge concluant à l'existence d'un conflit véritable entre le droit à l'égalité reconnu à tous les individus et le droit de pêche des Autochtones protégé par l'article 25, il s'ensuit que ce dernier doit prévaloir.

2. L'interaction entre les paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte*

L'analyse de l'interaction des paragraphes (1) et (2) de l'article 15 de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Kapp* constitue en définitive une opinion unanime de la Cour. Or, le plus haut tribunal avait pourtant adopté une approche fort différente dans *Lovelace c. Ontario*²¹. Après avoir rappelé les principes établis dans l'arrêt *Lovelace*, nous nous intéresserons aux motifs de la Cour qui l'ont

²¹ *Lovelace*, *supra* note 14.

amenée à adopter un nouveau critère, puis nous proposerons une façon de concilier ces deux arrêts.

2.1. L'application de l'article 15 dans *Lovelace*

L'arrêt *Lovelace* rendu en l'an 2000 mettait également en cause la validité d'un programme améliorateur au regard du paragraphe 15(2) de la *Charte*. Les faits et le contexte étaient cependant fort différents des faits à l'origine du litige dans l'affaire *Kapp*.

Dans l'affaire *Lovelace*, l'ensemble des bandes indiennes de l'Ontario et le gouvernement ontarien avaient négocié la mise en place d'un casino dans une réserve indienne. Au terme de l'entente, les profits devaient être partagés entre le gouvernement provincial et les Premières Nations constituées en bandes. Les recettes dévolues aux Premières Nations étaient versées dans un fonds appelé le « Fonds des Premières Nations »²². Un groupe de Premières Nations non constituées en bandes et un groupe Métis ont demandé une ordonnance visant à ce qu'ils soient inclus au *Fonds* parce que leur exclusion violait le droit à l'égalité protégé par l'article 15. Les prétentions des Premières Nations non constituées en bandes et du groupe Métis ayant été rejetées par la Cour d'appel de l'Ontario, ceux-ci ont porté leur cause en appel devant la Cour suprême du Canada qui a dû examiner les allégations de discrimination.

Après avoir établi les groupes de comparaison et sans toutefois se prononcer sur la présence d'un motif énuméré ou analogue, le juge Iacobucci, rédigeant l'opinion au nom de la Cour, a appliqué les quatre facteurs contextuels de discrimination établis dans l'arrêt *Law*²³.

Analysant le premier facteur, la Cour a conclu que, même si les demandeurs ont établi l'existence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité, le *Fonds* ne fonctionnait pas par l'application de stéréotypes. Quant au deuxième facteur, la Cour a considéré que le *Fonds* avait été établi

²² Ci-après *Fonds*.

²³ Rappelons que l'arrêt *Law* prévoit 4 facteurs contextuels soit: (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause; (2) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; (3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; et (4) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

dans un contexte plus large où le gouvernement et les bandes voulaient non seulement concilier leurs positions à l'égard de la réglementation du jeu dans les réserves, mais aussi appuyer une relation de gouvernement à gouvernement en vue de donner effet à l'entente qui avait été préalablement conclue ainsi qu'améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des bandes. Or, la situation des demandeurs était différente de celle des communautés constituées en bandes eu égard au territoire, au gouvernement et aux jeux de hasard et d'argent. La Cour a conclu que le fait que les appelants avaient des besoins communs aux bandes sur le plan social n'était pas un élément suffisant pour rencontrer le deuxième facteur. En ce qui a trait au troisième facteur, la Cour a conclu que le *Fonds* avait clairement un objet améliorateur puisque les bandes disposeraient de ressources pour remédier aux désavantages subis par leur communauté. Enfin, relativement à la nature du droit touché, la Cour a rejeté la prétention des appelants à l'effet que leur exclusion du *Fonds* les empêche d'être reconnus comme titulaires de l'autonomie gouvernementale. La Cour a déterminé que l'exclusion des appelants du Fonds ne violait pas l'article 15 de la *Charte*.

En somme, alors qu'elle devait juger de la discrimination entre deux groupes défavorisés, la Cour a utilisé une analyse sous 15(1), et cela, même si le programme était un programme améliorateur.

2.2. Quelle conciliation pour les arrêts *Lovelace* et *Kapp*?

Dans *Lovelace*, le juge Iacobucci a résumé les deux approches jurisprudentielles eu égard au paragraphe 15(2). Selon la première approche, le paragraphe 15(2) serait une exemption de l'application de l'analyse relative à la discrimination ou un moyen de défense à une allégation de discrimination, tandis que selon la deuxième approche, il s'agirait plutôt d'une disposition interprétative du paragraphe 15(1)²⁴. Dans chacun des cas, l'analyse sous 15(1) demeurerait un passage obligé en matière de droit à l'égalité.

L'application du paragraphe 15(2) dans *Kapp*, de façon indépendante du paragraphe 15(1), contraste avec la position jusque-là retenue par le plus haut tribunal, lequel considérait le paragraphe 15(2) comme une disposition interprétative du paragraphe 15(1)²⁵. La majorité, sous la plume de la juge en

²⁴ *Lovelace*, *supra* note 14, para. 108.

²⁵ *Ibid.*, para. 93 à 96.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

chef McLachlin et de la juge Abella, ont en effet analysé différemment le paragraphe 15(2).

Tentant de concilier les arrêts *Andrews* et *Law*, la Cour dans *Kapp* insiste sur le fait que les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour objet de promouvoir l'égalité réelle, c'est-à-dire de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »²⁶, par opposition à égalité formelle, laquelle se limite à traiter les individus de façon analogue et peut entraîner des inégalités, car elle ne tient pas compte des conditions particulières des individus²⁷. Cette réflexion sur l'objet de l'article 15 a amené la majorité à conclure que le paragraphe 15(1) avait pour objet d'empêcher le gouvernement d'adopter des mesures discriminatoires alors que le paragraphe 15(2) visait à permettre au gouvernement de combattre de manière proactive la discrimination et, en définitive, à considérer le paragraphe 15(2) selon une troisième approche voulant que la démonstration par le gouvernement du caractère améliorateur d'un programme évite l'analyse sous le paragraphe 15(1).

La Cour n'explique pas de façon détaillée les raisons pour lesquelles elle ne suit pas le précédent établi dans *Lovelace*. Pour justifier sa position, elle mentionne que « [p]arce que le gouvernement fait valoir que le programme a amélioré la situation d'un groupe défavorisé, nous devons examiner plus en détail le par. 15(2) »²⁸ et s'appuie sur l'ouverture du juge Iacobucci dans *Lovelace* à ce que soit revue sa position lorsqu'il affirme, relativement à l'application du paragraphe 15(2), qu'« [...] il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire »²⁹. Par ailleurs, la Cour précise que, lorsque le gouvernement n'arrive pas à démontrer que son programme est protégé sous le paragraphe 15(2), il y a lieu de déterminer s'il est ou non discriminatoire sous 15(1)³⁰.

Compte tenu de l'analyse de l'objet de l'article 15 par la Cour, il va sans dire que le critère établi dans *Kapp* ne doit jamais avoir pour résultat de valider un programme sous le paragraphe 15(2) alors que ce programme serait autrement

²⁶ *Andrews*, *supra* note 19, à la p. 171.

²⁷ *Kapp*, *supra* note 4, para. 14 à 24.

²⁸ *Ibid.*, para. 29.

²⁹ *Lovelace*, *supra* note 14, para. 108.

³⁰ *Kapp*, *supra* note 4, para. 40.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

discriminatoire. D'ailleurs, la Cour, ayant peut-être cette préoccupation à l'esprit, mentionne un peu plus loin:

En proposant ce critère, nous sommes conscientes du fait qu'il pourra se révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d'ajuster ce cadre d'analyse afin de l'adapter à la situation particulière des parties. Toutefois, à cette étape embryonnaire de l'établissement du droit relatif au parag. 15(2), le critère que nous avons décrit constitue un point de départ fondamental suffisant pour trancher les questions dont nous sommes saisis en l'espèce, mais toujours susceptible d'être amélioré à l'avenir. (Notre soulignement.)

Or, le critère établi dans *Kapp* nous apparaît favoriser plus largement les programmes améliorateurs que le critère de l'analyse contextuelle de l'arrêt *Law*, notamment du fait que la nouvelle approche évacue tout questionnement quant aux effets du programme. Si l'application de ce critère est appropriée lorsque le groupe de comparaison n'est pas un groupe défavorisé, la prudence s'impose à notre avis dans le cas contraire. En effet, un groupe défavorisé pourrait difficilement avoir gain de cause si un programme améliorateur avait un effet discriminatoire à son égard selon le critère actuel, ce dernier se limitant à l'analyse de l'objet du programme améliorateur. Suivant ce critère, du moment où la partie gouvernementale démontre le caractère améliorateur de son programme, comment un groupe défavorisé qui fait l'objet d'une différence de traitement eu égard à un autre groupe défavorisé peut-il réussir à démontrer qu'il y a discrimination?

Plusieurs possibilités pourraient être envisagées pour éviter cette situation. Les tribunaux pourraient par exemple préciser le critère de *Kapp* lors de l'application de son deuxième volet, en exigeant du gouvernement qu'il démontre que le groupe défavorisé a bien été défini compte tenu de l'objet du programme pour n'exclure aucune partie du groupe ayant des caractéristiques identiques. Également, il pourrait être envisagé d'appliquer le paragraphe 15(1) lorsque le groupe de comparaison est un groupe défavorisé.

Chose certaine, il sera intéressant de suivre l'évolution jurisprudentielle en cette matière d'autant plus que la Cour semble prendre conscience des nombreuses critiques à l'égard du test développé dans l'arrêt *Law*³¹. L'articulation entre les articles 15, 1^{er} et 25 de la *Charte* devra aussi faire l'objet d'une étude attentive par les tribunaux. À cet égard, l'arrêt *Kapp*

³¹ *Ibid.*, para. 22 et aux notes 1 et 2: les principales critiques portent sur le formalisme du test, sur le fardeau additionnel que nécessite la démonstration d'une atteinte à la dignité humaine et sur l'aspect uniquement comparateur du test.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

constitue une première pierre dans la construction jurisprudentielle à venir, non seulement quant à l'interprétation des articles 15 et 25, mais aussi quant à leur articulation.

3. La portée de l'article 25 de la *Charte*

Les vingt-cinq dernières années ont été fertiles en textes doctrinaux se rapportant à l'articulation devant être faite entre la *Charte*, modelée à partir de la philosophie des droits individuels, et les droits ancestraux, inspirés de philosophies collectivistes, voire communautaristes. Dans ce contexte, l'interprétation qu'il y avait lieu de donner à l'article 25 de la *Charte* a donné naissance à plusieurs théories. Les deux principales approches opposent la fonction interprétative de l'article à sa fonction protectrice³². Une autre question largement débattue par les auteurs est celle relative à la portée des droits et libertés couverts par le texte de l'article 25. Celui-ci prévoit en effet que « [le] fait que la présente *Charte* garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada ». C'est cette dernière question qui nous intéresse ici.

Dans *Kapp*, alors que la majorité retient que seuls les droits et libertés constitutionnels des peuples autochtones sont couverts par l'article 25, le juge Bastarache retient plutôt que cette disposition couvre tous les textes liés à la différence culturelle autochtone. La portée de l'article 25 que propose l'opinion minoritaire est par conséquent plus grande que ce qu'adopte

³² Pour certains auteurs, les droits et libertés individuels protégés et garantis par la *Charte* doivent être interprétés conformément aux droits et libertés qui sont protégés par l'article 25. Cette approche a pour but de pondérer les droits individuels et collectifs. La principale difficulté de cette approche tient à ce qu'il n'est pas toujours possible d'en arriver à une interprétation des droits et libertés individuels qui soit respectueuse des droits et libertés des peuples autochtones. Dès lors, il s'agirait de déterminer lesquels, des droits individuels ou collectifs, doivent avoir prépondérance. Pour les tenants de cette approche, ce sont les droits et libertés individuels qui doivent alors primer sur les droits collectifs protégés par l'article 25. Une autre approche consiste à préférer la primauté des droits et libertés protégés par l'article 25. Une immunité est ainsi conférée aux actes posés dans l'exercice des droits ancestraux, issus de traités ou autres droits et libertés. Cette immunité peut être absolue ou relative. Dans le premier cas, ce sont tous les actes posés qui en bénéficient, tandis que dans le second cas, seuls certains actes, liés par exemple à la différence autochtone ou à la culture autochtone, peuvent en bénéficier. Pour un résumé des principaux débats doctrinaux, voir Ghislain Otis, « La gouvernance autochtone avec ou sans la *Charte* canadienne? » (2004 - 2005) 36 R.D. Ottawa 207, aux paragraphes 53 et ss.; Bruce H. Wildsmith, *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988; Celeste Hutchinson, « Case Comment on *R. v. Kapp*: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter* », (2007) 52 R.D. McGill 173.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

l'opinion majoritaire dans cette affaire. Le texte de l'article 25, tant dans sa version française qu'anglaise, ainsi que son objectif nous semblent toutefois conformes à l'opinion émise par la majorité. Nous examinons dans cette partie les positions de la majorité et de la minorité.

3.1. Les droits et libertés constitutionnels des peuples autochtones

Suivant l'opinion majoritaire, l'article 25 ne viserait que les droits et libertés ancestraux et issus de traités et ceux issus des autres documents constitutionnels, tels que la *Loi de 1930 sur l'Amérique du Nord britannique*³³ qui entérine les *accords sur le transfert des ressources naturelles*. Cette position semble à première vue exclure les droits découlant du permis de pêche, tel que celui à la base de l'affaire *Kapp*. Deux questions nous semblent être d'intérêt ici. D'une part, quelle est la protection conférée par l'article 25 aux droits ancestraux non prouvés et, d'autre part, quelle est la protection conférée aux actions gouvernementales qui visent à répondre aux obligations constitutionnelles découlant du principe de l'honneur de la Couronne?

Il nous semble clair, d'une part, que l'ensemble des droits visés par l'article 35 sont compris dans l'article 25 de la *Charte*. Les droits ancestraux ou issus de traités, prouvés ou non par une partie autochtone, font donc l'objet de la protection assurée par l'article 25³⁴. Pour la même raison, les droits découlant de l'application du principe de l'honneur de la Couronne, qui sont aussi visés par l'article 35, doivent être soustraits à une analyse faite en vertu de la *Charte*. Cette façon de voir nous semble d'ailleurs conforme à la relation de nation à nation qui lie l'État et les peuples autochtones.

Rappelons que le principe de l'honneur de la Couronne est une garantie essentiellement procédurale. Le gouvernement a ainsi l'obligation de consulter, négocier et accommoder une communauté autochtone dès qu'il a connaissance de revendications de droits. La portée de son obligation et, par conséquent, des droits de la communauté à être consultée et accommodée, demeure une fonction de degré et d'appréciation des faits de chaque affaire. Plus l'effet préjudiciable potentiel d'un acte gouvernemental sera important, plus importantes seront les obligations gouvernementales d'informer, de consulter et d'accommoder la communauté affectée.

³³ *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 George V, c. 26 (R.-U.).

³⁴ À ce sujet, voir la trilogie *Haïda*, *supra* note 1.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

La protection à l'article 25 pose dès lors la question de la limite des droits des Autochtones et des obligations corrélatives du gouvernement visés par le principe de l'honneur de la Couronne. Cette question n'ayant pas fait l'objet d'un examen par les tribunaux, nous estimons que la seule limite envisageable est celle du lien rationnel entre la mesure gouvernementale et le principe de l'honneur de la Couronne. En effet, ce principe donnant naissance à des garanties procédurales, il nous semble difficile d'évaluer la justesse des actes gouvernementaux posés dans le cours de son application. Selon cette approche, le permis de pêche commercial en cause dans l'affaire *Kapp* serait donc couvert par l'article 25 dans la mesure où le programme fédéral contesté a été adopté dans le cours de négociations devant mener à un traité, et cela même si aucun droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'avait été démontré.

3.2. La différence culturelle autochtone, la culture distinctive et l'indianité

Au contraire de l'opinion majoritaire, le juge Bastarache estime que toute mesure législative ayant pour objectif d'assurer une protection de la différence culturelle autochtone devrait être visée par l'article 25.

Entre autres questions, cette approche pose celle de savoir comment seront conciliés les concepts de « différence culturelle autochtone », concept adopté pour interpréter le termes « autres droits et libertés » à l'article 25, de « culture distinctive », un concept cette fois adopté dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*³⁵ pour définir les droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁶ et ceux de quiddité indienne, d'« indianité », ou d'« essentiel de l'indianité », ayant servi à interpréter le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷.

Le cas en l'espèce est illustratif de l'articulation de ces concepts. En effet, cette affaire démontre qu'il est possible d'arriver à la conclusion qu'un droit de pêche commercial est visé à l'article 25, parce qu'il répond au critère de la

³⁵ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, para. 46. Au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Lamer affirme que : « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question ». [Nous soulignons.]

³⁶ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [ci-après LC1982].

³⁷ 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) [ci-après LC1867].

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

différence culturelle autochtone, sans toutefois être visé par l'expression « culture distinctive », tel qu'entendu à l'article 35 LC1982³⁸.

Qu'en est-il maintenant de la distinction entre la « différence culturelle autochtone » utilisée par le juge Bastarache et l'« indianité »? Cette dernière expression réfère à la spécificité culturelle autochtone et couvre toutes les matières liées aux rapports historiques entre la Couronne et les peuples autochtones. En raison de la similitude entre ces deux expressions, on pourrait y voir là un amalgame entre les matières couvertes par le paragraphe 91(24) LC1867 et les droits visés par l'article 25. Cette approche aurait pour conséquence de protéger l'exercice de la compétence fédérale au 91(24) à l'encontre de toute allégation fondée sur la *Charte*, ce qui comprendrait l'ensemble des textes provinciaux incorporés par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*³⁹.

Considérant l'opinion du juge Bastarache, il semble que l'expression « différence culturelle autochtone » soit plutôt un troisième critère d'analyse. En effet, tel que l'écrit le juge, seul « [...] un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités [...] » serait visé par l'article 25 et serait en conséquence soustrait de l'application de la *Charte*⁴⁰. À l'évidence, l'interprétation que propose le juge Bastarache du concept de « différence culturelle autochtone » englobe davantage que ce que prescrit l'article 35, mais n'englobe pas l'ensemble des droits découlant de l'exercice de la compétence fédérale et dépasse celle-ci quant à d'autres aspects⁴¹. C'est d'ailleurs le cas, par exemple, des ententes particulières conclues entre les communautés et les provinces. Dans ce cas de figure, il s'agirait alors de comprendre comment un acte provincial pourrait être soustrait à une analyse sous la *Charte*, car faisant partie de la différence culturelle autochtone au sens de l'article 25, tout en n'empiétant pas de manière significative sur la compétence fédérale en matière d'indianité. La distinction entre ces deux dernières expressions demeure pour le moins subtile et requiert, dans tous les cas, que les tribunaux s'interrogent et se prononcent sur ce qui constitue la spécificité autochtone.

³⁸ Dans l'affaire *Kapp*, aucun droit commercial de pêche n'avait été démontré.

³⁹ L.R., 1985 c. I-5.

⁴⁰ *Kapp*, *supra* note 4, para. 103. L'honorable Bastarache se réfère ici à l'ouvrage de Patrick Macklem, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, à la p. 225.

⁴¹ *Ibid.*, para. 105.

L'arrêt *Kapp* soulève plusieurs questions de droit tant en ce qui concerne l'article 15 que l'article 25 de la *Charte*. Ce commentaire a tenté de mettre en lumière certaines de ces questions. Au-delà de la portée de ces dispositions, ce sont particulièrement les questions de cohérence juridique qui posent problème. Aussi, en dernière analyse, il convient de se demander comment doit être abordée l'articulation de ces deux dispositions considérant l'interprétation qui leur a été donnée dans l'arrêt *Kapp*. À notre avis, la première question qu'un tribunal devrait se poser est celle de savoir si le droit collectif invoqué est couvert par l'article 25 de la *Charte*. En cela, notre opinion se distingue de la méthode retenue par la majorité de la Cour dans l'affaire *Kapp*.

Dans le cas d'une réponse positive qui, suivant en cela l'opinion majoritaire, ne devrait survenir que lorsque des droits protégés constitutionnellement sont en cause, il y aurait alors lieu de s'interroger sur le conflit entre le droit visé par cet article et un autre droit protégé par la *Charte*, et cela conformément à l'analyse proposée par le juge Bastarache. Enfin, lorsqu'un tel conflit survient, l'article 25 jouerait le rôle de bouclier contre toute atteinte d'un droit individuel à un droit collectif. Encore une fois, l'opinion du juge Bastarache nous semble juste.

Par contre, dans le cas d'une réponse négative, c'est-à-dire lorsqu'un droit n'est pas visé par l'article 25, il y aurait alors lieu d'appliquer les dispositions prévues aux paragraphes 15(1) ou 15(2) en fonction du groupe de comparaison en cause. Enfin, lorsque l'atteinte à un droit individuel aura été démontrée, il restera à établir la justification de la règle de droit contestée dans le cadre d'une société libre et démocratique. De cette manière, la cohérence constitutionnelle nous semble mieux respectée.

3. Chroniques

La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008

Daniel Turp*

1. Loi et projet de loi
 2. Motions
 3. Déclaration ministérielle
 4. Questions et réponses orales
 5. Commissions parlementaires
-

1. Loi et projet de loi

*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*¹

Adopté le 10 juin 2008, la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne* ((Projet de loi n° 63)² présentée le 12 décembre 2009 est entrée en vigueur le même jour de sa sanction le 12 juin 2008. La loi ajoute une référence au principe de « l'égalité entre les femmes et les hommes » à l'alinéa du préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne*³. Elle insère un nouvel article 50.1 à la Charte qui se lit ainsi: « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes ».

*Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics (Projet de loi n° 99)*⁴

Présenté le 18 octobre 2007, le projet de loi modifie le Code de procédure civile en vue de favoriser le respect de la liberté d'expression et de prévenir

* Professeur à la Faculté de l'Université de Montréal et député de Mercier à l'Assemblée nationale du Québec (2003-2008).

¹ L. Q. 2008, c. 15.

² Voir Alexandre Régimbal, « La pratique parlementaire en droit constitutionnel au Québec en 2007 », (2007) 1 R.Q.D.C., accessible à l'adresse <http://www.aqdc.org/public/main.php?s=1&l=fr>.

³ Un ajout similaire est fait au premier alinéa du préambule de la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale* (L.R.Q., chapitre L-7) par l'article 3.

⁴ Le texte du projet de loi n° 99 est accessible à l'adresse

<http://www.assnat.qc.ca/FRA/38Legislature1/Projets-loi/Publics/08-f099.htm>

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

l'utilisation abusive des tribunaux qui pourrait être faite au moyen de procédures, notamment pour limiter le droit des citoyens de participer à des débats publics.

À cette fin, ce projet de loi prévoit des dispositions permettant notamment de prononcer rapidement l'irrecevabilité de toute procédure abusive. Il prévoit ce qui peut constituer une procédure abusive et autorise, lorsque l'abus apparaît à sa face même, le renversement du fardeau de la preuve.

En outre, il permet notamment aux tribunaux d'ordonner le versement d'une provision pour frais, de déclarer la poursuite abusive, de condamner une partie au paiement des honoraires et débours extrajudiciaires de l'autre partie, ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts punitifs.

Ce projet de loi est mort au feuillet en raison de la dissolution de la 38^e législature le 5 novembre 2008.

2. Motions

21 mai 2008, Motion affirmant « que la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge à la Cour suprême du Canada⁵

M. Dumont: Alors, je désire présenter la motion suivante conjointement avec le premier ministre et la chef du deuxième groupe d'opposition:

« Que l'Assemblée nationale du Québec affirme que la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada. » [...]

M. Dumont: Oui. Merci, Mme la Présidente. Alors, le départ à la retraite du juge Bastarache a ouvert le débat sur la nomination évidemment d'un remplaçant, d'un autre juge au plus haut tribunal du Canada.

Nous comprenons tous l'importance de cette nomination. D'ailleurs, le Québec, dans des accords comme l'accord du lac Meech, le Québec a fait des revendications quant aux nominations, mais, à ce point-ci, la question plus

⁵ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 86, 21 mai 2008, p. 4256
(http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080521.htm#_Toc199225724)

précise qui se pose, la question qui est soulevée, c'est la question de la maîtrise de la langue française.

Tous comprennent que la Cour suprême, dans son travail, a un rôle extrêmement important, un rôle qui déborde le simple jugement, l'application des lois ou le jugement de différentes causes. Mais un juge à la Cour suprême et la Cour suprême dans son ensemble arrivent à un niveau de décision qui influence l'évolution du pays, l'évolution de son droit constitutionnel qui, à un certain point, va trancher les grandes tendances, les grands enjeux. On attend donc des gens qui seront à ce tribunal un certain nombre de compétences, j'oserais dire de compétences exceptionnelles. Il va sans dire qu'il faut avoir, sur le plan du droit, des compétences exceptionnelles, mais il est attendu de ceux qui sont nommés à la Cour suprême une mesure supérieure en termes de compétences, donc de compréhension des réalités diverses qui existent au Canada.

Bien sûr, j'inclus là-dedans une compréhension des langues, des deux langues officielles du Canada, compréhension de la langue qui donne, dans notre esprit, ce que je qualifierais d'un accès direct, hein, un accès... Les services de traduction existent. Ils permettent toutes sortes de choses. Mais, dans la compréhension de l'évolution du Canada, de ses tendances, de ses nuances, il y a là un atout certain que d'avoir un accès direct aux deux langues officielles du Canada, donc une maîtrise du français, d'avoir, à travers cet accès à la langue, une espèce de parallèle qui vient avec qui est un accès direct à la culture qui vient à travers la langue française.

Pour évaluer des situations, parfois, dans la vie, il faut les évaluer ou se questionner en les évaluant sur l'effet miroir, hein, sur qu'est-ce qui arriverait si c'était autrement. Alors, dans ce cas-ci, ce questionnement prend la forme suivante: Pourrait-on imaginer qu'à la veille d'une nomination à la Cour suprême du Canada on fasse l'évaluation de la candidature d'un juge qui ne maîtriserait pas, qui ne parlerait pas du tout l'anglais? Poser la question, c'est y répondre. Je pourrais citer différents chroniqueurs, éditorialistes qui se sont posé la question. Yves Boisvert en est un. Il disait: « Imaginerait-on un francophone unilingue à la Cour suprême, sous prétexte qu'il existe un excellent service de traduction? Évidemment non. Faudrait-il un interprète chaque fois que les juges se rencontrent? Si on ne se pose pas la question, c'est qu'on tient tous pour acquis que tous les juges maîtrisent l'anglais. »

Alors, le pendant de ça, le corollaire de ça, c'est que je pense qu'il est pertinent, je pense qu'il est utile que notre Assemblée nationale s'exprime sur

cette question-là, que notre Assemblée nationale saisisse cette occasion, ce moment de questionnement, ce moment de flottement à la veille d'une nomination pour bien exprimer l'importance pour nous qu'une personne qui soit nommée à la Cour suprême, qui, dans les années qui viennent, ait un mot à dire sur des grandes questions d'éthique, d'évolution du Canada, jugements constitutionnels qui affectent l'équilibre des pouvoirs, des responsabilités dans le fonctionnement du système politique qui nous gouverne, que cette personne-là détienne la maîtrise du français parmi les nombreuses compétences exceptionnelles qui sont attendues. [...].

Mme Marois: Merci, Mme la Présidente. Je prends à mon tour la parole sur cette motion qui veut que l'Assemblée nationale du Québec affirme ce qui devrait être pourtant une évidence, c'est-à-dire l'exigence que les neuf juges de la Cour suprême du Canada maîtrisent la langue française. Il est pour le moins surprenant de constater qu'à l'heure actuelle certains juges sont incapables de comprendre le français, alors que les lois sont régulièrement interprétées, débattues en langue française et que les avocats bien sûr peuvent adresser leur plaidoirie dans cette même langue. Ce qui nous apparaît étrange, c'est que nous sentions le besoin, aujourd'hui, d'adopter une motion pour affirmer ce qui me semble être une évidence.

Le gouvernement conservateur a nommé en 2006 Marshall Rothstein, juge unilingue anglophone, qui remplaçait John Major, lui aussi unilingue anglais. Cette fois, c'est le départ du juge Michel Bastarache qui ramène la discussion sur la nomination d'un autre juge unilingue anglais. Comme le mentionnait si bien le chef de l'opposition, imaginez-vous seulement une seconde qu'un juge unilingue francophone soit nommé à la Cour suprême. Au Canada anglais, jamais on n'accepterait une telle chose, et vous pouvez facilement imaginer le tollé.

Le combat que le Québec mène a toujours été que la présence des trois juges du Québec à la Cour suprême soit reconnue d'abord dans le texte de la Constitution de 1867. Vous allez me permettre de rappeler que le rapport du ministre des Affaires intergouvernementales, qui date de 2001, demandait que le gouvernement fédéral instaure un mécanisme permettant au gouvernement du Québec de participer à la nomination de trois des neuf juges à la Cour suprême. Ce même rapport demandait également que la présence de trois juges de droit civil soit protégée par le texte de la Constitution. Même le ministre de la Justice et Procureur général a réitéré cette demande à son homologue. Force est de constater que jusqu'à maintenant le gouvernement a été incapable de livrer la marchandise.

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Ce que l'Assemblée nationale doit affirmer, aujourd'hui, d'une seule voix, c'est qu'il est complètement inacceptable que la maîtrise de la langue française ne soit pas une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge à la Cour suprême. [...]

M. Charest: Merci, Mme la Présidente. Et je veux d'emblée vous dire que nous souscrivons à cette motion que l'Assemblée nationale présente, tous les parlementaires à l'Assemblée voudront sans doute y apporter leur appui.

Et j'aimerais également vous dire qu'à la première occasion, lorsqu'une information a été rendue publique que le gouvernement fédéral allait peut-être nommer un juge à la Cour suprême qui n'avait pas une connaissance du français, le ministre de la Justice a agi sur-le-champ. Le 29 avril dernier, il a pris contact avec son vis-à-vis du Nouveau-Brunswick, qui, vous le devinez, compte tenu de la situation linguistique au Nouveau-Brunswick, qui est une province qui est officiellement bilingue... Ils ont tous les deux posé un geste rare, celui d'écrire une lettre qu'ils ont signée conjointement, adressée au ministre de la Justice fédéral pour demander effectivement que le prochain juge à la Cour suprême, le prochain candidat soit bilingue, capable de communiquer à la fois en anglais puis en français. Alors, je tiens à le remercier, au nom de tous les parlementaires, d'avoir agi avec célérité. Il comprenait très bien, je pense, à quel point c'est un sujet important pour l'avenir de la cour et à quel point c'est un sujet qui indirectement, même si c'est indirectement, a un impact sur la vie des Québécois.

Et, pour comprendre la signification de ce geste, il faut remonter loin dans notre histoire. Rappelons-nous qu'en 1774, en 1774 déjà, dans l'Acte de Québec, la couronne britannique posait un geste qui est devenu un acte fondateur pour ce qui allait devenir le Canada. Lorsqu'ils ont reconnu la religion catholique, qui était synonyme de notre langue, ils ont reconnu également le droit civil qui était en vigueur sur le territoire, ce qui était le territoire québécois à l'époque. Ce geste-là est important et s'est répercuté plus loin dans notre histoire. Donc, au moment où la Cour suprême a été constituée, la décision fut prise qu'il y aurait trois juges sur neuf, à la Cour suprême, qui seraient issus du Barreau du Québec. Et la loi actuelle de la Cour suprême du Canada prévoit qu'obligatoirement trois juges qui siègent à la cour doivent donc être issus du Barreau du Québec. Pourquoi? C'est notre régime de droit.

J'ouvre une parenthèse, Mme la Présidente, pour vous parler de la signification de ce que c'est, un régime de droit, en empruntant un exemple. Je

connais une personne, une jeune personne qui est allée faire un cours de droit, d'introduction au droit chinois, un programme qu'offre l'Université de Montréal récemment. Cette personne-là est revenue, m'a raconté ceci. Son cours a été une introduction à la fois à l'histoire et à la culture chinoise. Pourquoi? Parce que nos lois, ce que nous faisons ici, c'est la codification de ce que nous sommes dans toutes nos dimensions, sur le plan de notre culture, de nos valeurs, de nos choix de société. C'est notre histoire également. La loi, c'est la synthèse, dans une certaine mesure, de ce que nous sommes. C'est le lien que nous devons faire entre la loi et la langue. Et la connaissance de la langue, c'est plus que la connaissance de quelques mots et c'est davantage... une connaissance d'une interprétation ou d'une traduction. La connaissance d'une langue, c'est la connaissance d'une culture, d'une réalité. Et ceux et celles qui sont appelés à interpréter cette réalité et à prendre des décisions qui auront un impact très important sur nos vies doivent, par notre langue, connaître cette réalité. C'est ce qui fait de très bons juges au point de départ, avant même de connaître le droit, les articles du Code criminel, les articles du Code civil. C'est ce que nous attendons de la part de ceux et celles qui siègent sur ce tribunal et qui prennent des décisions qui auront un impact très important sur nos vies.

Alors, voilà une explication qui n'est peut-être pas celle qu'on attendait, qui est peut-être fort simple, mais qui explique à quel point la connaissance de la langue française, elle est importante, très importante. Ce n'est pas un choix. Et le message qu'on envoie aujourd'hui au gouvernement fédéral, c'est que ce n'est pas optionnel, au moment où on nomme un juge à la Cour suprême, que de connaître la langue française et de pouvoir connaître le Québec également et les communautés francophones hors Québec aussi. Parce que, il faut le dire, ce n'est pas uniquement le Québec, c'est des sociétés acadiennes et francophones hors Québec dont il s'agit dans cette demande... pas cette demande, dans cette exigence que nous transmettons au gouvernement fédéral.

M. le Président, le gouvernement fédéral actuel a voulu parler de fédéralisme d'ouverture et se distinguer dans sa façon de pratiquer le système fédéral. Nos attentes à nous, c'est qu'il sera conforme, ses décisions seront conformes à sa volonté annoncée et que le prochain et tous les juges qui seront nommés à la Cour suprême connaîtront bien le français et les deux langues officielles au Canada.

Mise aux voix [...]

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Le Secrétaire: Pour: 99 ; Contre: 0 ; Abstentions: 0

La Vice-Présidente (Mme Houda-Pepin): Cette motion est adoptée. Je vous informe que cette motion adoptée unanimement sera transmise au président de la Chambre des communes à Ottawa ainsi qu'au président du Sénat.

22 mai 2008- Motion visant à « Réitérer la volonté de l'Assemblée de promouvoir la langue, l'histoire, la culture et les valeurs de la nation québécoise, de favoriser l'intégration de chacun et de témoigner de son attachement au patrimoine religieux et historique »⁶

M. Charest: Merci, M. le Président. Alors, je propose à l'Assemblée la motion sans préavis suivante:

« Que l'Assemblée nationale réitère sa volonté de promouvoir la langue, l'histoire, la culture et les valeurs de la nation québécoise, favorise l'intégration de chacun à notre nation dans un esprit d'ouverture et de réciprocité et témoigne de son attachement à notre patrimoine religieux et historique représenté notamment par le crucifix de notre salon bleu et nos armoiries ornant nos institutions. »

Mise aux voix [...]

Le Secrétaire: Pour: 100; Contre: 0; Abstentions: 0

Le Président: Alors, cette motion est adoptée

3. Déclaration ministérielle

22 mai 2008- Dépôt du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles⁷

M. Charest: M. le Président, j'arrive d'un voyage en France où j'ai fait un arrêt à Brouage. C'est là qu'est né Samuel de Champlain, un immigrant qui a fondé notre nation. Pour souligner le quatrième centenaire de son voyage,

⁶ Assemblée nationale, *Journal des débats*, 22 mai 2008, vol. 40, n° 87 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080522.htm#_Toc199311996).

⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 87, 22 mai 2008, p. 4281 (<http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080522.htm>).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

nous avons organisé pour le monde entier une grande fête sous le thème de la rencontre. De ces milliers de rencontres qui se sont produites sur 400 ans est né le Québec. De ces rencontres est née notre nation et une volonté commune de vivre ensemble, de vivre en français, de vivre égaux entre femmes et hommes, de séparer l'État et la religion. Venir à la rencontre du Québec, c'est venir à la rencontre des Québécois, c'est adopter et partager nos valeurs communes. Au nom de tous les Québécois, je remercie MM. Bouchard et Taylor qui ont permis aux citoyens de s'exprimer sur cet enjeu fondamental de la rencontre et de la manière de vivre ensemble. Ce rapport aura des suites.

Les commissaires constatent comme nous que toutes les sociétés d'accueil du monde vivent d'intenses questionnements sur des enjeux d'immigration et d'identité. C'est notre époque. Chez nous, au Québec, il y a deux réalités qui donnent à ce débat un caractère particulier. La première est démographique: notre nation, majoritairement francophone, représente 3 % de la population du continent. Nous n'avons pas cette force du nombre qui impose, par son seul poids, une manière de vivre. La deuxième raison est historique: pendant plus de trois siècles, les communautés religieuses, en particulier catholiques, ont soigné les malades et éduqué les enfants. Avec la Révolution tranquille, notre société est devenue laïque. Ce changement s'est fait très rapidement.

Aucune société ne peut réussir en se repliant. Pour que notre nation et notre économie puissent continuer à grandir, nous devons continuer d'accueillir. L'immigration n'est pas un droit, immigrer au Québec, c'est un privilège, et l'accueil des immigrants, pour tous les Québécois, est une responsabilité. Entre les deux, il faut savoir tracer la ligne. Les Québécois ont parfaitement le droit de décider dans quelle société ils veulent vivre.

Il y a des valeurs au Québec qui ne sont pas négociables. De ces valeurs découlent des responsabilités. Comme premier ministre du Québec, j'assume au premier chef la responsabilité suprême de protéger et perpétuer la langue française. Les nouveaux arrivants et les communautés culturelles doivent la parler. Voilà un point de rencontre entre les minorités et la majorité. Comme citoyens, nous devons aussi respecter les convictions personnelles de chacun, et, de son côté, l'État, qui est au service de tous, doit affirmer la laïcité de nos institutions.

Dès aujourd'hui, j'annonce que les actions de mon gouvernement, inspirées par la commission, prévoient notamment un renforcement de la francisation avant l'arrivée des immigrants, une déclaration signée par laquelle les candidats à l'immigration s'engageront à adhérer aux valeurs communes de

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

notre société, un mécanisme qui aidera les décideurs à traiter les questions d'accommodement dans le respect de la laïcité de nos institutions. De plus, je demande aux parlementaires de collaborer à l'adoption du projet de loi n° 63 qui vise à amender la Charte des droits et libertés pour affirmer l'égalité des femmes et des hommes. Et, dès aujourd'hui, je demande aux 125 parlementaires de notre Assemblée, qui sont directement concernés, d'adopter une motion par laquelle l'Assemblée nationale réitère sa volonté de promouvoir la langue, l'histoire, la culture et les valeurs de la nation québécoise, favorise l'intégration de chacun à notre nation dans un esprit d'ouverture et de réciprocité et témoigne de son attachement à notre patrimoine religieux historique, représenté notamment par le crucifix de notre salon bleu et nos armoiries ornant nos institutions.

Je demande à mes collègues parlementaires ainsi qu'à tous les Québécois de toutes origines de relayer mon appel à aller à la rencontre de l'autre. Nous n'avons pas tous la même origine, pourtant nous avons la même destinée car nous sommes tous Québécois. [...]

M. Dumont: M. le Président, cette importante journée fait suite à une année intensive de débats, de discussions, une grande commission, créée par le premier ministre, qui a animé notre société. Après avoir entendu cette déclaration ministérielle, notre réaction ne peut pas être autre que: c'est impossible d'avoir eu un aussi grand dérangement pour si peu. Si notre formation politique est prête certainement à examiner puis à concourir à la réalisation des gestes très minimaux sur lesquels, pour plusieurs, nous travaillons déjà de concert avec le gouvernement, comme le projet de loi n° 63, il s'avère que, sur le total, cette déclaration est un geste nettement insuffisant, surtout dans la matière où le rapport de la commission Bouchard-Taylor est le plus faible, soit l'affirmation de notre identité. Sur ce sujet, la déclaration du premier ministre n'offre aucune piste.

Il appartient aujourd'hui aux élus de l'Assemblée nationale d'assumer le leadership qui s'impose. Pour unir les Québécois derrière une vision commune de leur avenir, il nous appartient, élus, de tracer la ligne, d'affirmer l'identité québécoise et de proposer les mesures qui permettront au Québec de réussir pleinement l'intégration de ceux et celles qui l'ont choisi.

Le destin du Québec est lié à sa géographie. Seul État francophone d'Amérique du Nord, entouré d'un océan anglophone, le gouvernement du Québec a le devoir de veiller à ce que notre société s'appuie sur une identité forte et stimulante qui suscite l'adhésion. Le Québec constitue l'une des

sociétés d'accueil les plus ouvertes et les plus tolérantes. L'ouverture n'est cependant pas synonyme d'aplentrisme. En choisissant le Québec, on choisit une société distincte en Amérique, une nation fière de son histoire, de sa langue et fortement attachée à des valeurs communes ainsi qu'à des institutions.

L'interculturalisme sur lequel on s'appuie dans le rapport, il implique un dialogue entre les citoyens adhérant à une culture normative et les citoyens issus de cultures différentes qui viennent se joindre. Tout en insistant sur la notion d'interculturalisme, le rapport de la commission néglige un aspect fondamental de celle-ci, le rapport demeure muet quant au renforcement, l'affirmation de cette culture normative qui correspond à celle de la majorité francophone de la société d'accueil. Or, pour être porteur, l'interculturalisme québécois doit reconnaître l'existence de marqueurs d'identité tant sur le plan de nos institutions, de nos valeurs communes que sur le plan socioculturel.

Dans cet esprit, nous proposons une démarche autonomiste qui repose sur trois axes fondamentaux:

Premièrement, une constitution québécoise. Depuis plusieurs années, nous militons pour que le Québec se dote de sa propre constitution interne. Une constitution, c'est comme une carte de visite qui illustre au monde ce que nous sommes. Une constitution permet d'affirmer les valeurs partagées par les membres d'une société. Une constitution, c'est aussi un acte fondateur structurant pour l'avenir d'une société. Nous avons toujours défendu l'idée que, pour être adoptée, une constitution doit chercher à unir. Toute démarche en ce sens doit être résolument non partisane. En ce 400^e anniversaire de la fondation de Québec, je tends à nouveau la main au premier ministre pour que se réalise ce projet collectif;

Deuxièmement, la reconnaissance du Québec. Le rapport Bouchard-Taylor évacue trop rapidement la dimension canadienne de la problématique des accommodements. Or, force est de constater que la Constitution de 1982, imposée au Québec sans le consentement de cette Assemblée, a eu des effets déstructurants beaucoup plus importants que nos dirigeants de l'époque ne pouvaient même l'imaginer. À cet égard, l'objectif sous-jacent à l'article 27 de la Charte canadienne des droits et libertés ne correspond pas adéquatement à la réalité du Québec. Nous souhaitons qu'il soit amendé formellement pour que l'on y retrouve une reconnaissance constitutionnelle de la nation québécoise, que le Québec constitue une société d'accueil, ainsi que la claire prépondérance de la langue française sur le territoire québécois;

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Troisièmement, un leadership gouvernemental. La composition de la société québécoise évolue. Le visage du Québec a changé. Depuis trop longtemps, on a laissé les gestionnaires publics seuls devant des situations d'accommodement sans pour autant leur donner des balises auxquelles se référer. Sur le terrain, ces derniers ont plus souvent qu'autrement fait de leur mieux. Une politique gouvernementale s'impose. Selon nous, elle doit s'articuler sur deux plans, soit le respect du patrimoine culturel du Québec et la séparation de l'Église et de l'État.

Les mesures que nous proposons s'inscrivent au sein d'une démarche autonomiste où le Québec assume pleinement son destin et son développement. Une constitution interne intégrant nos valeurs communes permettra de faire du Québec une société plus forte et plus unie. Une modification constitutionnelle à la Charte canadienne des droits et libertés permettra de redonner toute son importance à la réalité du Québec. Un leadership clair du gouvernement facilitera le travail des milliers de gestionnaires publics qui vivent sur le terrain la problématique des accommodements.

M. le Président, nous sommes prêts, nous, à nous mettre au travail pour un vrai suivi à cette importante démarche du peuple québécois. Aujourd'hui, les Québécois attendent beaucoup de nous, pas de faire semblant. Merci, M. le Président. [...]

Mme Marois: Merci, M. le Président. Permettez-moi d'abord de saluer la contribution des commissaires, MM. Bouchard et Taylor, pour le travail accompli. Merci aussi à toutes les Québécoises et tous les Québécois qui ont participé à cette commission. Ils ont, croyons-nous, permis la tenue d'un débat essentiel. Je salue la volonté du premier ministre de réaffirmer nos valeurs communes: de vivre en français, vivre égaux entre les hommes et les femmes, séparer la religion et l'État. Tous se doivent de partager ces valeurs.

Après une première lecture, cependant, nous estimons que le rapport de la commission passe à côté de l'essentiel. Il ne va que dans un sens. Or, il existe un malaise identitaire au Québec auquel on se doit de répondre, nous, leurs représentants, les représentants du peuple québécois.

De toute évidence, le premier ministre ne veut pas répondre de manière forte à ce malaise identitaire. Pourtant, il est conscient de ses causes, il vient d'indiquer lui-même que les Québécois représentent moins de 3 % de la population de ce continent. Il entend poser quelques gestes, certes, comme

instaurer un contrat d'intégration, un renforcement de la francisation. Ces propositions, je me permets de le rappeler, M. le Président, se retrouvaient d'ailleurs dans les projets de loi n^{os} 195 et 196 que j'ai déposés l'automne dernier et qui prévoyaient et prévoient toujours l'adoption d'une constitution pour le Québec. J'estime que, dans sa réponse, le premier ministre ne va pas assez loin. Les valeurs communes dont il parle doivent être inscrites dans les codes qui régissent le vivre-ensemble québécois au même titre que l'égalité entre les hommes et les femmes. La prédominance de la langue française, la promotion de la culture québécoise ou la laïcité des institutions doivent être inscrites dans nos lois. Aussi, nous croyons qu'il est impératif de renforcer la loi 101 afin de véritablement faire du français la langue commune du Québec.

La question de l'identité, elle exige plus que des demi-mesures; elle doit aller au-delà des symboles. Elle exige de nous tous un engagement permanent et la proposition de solutions qui s'inscrivent dans nos lois, dans les chartes qui guident nos institutions. Cependant, la véritable solution à cette inquiétude reste, pour le Québec, de détenir tous les pouvoirs, soit ceux d'une majorité nécessaire sur son territoire. Cet acte fondateur, il se nomme la souveraineté du Québec, M. le Président.

Le Président: Je cède maintenant la parole, pour son droit de réplique, à M. le premier ministre.

M. Charest: M. le Président, j'aimerais à nouveau... parce que je pense qu'il y a là-dedans une coïncidence qui va au-delà des circonstances, la présence de deux anciens premiers ministres français qui sont avec nous aujourd'hui, témoins de ce débat qu'ils nous ont légué 400 ans après le passage de Samuel de Champlain [...] Sans doute seront-ils inspirés par nos propos et sans doute chercheront-ils aujourd'hui dans nos propos ce point de rassemblement qui a fait la force du peuple québécois.

Si nous sommes toujours ici 400 ans après le passage de Champlain, c'est parce que chaque génération a su accepter cet héritage reçu de nos ancêtres de préserver notre langue, notre culture et de travailler ensemble. Nous avons également été capables d'accueillir des femmes et des hommes de partout sur la planète pour venir construire avec nous la société québécoise et nous devons à l'avenir continuer à accueillir des hommes et des femmes de partout sur la planète pour continuer de construire la société québécoise. C'est pour nous une grande responsabilité. On doit le faire dans un contexte où on respecte nos valeurs, où on est capables justement de créer ce point de rencontre où ensemble nous allons nous donner une société qui est juste, une

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

société francophone, une société qui respecte l'égalité entre les femmes et les hommes et la laïcité pour que nous puissions créer un espace de liberté pour chacun aussi. C'est cet espace de liberté dont on parle, cet espace de liberté qui nous donne, à chacun, l'occasion de faire sa contribution.

Mon souhait aujourd'hui, c'est que nous puissions être le plus unis possible, et au chef de l'opposition je lui dirais que ses suggestions sont bienvenues, qu'elles l'étaient également au moment où la commission Bouchard-Taylor siégeait et qu'on aurait aimé les entendre. Et à la chef de la deuxième opposition je lui rappellerai que son projet de loi contient des éléments que tout le monde a relevés comme étant des éléments importants mais qu'il divise également. Et, pour cette journée à l'Assemblée nationale du Québec, nous voulons une journée où nous sommes capables de nous réunir et être unis.

Je terminerai avec une anecdote, une histoire que j'ai vécue, qui marque nos vies. Je suis allé dans une école de mon comté, qui s'appelle l'école des Quatre-Vents, dans un quartier où il y a plusieurs enfants qui viennent de partout sur la planète. On dit qu'il y a une vingtaine de pays qui sont représentés. Je suis allé annoncer un gymnase, M. le Président, un magnifique projet d'infrastructure dans une école qui est sur deux sites différents. Ils ont réuni les enfants dans une grande salle. Ils étaient assis par terre pendant que les adultes couronnaient, étaient autour de la salle: les professeurs, les commissaires d'école, les comités de parents. Il y avait également évidemment des parents qui étaient venus être témoins de l'annonce.

Pour animer mon annonce, M. le Président, j'ai demandé aux enfants... Devant autant de diversité, je leur ai demandé, aux enfants: Qu'est-ce qui fait que votre école est différente? Alors, les mains se sont levées, vous imaginez, 300 enfants! Un premier enfant m'a répondu que « chez nous, ce qui différencie mon école, c'est qu'on recycle les piles ». Au deuxième enfant, je le lui ai demandé, il m'a dit: On fait du compostage. Le troisième enfant m'a dit: On n'a pas de gymnase. [...] Le quatrième enfant m'a dit: On est sur deux sites différents. Le cinquième enfant m'a dit: On aime bien notre professeur. Je pense que c'était Mme Houle. Finalement, il y a un commissaire d'école qui a fait signe à un enfant de me donner la réponse que j'attendais, que, « dans notre école, bien on est différents, il y a des enfants qui viennent de partout sur la planète ».

Je n'oublierai jamais cette journée et l'expérience que j'ai vécue. Je me suis arrêté, je me suis adressé aux parents qui étaient autour de la salle et j'ai dit aux parents: Vous savez exactement ce que j'attendais comme réponse quand

j'ai posé la question. Vous le saviez. Les parents hochaient de la tête. Mais les enfants qui étaient dans cette salle ne voyaient pas ce que, nous, on voyait, les adultes. Ils ne voyaient pas les différences que, nous, on voyait. Ce que ces enfants voyaient ce jour-là, c'est tout ce qu'ils font et tout ce qu'ils vivent en commun. Pour moi, l'avenir du Québec est entre les mains de ces enfants et de tous ceux et celles qui sont capables de voir ce que nous, les Québécois, avons en commun pour construire l'avenir du Québec.

4. Questions et de réponses orales

2 avril 2008- Reconnaissance constitutionnelle du concept de nation québécoise⁸

M. Dumont: [...] L'hypothèse ressurgit à Ottawa que cette reconnaissance du Québec comme nation que l'Assemblée nationale... le Parti québécois s'était fait tirer l'oreille un peu mais que l'Assemblée nationale avait reconnue comme une bonne nouvelle, que cette reconnaissance soit inscrite d'une façon formelle à l'intérieur de la Constitution canadienne.

En ce qui me concerne, moi, en ce qui concerne notre groupe parlementaire, ce serait une excellente chose que ça arrive. Je ne dis pas que c'est facile, mais on souhaite que ça arrive, que ça puisse se produire. On pense aussi que la force de l'Assemblée nationale, les forces de l'Assemblée nationale devraient être réunies en exprimant clairement cette volonté que cette reconnaissance du Québec comme nation puisse être inscrite à l'intérieur de la Constitution canadienne.

Ce qui est surprenant, frappant, atterrant, c'est de voir la réaction du premier ministre et du ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes: lorsqu'ils sont questionnés sur l'hypothèse, lorsque l'hypothèse est en discussion, ils sont comme mal à l'aise, ils sont eux-mêmes les éteignoirs de cette hypothèse, de cette proposition-là. Et on les a entendus, l'un et l'autre, souvent, nous dire: Oui, le fruit n'est pas mûr. On a l'impression que, dès que le soleil sort, c'est eux qui vont mettre le fruit à l'ombre. Puis un fruit à l'ombre, il finit par pourrir avant de mûrir. Alors, c'est ça, le danger qui guette les progrès du Québec, avec un gouvernement qui n'est pas capable de porter haut et fort les messages du Québec.

⁸ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 65, 2 avril 2008, p. 3688-3689 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080402.htm#_Toc194996950).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Alors, ma question au premier ministre: Pourquoi il n'est pas capable d'affirmer qu'il souhaite que le Québec soit reconnu comme une nation dans la Constitution canadienne? [...]

M. Charest: D'abord, je constate que le chef de l'opposition officielle, sur cette question-là, a retrouvé une certaine vigueur puis une certaine fermeté qu'il n'avait pas exprimées quand il est allé à Toronto et [...] Non, non, mais, malheureusement, là, c'est ça, l'histoire. Et là-dessus je tiens à redire, M. le Président, que cette question-là de l'adhésion du Québec à la Constitution canadienne, c'est une question qui devra un jour être réglée; là-dessus, tout le monde s'entend. Et ça inclut la question de la reconnaissance de la nation.

D'ailleurs, ce n'est pas la première fois qu'on en parle. Et, juste pour situer le chef de l'opposition officielle, j'avais eu l'occasion de le dire, moi. Ça a même fait la couverture frontispice de la revue *L'Express*. La photo n'est pas tellement bonne, M. le Président. J'ai beaucoup changé depuis ce temps-là. Moi, je pense que c'est pour le mieux, mais ça, c'est autre chose. Et donc, sur cette question-là, je n'ai jamais hésité à me présenter. D'ailleurs, je n'ai jamais hésité à rappeler que le premier premier ministre du Canada, en 1865, sir John A. Macdonald, disait lui-même que le Québec était une nation.

Cela étant dit, je veux clarifier une affaire au sujet du papier qui a été écrit dans le *Globe and Mail*, aujourd'hui. Le gouvernement fédéral n'a fait aucune démarche envers nous pour réouvrir la Constitution. Et, si une démarche comme celle-là devait se faire, je doute beaucoup que ce soit fait par un ministre du gouvernement dans une entrevue qu'il donne à un journal, aussi important soit-il — le journal, bien sûr. Et, M. le Président, M. le Président [...] si une démarche comme celle-là doit être entreprise, on s'attend à ce que le gouvernement fédéral...

M. Dumont: Oui. C'est bien intéressant de voir le ministre, là, se... le premier ministre se citer dans les magazines internationaux, se citer lui-même. La question n'est pas celle-là. La question, c'est qu'aujourd'hui cette hypothèse, cette hypothèse de reconnaissance du Québec comme nation dans la Constitution canadienne, elle ressurgit. Lui est interrogé là-dessus. Comment expliquer que, plutôt que de se faire le porteur de cette demande du Québec, de dire: Oui, c'est une demande du Québec, oui, on veut que ça arrive, on a l'impression qu'il est l'éteignoir de cette affaire-là? [...]

M. Charest: Bien, M. le Président, merci au chef de l'opposition officielle d'au moins souligner le fait que je peux effectivement me citer, dans le bon

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

sens du terme, parce qu'il y a une constance dans les positions que je défends sur cette question-là depuis très longtemps et qui remonte, en passant, à un document que notre parti a préparé, qui a été rendu public en 2001 et qui reflète parfaitement les positions de notre parti et de notre gouvernement depuis que nous sommes élus, en 2003. D'ailleurs, la feuille de route du gouvernement sur cette question-là témoigne des progrès réalisés: la reconnaissance du Québec comme nation, le fédéralisme asymétrique, une augmentation de 52 % des transferts fédéraux, l'accord sur l'UNESCO [...] l'accord sur le régime d'assurance parentale. Tout ça, ça fait partie de nos réalisations.

M. Dumont: Est-ce que le premier ministre saisit bien que son rôle à lui, c'est d'exprimer clairement les demandes du Québec? Et ce qu'on veut comprendre par rapport à cette reconnaissance comme nation dans la constitution: Est-ce qu'il ne le dit pas parce que ce n'est pas une demande ou il ne le dit pas parce qu'il a peur d'en faire la demande clairement? C'est ça qu'on veut comprendre, pourquoi il ne peut pas l'exprimer clairement. Et est-ce qu'il trouve normal qu'au Conseil des ministres à Ottawa, ça discute de la reconnaissance du Québec comme nation dans la constitution, mais qu'au Conseil des ministres à Québec, ça n'en discute pas? [...]

M. Charest: Bien, M. le Président, je vais répéter ce que j'ai dit il y a une minute: Aucune démarche n'a été entreprise par le gouvernement fédéral pour réouvrir la constitution. Et, si le chef de l'opposition officielle a une information contraire, qu'il nous le dise.

Et, sur cette question-là, nous avons justement défendu avec beaucoup de fermeté les intérêts du Québec. Ai-je besoin de lui rappeler qu'on le faisait au moment où on défendait les travailleurs dans le secteur forestier, les travailleurs dans le secteur manufacturier, alors que le chef de l'opposition officielle, au moment où il fallait concrètement défendre les intérêts du Québec, lui, il disait au gouvernement fédéral: Non, prenez votre temps, attendez à votre budget, rien ne presse? Alors, quand ça arrive à la défense des intérêts du Québec, je pense qu'il n'a aucune leçon à donner à personne. [...]

3 avril 2008- Réclamation auprès du gouvernement fédéral concernant la tempête de verglas de 1998⁹

⁹ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 66, 3 avril 2008, p. 3721 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080403.htm#_Toc195081697).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

M. Cloutier: M. le Président, on apprenait récemment que le ministre des Affaires intergouvernementales a laissé tomber un des dossiers les plus importants avec Ottawa. Dans une entrevue que le ministre a accordée en début d'année sur la question de la crise du verglas, dont l'article s'intitule *Québec n'espère plus d'argent*, le ministre affirme que les 435 millions réclamés par le gouvernement du Québec ne sont pas, et je le cite, «une obsession de la population et ils ne sont pas non plus une obsession pour le gouvernement du Québec».

M. le Président, si récupérer 435 millions, ce n'est pas une priorité pour le gouvernement, quelles sont les priorités du ministre des Affaires intergouvernementales? [...]

M. Pelletier (Chapleau): Oui, M. le Président. Le dossier de la crise du verglas est un dossier qui préoccupe encore notre gouvernement. D'ailleurs, nous en parlons à chaque occasion avec le gouvernement fédéral. La dernière fois, je tiens à en informer le député, c'était en janvier dernier, à l'occasion d'une conférence qui s'est tenue sur les mesures d'urgence. Nous avons amené nous-mêmes à la table le dossier de la crise du verglas et nous avons, à ce moment-là, senti une certaine ouverture de la part d'Ottawa. Alors, M. le Président, nous continuons, nous continuons à être extrêmement déterminés dans ce dossier, comme nous le sommes d'ailleurs dans tous les autres, M. le Président.

Et ça me permet d'ailleurs de rappeler un certain nombre d'accomplissements de ce gouvernement depuis 2003, notamment l'augmentation des transferts fédéraux de 52 %, M. le Président, depuis que nous formons le gouvernement du Québec. Alors, M. le Président, 52 %. 52 %, pour ceux qui n'ont pas compris. Alors, M. le Président, donc je pense que nous avons fait nos preuves en ce qui concerne notre détermination. Non seulement nos accomplissements témoignent de notre volonté politique [...] mais notre détermination est toujours au rendez-vous, M. le Président.

M. Cloutier: Mais, M. le Président, pour ceux qui n'ont pas compris, c'est aussi 1,2 milliard de moins qu'en 1994-1995, les transferts fédéraux.

Est-ce que la ministre des Finances pourrait expliquer à son ministre des Affaires intergouvernementales qu'elle n'aurait pas été obligée d'avoir un budget déficitaire si le ministre faisait sa job aux Affaires intergouvernementales? [...]

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

M. Pelletier (Chapleau): Je pense, M. le Président, que le député de Lac-Saint-Jean ne devrait pas s'avancer dans des domaines économiques ou financiers, parce que visiblement, visiblement, il ne connaît pas ses chiffres. [...] D'ailleurs, M. le Président, c'est le même député qui a conseillé à la chef du deuxième parti d'opposition de mettre dans son projet de loi sur l'identité du Québec des choses qui étaient inconstitutionnelles, M. le Président. Alors, non seulement il devrait revoir ses concepts de droit constitutionnel, mais aussi ses concepts de finances publiques.

23 avril 2008- Rapatriement des pouvoirs en matière de radiodiffusion et de télécommunications¹⁰

Mme Marois: Merci, M. le Président. J'ai aussi été étonnée, comme l'opposition officielle, des réactions des ministres du gouvernement ce matin. Cependant, je voudrais aborder un autre aspect de la question qui concerne les communications.

On sait que, de tout temps, le gouvernement du Québec, entre autres celui de Robert Bourassa, a eu comme position de rapatrier au Québec les compétences en matière de communications et de télédiffusion. Lawrence Cannon, qui est actuel ministre des Transports, avait dit à l'époque: Le Québec doit pouvoir déterminer les règles de fonctionnement des systèmes de radio et de télévision, contrôler les plans de développement des réseaux de télécommunications, tarification des services, de même que réglementation des nouveaux services de télécoms. Le Québec ne peut laisser à d'autres le contrôle de la programmation des médias électroniques sur son territoire. Pour y arriver, le Québec doit avoir pleine juridiction et avoir recours à un seul organisme de réglementation.

À chaque fois qu'un événement comme celui qui se produit aujourd'hui... c'est évidemment... et nous en serons s'il le faut, c'est le pèlerinage obligatoire à Ottawa pour faire valoir la différence ou les intérêts du Québec devant le CRTC.

Est-ce que le premier ministre juge, comme moi et comme tous ses prédécesseurs responsables des communications au gouvernement du Québec, qu'il serait temps de rapatrier au Québec les compétences dans ce domaine, M. le Président? [...]

¹⁰ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 74, 23 avril 2008, p. 3889-3890 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080423.htm#_Toc196806624).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

M. Charest: Bien, d'emblée, M. le Président, vous me pardonnerez si je ne résiste pas à la tentation de remercier la chef de la deuxième opposition de nous appuyer dans notre réforme du fédéralisme. D'autant plus que notre parti avait, dès 2001, dans un document qui a fait foi de document de référence dans notre action au niveau des relations intergouvernementales, avait tracé la route et le parcours que nous avons suivis, depuis 2003, avec succès, dans plusieurs, plusieurs changements à la gouvernance du système fédéral.

Et à cela j'ajouterais qu'à la dernière campagne électorale, sur cette question précise, nous avons effectivement annoncé nos couleurs sur la négociation d'une entente qui nous permettrait effectivement d'avoir un contrôle plus direct sur le secteur des télécommunications. Alors, ça remonte à il y a un an très exactement.

Je prends acte par ailleurs, M. le Président, et je remercie la chef de la deuxième opposition de s'être jointe à nous dans cette volonté — j'espère, j'espère que l'opposition officielle va s'élever un petit peu aujourd'hui — de parler d'une seule voix à l'Assemblée nationale, aujourd'hui, parce que je pense... je ne le pense pas, je sais qu'on est devant un cas très précis où le fait de parler d'une seule voix et unanimement fera une différence dans les décisions qui seront prises. Mais on doit, aujourd'hui, mettre en garde le gouvernement fédéral que le Conseil des ministres et tous les partis politiques seront également interpellés. Il ne faut pas hésiter à aller jusque-là, et j'espère que le chef de l'opposition officielle, qui n'a pas... ne s'est pas joint à moi là-dessus à ce jour, à ce moment-ci, se joindra à nous pour dire au gouvernement fédéral et à tous les partis politiques. [...] qu'ils auront des comptes à rendre sur les décisions... [...]

Mme Marois: Merci, M. le Président. Je comprends donc que le premier ministre serait prêt à ce que nous travaillions ensemble à rapatrier au Québec les compétences du Québec dans le domaine des communications. Entre-temps cependant, dans la situation actuelle, est-ce que le premier ministre accepterait de s'engager à exiger que des audiences publiques du CRTC sur cette question se tiennent à Québec? [...]

M. Charest: Ça me paraît être une suggestion constructive, M. le Président. Et je pense qu'on doit saisir toutes les occasions. Et là on est vraiment... on est placés devant une situation où on va accepter toutes les suggestions qui seront faites de part et d'autre. Alors, ce n'est pas une question de partisanerie, là, entendons-nous, là, nous voulons que TQS puisse survivre et que TQS puisse continuer à servir les Québécois en diffusant de l'information de qualité et

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

dans chacune des régions. Alors, si ça contribue à atteindre l'objectif, nous sommes pleinement en accord.

D'ailleurs, sur cette question, M. le Président, j'ai devant moi une lettre que les ministres St-Pierre... c'est-à-dire la ministre des Communications [...] et le ministre des Affaires intergouvernementales ont fait parvenir au gouvernement fédéral...

24 avril 2008- Rapatriement des pouvoirs en matière de radiodiffusion et de télécommunications¹¹

Mme Marois: Merci, M. le Président. Cette semaine n'a pas été une semaine heureuse dans le monde des médias: d'abord, le premier anniversaire du conflit de travail au *Journal de Québec* et l'annonce dévastatrice pour TQS. On constate plus que jamais la nécessité que, partout au Québec, nous ayons accès à une information régionale riche et diversifiée. En ce sens, nous défendrons et appuierons la place de TQS dans l'information.

Les débats sur la radio et la télédiffusion touchent bien sûr notre culture, notre appartenance au territoire québécois, mais plus fondamentalement notre identité. C'est pourquoi tous les gouvernements du Québec ont demandé le rapatriement des pouvoirs du CRTC.

Nous proposons d'ailleurs, aujourd'hui, conjointement avec l'ADQ, l'adoption de la motion suivante:

« Que l'Assemblée nationale exige du gouvernement du Québec qu'il entame dans les meilleurs délais des négociations avec le gouvernement fédéral en vue du rapatriement au Québec des pouvoirs en matière de radiodiffusion et de [télédiffusion]. »

Le Parti libéral refuse cette motion. Or, depuis son élection, le premier ministre n'a rien fait dans le dossier, et l'action de ses ministres se résume à un échange de courrier avec ses homologues fédéraux.

¹¹ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 75, 24 avril 2008, p. 3902-3903 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080424.htm#_Toc196893043).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Est-ce que le premier ministre peut nous expliquer pourquoi lui-même, comme premier ministre, a évité de mener la bataille avec le gouvernement fédéral afin de rapatrier les compétences du CRTC? [...]

M. Charest: Ce que la chef de la deuxième opposition propose aujourd'hui, M. le Président, c'est de rouvrir la Constitution pour venir en aide aux travailleurs de TQS, de relancer des négociations constitutionnelles pour l'affaire... pour ce qui se passe actuellement à TQS. C'est ce qu'elle propose aujourd'hui, c'est ce que les députés du Parti québécois proposent. Avouons, M. le Président, que c'est cousu de fil blanc, cette affaire-là, hein? Quand on pense qu'il y a là un enjeu qui est immédiat, qu'il y a des gens qui risquent de perdre leurs emplois, qu'il faut faire front commun à la fois auprès du CRTC et politiquement auprès du gouvernement fédéral, la réponse de la deuxième chef de l'opposition officielle, ce serait de réouvrir la Constitution.

Est-ce que le chef de l'opposition officielle pense ça? Il aura l'occasion de le dire. Parce que, lors des crédits de la semaine dernière, je lui ai demandé spécifiquement — spécifiquement — s'il proposait de réouvrir la Constitution: il n'a jamais dit oui, il n'a surtout jamais voulu se rendre jusque-là. S'il veut le dire aujourd'hui, il le dira à l'Assemblée nationale du Québec — ce ne sera pas la première fois qu'il fera un tournage à 180 degrés — mais, pas plus tard que la semaine dernière, il proposait... il ne proposait pas de réouvrir la Constitution. Et je ne crois pas, sincèrement, que réouvrir la Constitution puis lancer des négociations constitutionnelles, c'est la réponse à ceux et celles qui risquent aujourd'hui de perdre leurs emplois à TQS. [...]

Mme Marois: Est-ce que je dois comprendre, M. le Président, que le premier ministre refuse que l'Assemblée nationale, d'une seule voix, demande que l'on rapatrie les pouvoirs du CRTC pour que nous puissions les exercer ici, dans notre Assemblée nationale, M. le Président? J'ai déjà connu un Parti libéral pas mal plus audacieux lorsque nous avons fait la bataille sur les commissions scolaires linguistiques. [...]

M. Charest: Non, non, non, on n'en a pas, surtout pas. [...] Quand on fait le bilan de nos actions, que ce soit le rapatriement du régime d'assurance parentale, l'entente sur la santé, le fédéralisme asymétrique, l'entente sur l'UNESCO, M. le Président, la reconnaissance du Québec comme nation, rappelons-nous que malheureusement l'histoire retiendra que c'est le Parti québécois qui a perdu justement... qui a négocié le droit de veto du Québec. C'est ça que l'histoire retiendra en termes de performance sur le plan constitutionnel.

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Je suis d'accord pour une motion qui va dire clairement que, dans le respect justement de nos compétences — et, oui, il faut rapatrier un jour ces pouvoirs-là — on est capables de conclure une entente sur la question des communications et la culture, mais réouvrir la Constitution [...] réouvrir la Constitution comme solution...

1^{er} mai 2008- Mise en valeur des hydrocarbures dans le golfe du Saint-Laurent¹²

M. Cloutier: [...] [D]epuis 1999, il y a un autre dossier qui va très mal: le gouvernement du Québec veut explorer le potentiel d'hydrocarbures de la partie québécoise du golfe du Saint-Laurent. Malheureusement, depuis bientôt 10 ans, le gouvernement fédéral nous empêche de faire cette exploration en raison d'un conflit de juridiction territoriale. Pourtant, dans les années quatre-vingt, Terre-Neuve et la Nouvelle-Écosse ont réussi à s'entendre.

Alors que le prix du baril du pétrole dépasse 110 \$, est-ce que le ministre des Affaires intergouvernementales réalise les milliards d'investissement et de bénéfices qu'il fait perdre au Québec? [...]

M. Bécharde: Oui. Oui, merci, M. le Président. M. le Président, sur ce dossier, effectivement, dans le contexte actuel des prix des hydrocarbures et de la flambée des prix du pétrole, on a d'ailleurs mis en place un certain nombre de mesures au niveau de l'Agence d'efficacité énergétique pour avoir une plus grande indépendance face aux produits pétroliers, mais en même temps on a mis, avec Géologie Québec, une série de mesures pour chercher davantage de ressources au Québec même. Ça, c'est la première partie: de chercher pour trouver.

Dans le dossier qui amène la question, il va y avoir, dans les prochains jours, une rencontre entre les sous-ministres du gouvernement du Québec et du gouvernement fédéral sur cette question pour en arriver à une entente sur le territoire, pour en arriver à une entente sur la répartition du territoire et des ressources qui s'y trouvent.

Mais en même temps je veux rassurer tout le monde en cette Chambre. Il ne faut pas oublier une chose, que, si jamais il y a de l'exploration pétrolière, gazière sur le territoire québécois, ça va se faire dans le respect de nos lois sur

¹² Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 78, 1er mai 2008, p. 4002 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080501.htm#_Toc198108180).

l'environnement, les processus environnementaux les plus rigoureux dans la protection de la faune. Et tant mieux si on en trouve, mais en tout cas on va chercher et on a mis en place maintenant les outils pour en trouver.

14 mai 2008- Encadrement du pouvoir fédéral de dépenser¹³

M. Cloutier: M. le Président, hier, j'ai accompagné, à Ottawa, les représentants de la FTQ et de la CSN dans le dossier des surplus de la caisse assurance-emploi. Les travailleurs reprochent au gouvernement fédéral de piger dans ces surplus. Comme le fédéral utilise l'excuse du pouvoir fédéral de dépenser pour prendre cet argent, les juges devront trancher cette question.

Pourtant, le premier ministre et son ministre des Affaires intergouvernementales avaient dit qu'ils feraient du pouvoir de dépenser une priorité, et ce, dès leur arrivée au pouvoir. En raison de l'échec du gouvernement à régler la question, malgré la main tendue par Stephen Harper, ce sont les juges de la Cour suprême qui vont trancher cette question.

Comment le ministre explique-t-il qu'après cinq ans au pouvoir rien n'a bougé? [...]

M. Pelletier (Chapleau): Merci, M. le Président. Effectivement, c'est une affaire qui est devant la Cour suprême du Canada et à l'égard de laquelle j'encourage le député de Lac-Saint-Jean à faire preuve d'un minimum de prudence. Il faut faire attention dans des dossiers qui font l'objet de litige comme celui-là.

Maintenant, on va admettre, M. le Président, en même temps, que ce n'est pas un dossier qui date d'hier, là. Si nous sommes aujourd'hui à la Cour suprême du Canada, c'est parce que d'abord il y a eu un litige devant la Cour supérieure, puis devant la Cour d'appel, et maintenant devant la Cour suprême.

Et la bonne nouvelle, M. le Président, c'est que, devant la Cour suprême du Canada, le gouvernement du Québec, c'est-à-dire le Procureur général du Québec et son équipe défendent justement la cause, qui est la cause traditionnelle au Québec, voulant que le pouvoir fédéral de dépenser doit être

¹³ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 83, 14 mai 2008, p. 4154-4155 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080514.htm#_Toc198625752).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

conforme au partage des pouvoirs législatifs lui-même, M. le Président. C'est ça, la bonne nouvelle. Et donc, en ce qui concerne la défense des intérêts du Québec non seulement au plan politique, M. le Président — et là là-dessus nos preuves sont faites — mais aussi au plan judiciaire, nous sommes au rendez-vous et nous assumons pleinement nos responsabilités. [...]

M. Cloutier: Bien, le ministre l'a dit, il ne fait pas son travail, il laisse le Procureur général du Québec le faire à sa place. Pourtant, en 2001, il disait [...]: « L'encadrement du pouvoir de dépenser constitue une des questions les plus importantes. » En 2006, je vais citer le ministre: « J'annonce aujourd'hui que j'entends personnellement livrer une bataille au cours des prochains mois » sur la question du pouvoir de dépenser. En 2006. Ça fait presque deux ans que le ministre a annoncé qu'il livrait personnellement bataille et ça fait sept ans qu'on le retrouve dans le rapport Pelletier, qu'est-ce que le ministre attend pour agir? [...]

M. Pelletier (Chapleau): Alors, M. le Président, d'abord, je félicite le député de Lac-Saint-Jean pour ses sources, qui me semblent être très crédibles, effectivement. Mais je dirai, M. le Président, qu'effectivement la limitation du pouvoir fédéral de dépenser, son encadrement, ça demeure une grande priorité de notre gouvernement, M. le Président. Nous mettons des efforts pour réaliser cet objectif comme nous en avons réalisé bien d'autres au cours des cinq dernières années. Nous avons, M. le Président, le meilleur bilan en matière d'affaires intergouvernementales du Québec depuis au moins Jean Lesage, si ce n'est pas de toute l'histoire du Québec. Ça, c'est le gouvernement libéral, M. le Président [...]

21 mai 2008- Élaboration d'une constitution québécoise¹⁴

M. Dumont: Oui, M. le Président, à 24 heures du dépôt du rapport de la commission Bouchard-Taylor, je veux poser deux questions assez importantes au premier ministre. La première concerne l'enjeu central. Parce qu'autour des coulages qu'il y a eu malheureusement sur le rapport une question qui se pose, c'est: Est-ce qu'on considère qu'il y a un enjeu réel ou est-ce qu'il y a juste un problème dans la tête des Québécois? Puis j'aimerais que le premier ministre nous dise, avant même de voir le rapport, lui, comment il voit ça.

¹⁴ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 86, 21 mai 2008, p. 4245-4246 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080521.htm#_Toc199225674).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Deuxième chose où je veux l'entendre, c'est quant à son ouverture face à une démarche formelle de l'Assemblée nationale pour se doter d'une constitution québécoise, se doter d'une espèce de carte de visite pour dire au monde, pour dire aux gens qui viennent se joindre à nous quelles sont les valeurs communes du Québec, quelles sont les règles de fonctionnement, les règles du jeu de cette société qu'est le Québec dans le monde.

Et juste pour mettre les choses bien clairement, le Parti québécois a fait connaître ses intentions en cette matière. Nous aussi. Et, de notre côté, on considère qu'il n'y a pas d'utilité à faire une démarche à deux partis. Cette démarche n'est utile que si les trois formations à l'Assemblée nationale travaillent ensemble, si les trois formations à l'Assemblée nationale... puis, laisser de côté le parti gouvernemental, ça ne mène à rien pour le bien des Québécois.

Or, ma question au premier ministre: Est-ce qu'il considère qu'il y a un enjeu réel au niveau de l'identité, des accommodements raisonnables ou c'est dans la tête des Québécois? Et est-ce qu'il saisit la main que je lui tends aujourd'hui pour que les trois formations travaillent ensemble pour donner au Québec une constitution interne? [...]

M. Charest: M. le Président, d'abord, je décode un changement de ton dans la question posée par le chef de l'opposition sur cette question-là. Ce n'est pas le même ton agressif que j'ai entendu hier. J'espère que ce sera toujours le cas parce que c'est un enjeu qui est très important pour l'avenir du Québec. Et ça répond évidemment à sa première question. C'est tellement important que nous avons mandaté une commission de se pencher sur cette question-là pour nous aider à faire la part des choses. J'ai eu l'occasion de dire dans le passé que je ne m'attends pas à ce que la commission nous donne les réponses sur toutes les questions. Puis, quand une commission fait une réflexion sur un sujet précis, bien ça, c'est une chose, mais un gouvernement, et une Assemblée, qui reçoit les recommandations les reçoit dans un contexte qui est beaucoup plus large, avec un horizon qui est beaucoup plus large, et on devra peser les recommandations qui seront faites dans ce contexte-là.

Mais il y a une chose sur laquelle on devrait tous s'entendre ici: c'est un enjeu tellement important pour l'avenir du Québec qu'on ne devrait pas en faire l'objet d'un commerce partisan et on devrait, chacun de part et d'autre, là, faire l'effort nécessaire attendu de la part des Québécois pour que nous puissions justement aborder cette question-là avec une perspective d'avenir et en fonction de nos valeurs profondes, hein? C'est quoi? La primauté du français,

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

l'égalité femmes-hommes, également la séparation de l'État et de l'Église. Voilà notamment, notamment trois valeurs profondes qui vont sans doute nous guider dans la suite des choses. Et, M. le Président, nous allons travailler, nous, dans un esprit de collaboration.

Sur la question de la constitution, bien je constate que [...] le chef de l'opposition officielle se joint au PQ. On aura l'occasion [...]

M. Dumont: Oui. Bien, d'abord, je suis très satisfait de la première partie de la réponse, où le premier ministre nous dit clairement qu'il y a un problème mais qu'on doit travailler ensemble, comme Assemblée.

Maintenant, l'idée de constitution québécoise, elle n'est pas nouvelle. Même dans sa formation, le rapport Gérin-Lajoie au Parti libéral, à la fin des années soixante, 1967, ouvrait la porte à cette idée. Même chose dans le rapport Allaire, 25 ans plus tard. Cette idée circule dans le Québec. Il y a un moment où il faut se mettre au travail. Je tends la main au premier ministre du Québec. Sommes-nous prêts à nous mettre au travail? [...]

M. Charest: Se mettre au travail, c'est exactement dans cet esprit-là que nous allons aborder le rapport de la commission Bouchard-Taylor. Se mettre au travail, à mon avis ce n'est pas un projet constitutionnel, ce n'est pas faire de la constitution. Se mettre au travail, c'est un plan d'action. Un plan d'action, c'est des gestes précis que nous aurons à poser. Je remarque par contre, je prends note, devrais-je dire, comme devraient tous les Québécois, de la fusion des deux oppositions sur cette question-là. Bien oui, mais il faut assumer les conséquences de ce que vous proposez. Il y a une fusion des oppositions sur cette question-là. Nous, le choix que nous allons faire, c'est celui d'un plan d'action [...] ce n'est pas la constitution. [...]

M. Dumont: Le ton non partisan, il faut être capable de le maintenir et de le pousser, et j'ai dit, d'entrée de jeu, qu'il serait inutile que deux partis d'opposition travaillent sans le parti gouvernemental. J'ai commencé mon préambule comme ça pour mettre les choses bien claires.

Mais l'idée d'une constitution du Québec, dans un rapport du Parti libéral, en 1967, on disait déjà: «On peut difficilement mettre en doute la nécessité de réunir dans un document strictement québécois les règles fondamentales devant régir l'organisation et le fonctionnement de l'État du Québec.»

Sommes-nous prêts à nous mettre [...]

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

M. Charest: Se mettre au travail nous présente un choix: ou on fait de la constitution ou on fait un plan d'action. Le choix que nous allons faire, c'est celui d'un plan d'action. C'est celui-là qui aura le plus d'impact et l'impact le plus immédiat [...] La population s'attend à ce qu'on bouge puis qu'on pose des gestes concrets, rapides. La voie constitutionnelle que propose maintenant l'opposition fusionnée, c'est quoi? C'est des années de débat. C'est une assemblée constituante. C'est des débats qui vont durer et durer. Ça va être un référendum, parce que, s'ils proposent... Je présume qu'ils ne proposeront pas la voie d'une constitution sans pour autant passer par le [...] fait d'avoir un référendum.

22 mai 2008- Suites du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles¹⁵

M. Dumont: Oui. M. le Président, nous avons tous, au cours des dernières heures, eu l'occasion de prendre connaissance du rapport de la commission Bouchard-Taylor, un rapport, il faut bien le dire, qui est vaste, qui touche beaucoup de sujets. Il y a des éléments valables certainement qui doivent nous amener à du travail dans les semaines à venir, mais un rapport, pour moi, là, dont la plus grande faiblesse est clairement au niveau de cette affirmation, de ces éléments d'affirmation de l'identité québécoise. Et je prends le vocabulaire du rapport, qui nous rappelle que le Québec est dans l'interculturalisme, pour dire qu'à la base de cette politique il doit y avoir ce qu'on appelle la culture normative, c'est-à-dire la culture de la société d'accueil. Parce que, si on n'a pas ça, on revient dans le multiculturalisme, on n'aurait pas, au Québec, une situation particulière. Or, s'il y a une chose qu'on a entendue de la population lors des consultations, c'est une volonté, hein, le monde a parlé, les Québécois ont parlé, et c'est une volonté d'une affirmation plus forte, plus claire de valeurs communes, d'éléments qui nous unissent, d'une identité québécoise, et malheureusement ça ne se retrouve pas. Peut-être que ce n'était pas dans le mandat de la commission, peut-être que c'est notre travail à nous, les élus. En tout cas, aujourd'hui, ça devient notre travail, puisque ce n'est pas dans le rapport.

Alors, hier, je tendais la main au premier ministre pour une constitution québécoise, il était hésitant. Aujourd'hui, je lui tends la main pour qu'on ait une rencontre des chefs des trois formations pour donner un vrai suivi à ce rapport. [...]

¹⁵ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 87, 22 mai 2008, p. 4284-4285 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080522.htm#_Toc199311944).

M. Charest: Sait-on jamais, M. le Président, peut-être qu'il aurait pu y avoir une recommandation en ce sens-là ou le reflet d'un commentaire si l'ADQ s'était présentée devant la commission Bouchard-Taylor pour en parler. Mais ils ont allumé un feu et ils se sont défilés par la suite, ils ont laissé aller. Ah! il faut dire les choses comme elles sont. [...] Et là, aujourd'hui, je constate qu'il y a une fusion des deux partis d'opposition dans une seule opposition sur ce sujet de constitution. Or, un projet de constitution, ça signifie quoi? Ça veut dire des années de débats, une assemblée constituante, ça veut dire qu'on en aurait pour des années à débattre de ces questions-là, alors que la population du Québec s'attend à ce que nous posions des gestes. J'en ai nommé qui ne sont pas limitatifs, soit dit en passant, ce n'est pas des gestes qui se... Ce n'est pas les seules choses que nous allons faire. Au contraire, nous allons prendre le temps de bien étudier un rapport qui est vaste, qui est dense, pour que nous puissions justement y donner une réponse qui est à la hauteur de ce que les Québécois attendent de nous.

Mais en même temps, des débats constitutionnels, ça veut dire quoi pour les Québécois? Ça veut dire un autre référendum? Parce que je ne peux pas concevoir, M. le Président, qu'on proposerait une constitution aux Québécois sans se légitimer sur le plan démocratique. C'est ce que proposent aujourd'hui les oppositions à l'Assemblée nationale, les oppositions conjointes, sur cette question des accommodements raisonnables. C'est, soit dit en passant, à la constitution, des amendements constitutionnels, les réponses qu'ils ont données à plusieurs enjeux: l'immigration, le CRTC également. À chaque fois qu'il se pose un problème, il semble que ce soit le réflexe des deux oppositions que de proposer un amendement constitutionnel. [...]

M. Dumont: Je veux juste être sûr de bien comprendre. Est-ce que le premier ministre nous dit qu'il vient de faire une déclaration ministérielle solennelle à propos d'un feu, d'un feu qui aurait été allumé on ne sait pas trop par qui, on ne sait pas trop comment? Moi, je pense qu'il y a un enjeu d'identité, je pense qu'il y a un enjeu d'identité réel au Québec. J'ose penser qu'il le croit aussi. Il a formé une commission, ça a coûté cher. Il vient de faire une déclaration ministérielle.

Est-ce qu'il serait d'accord pour que les chefs des trois formations se rencontrent solennellement pour donner des vraies suites à ce rapport? [...]

M. Charest: Bien, les suites, c'est de poser des gestes. Mais tous les Québécois seront étonnés aujourd'hui d'entendre le député de Rivière-du-Loup parler de gestes, de rencontre solennelle. La rencontre solennelle, je n'en

doute pas, elle aura lieu entre lui et la chef de la deuxième opposition, ça, je n'ai aucun doute là-dessus. On est témoins de ça depuis plusieurs jours maintenant, il y a une fusion. [...] Oui, on soupçonne que, depuis 1995, ils attendent cette occasion de se fusionner à nouveau. Mais, M. le Président, M. le Président, soyons très clairs, les Québécois veulent des gestes, ils veulent des décisions et de l'action. Et on ne peut que s'étonner aujourd'hui qu'il parle de geste solennel, alors qu'il ne s'est [...] jamais prononcé devant la commission Bouchard-Taylor. [...]

M. Dumont: Oui. Le premier ministre, qui aime parler de Parlement de cohabitation, on se rend compte que, quand son devoir de premier ministre est interpellé, il découche, hein?

Ma question au premier ministre. Il y a son ministre des Affaires intergouvernementales qui a dit vouloir travailler sur un projet de constitution. Pour une fois qu'il y en a un qui veut travailler, pourquoi il ne le laisse pas faire? [...]

M. Charest: M. le Président, il faut quand même que vous preniez note du fait que, s'il se pose un problème à TQS, bien on veut amender la constitution, de ce côté-là des oppositions, pour régler le problème au CRTC. Il y avait un problème d'immigration [...] Il se pose un enjeu d'immigration, ils veulent amender la constitution. Il se pose une question sur l'avenir de la nation, ils veulent amender la constitution. Quand le seul outil que vous avez, c'est un marteau pour tous les problèmes qui se posent, évidemment tout finit par ressembler à un clou, M. le Président.

27 mai 2008- Affirmation des valeurs fondamentales du Québec¹⁶

Mme Marois: [...] La réponse du premier ministre au rapport Bouchard-Taylor se résume à une ligne 1 800 accommodements et à beaucoup de publicités dans les journaux, où le premier ministre d'ailleurs se met en valeur. Dans cette publicité, celui-ci énonce par ailleurs trois valeurs fondamentales du Québec: l'égalité hommes-femmes, la prédominance du français, la laïcité de l'État. Pourtant, son gouvernement semble refuser d'inscrire ces trois valeurs dans nos textes juridiques, comme par exemple dans la Charte des droits et libertés de la personne. Maintenant que les journaux et que les

¹⁶ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 88, 27 mai 2008, p. 4306 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080527.htm#_Toc199745173).

publicités du premier ministre sont dans les bacs à recyclage, qu'est-ce qui va rester de ces valeurs si chères au premier ministre?

Comme celui-ci rappelle le projet de loi n° 63, est-ce qu'il est disposé à enchâsser ces trois valeurs fondamentales dans la Charte des droits et libertés, M. le Président? [...]

M. Charest: Je ne sais pas ce que la chef de la deuxième opposition a contre l'information qu'on a voulu rendre publique sur les grandes valeurs. Mais non, mais, pour une fois qu'il y a une bonne photo, M. le Président, on ne va pas se priver de l'occasion.

Mais, cela étant dit, je lui rappelle que nous avons voulu réitérer, comme, je pense, notre devoir le commandait, les valeurs de la société québécoise qui sont incontournables, incluant la question de l'égalité entre les femmes et les hommes. Nous avons présenté un projet de loi, le projet de loi n° 63, qui va en ce sens-là. J'ai compris que la chef de la deuxième opposition était favorable au projet de loi, qui a fait l'objet d'une consultation très vaste. Alors, la consultation a été faite, on a entendu les partis sur cette question-là. Je n'ose pas croire, aujourd'hui, que c'est la députée de Charlevoix qui va empêcher l'adoption de cet amendement pour les femmes du Québec. Si c'est le cas, si c'est le cas, M. le Président, l'histoire retiendra que c'est la députée de Charlevoix qui se sera posée en obstacle à une affirmation de l'égalité entre les femmes et les hommes au Québec. [...]

Mme Marois: Alors, M. le Président, si la publicité du premier ministre dit vrai, pourquoi, à ce moment-là, n'accepte-t-il pas d'inclure ces trois valeurs? Oui, à l'égalité entre les hommes et les femmes, ça va de soi. Pourquoi n'inclut-il pas la langue et la laïcité de l'État? Dans le cas de la langue, est-ce que c'est parce qu'il a des pressions de la part de son parti politique, lui qui n'a même pas été capable de parler de ce sujet-là lors de son dernier congrès?

Oui, à l'égalité hommes et femmes, mais oui à la langue française et oui [...]

M. Charest: Bien, M. le Président, ça nous étonne toujours quand la chef de la deuxième opposition se lève pour nous parler de la langue, nous donner des leçons sur la langue, elle qui, à venir jusqu'à tout récemment, voulait faire de l'enseignement de l'anglais, de l'histoire en anglais au niveau primaire, hein, elle qui défendait le bilinguisme, M. le Président, qui a été rappelée à l'ordre par les gens dans son propre parti. Alors, elle n'a pas beaucoup de leçons à donner aux autres sur les congrès des partis politiques, M. le Président.

Mais elle a une occasion historique d'affirmer l'égalité entre les femmes et les hommes. Je lui pose la question: Est-ce que c'est elle, la députée de Charlevoix, qui, aux yeux de l'histoire, sera la personne qui se sera objectée à l'affirmation de l'égalité entre.

28 mai 2008- Proposition de modification constitutionnelle en matière de multiculturalisme¹⁷

M. Dumont: M. le Président, ce qu'on appelle généralement les demandes traditionnelles du Québec, c'est-à-dire la somme des revendications des Québécois, des gouvernements du Québec qui se sont succédé, au-delà du parti, c'est ce qui s'est construit au fil des événements, au fil du vécu de notre société, des grands moments. Et il m'apparaît qu'au lendemain de la commission Bouchard-Taylor mais de toutes les réflexions de la société québécoise autour de ça et de la reconnaissance aussi du Québec comme nation par le Parlement fédéral il y a un contexte pour bien inscrire que le multiculturalisme canadien, pour le Québec, ce n'est pas la bonne politique, ce n'est pas la bonne approche. Hier, j'ai questionné le premier ministre parce que je l'avais écouté à l'entrevue avec Bernard Derome. Je vais vous dire, après la période des questions, là, j'étais un peu inquiet et déstabilisé, à tel point que je suis allé réécouter l'entrevue pour être bien sûr que ce n'était pas mon ouïe qui faisait défaut. Et, oui, la semaine passée, jeudi soir passé, à Bernard Derome, le premier ministre avait été très clair, il avait dit: «Le multiculturalisme, ce n'est pas applicable au Québec.» Je ne m'étais pas trompé hier.

Je lui repose donc la même question. Nous, on s'était présentés ici, l'opposition officielle, pour lui donner notre appui, pour en faire une demande et une position formelle du Québec et de l'Assemblée nationale. Pourquoi ne répète-t-il pas, à l'Assemblée nationale, cette position et pourquoi on n'en fait pas ici, à l'Assemblée, une demande formelle du Québec? [...]

M. Charest: Bien, je prends acte, comme vous le faites, M. le Président, de l'obsession constitutionnelle du chef de l'opposition officielle. À chaque fois qu'il se présente un problème, il veut faire de la constitution. À chaque fois qu'il y a un enjeu, que ce soit TQS ou le CRTC... Et là-dessus, bien, l'opposition, ils sont unis, ils sont... À chaque fois qu'il se présente une question, que ce soit de l'immigration... il faudrait faire de la constitution,

¹⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 89, 28 mai 2008, p. 4361-4363 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080528.htm#_Toc199835497).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

alors que les Québécois sont à la recherche de [...] Alors, l'ADQ, ils sont toujours à la recherche ou obsédés par cette question-là. D'ailleurs, il faut prendre acte du fait que, depuis 2003 et suite à la politique qu'on avait énoncée en 2001, on a fait des gains très importants pour le Québec, que ce soit dans le dossier du déséquilibre fiscal, la reconnaissance du Québec comme nation, l'entente du Québec pour la participation à la délégation canadienne de l'UNESCO, que le chef de l'opposition a lui-même applaudie, a même reconnu que c'était un gain important, et la reconnaissance du rôle du Québec à l'international, le fédéralisme asymétrique, le rapatriement du régime d'assurance parentale, qui a eu un effet concret dans la vie des familles québécoises. Ça, c'est des gestes qu'on a posés, nous, qui ont un effet concret.

Mais ce n'est pas vrai qu'à chaque fois qu'il se présente un problème il faut faire de la constitution. Mais là-dessus je constate que l'ADQ est exactement sur la même longueur d'onde que le PQ et même le Bloc. Aujourd'hui, les médias nous apprenaient que l'ADQ et le Bloc voient les choses du même oeil, M. le Président. On peut donc en conclure que la fusion des oppositions est maintenant complète. [...]

M. Dumont: M. le Président, on est obligés d'être amusés par la situation parce que, nous, l'opposition officielle, on s'est présentés ici pour être d'accord avec le premier ministre, avec ses déclarations. C'est juste qu'en cours de semaine on s'est rendu compte que, hein, la plante fléchissait puis qu'on aurait peut-être besoin de la renchausser, hein, de le renchausser et de le renforcer un peu dans ses positions.

Mais ma question: Est-ce que, le M. le premier ministre, son changement d'idée durant la fin de semaine ne vient pas du fait qu'il a repensé à ça, entre samedi puis dimanche, que lui avait voté pour la Loi sur le multiculturalisme en 1988? [...]

M. Charest: M. le Président, dans sa première question, le chef de l'opposition disait qu'il était allé vérifier si son ouïe l'avait trompé. Le oui, ça, il connaît ça. En 1995, il était tout oui justement avec on sait qui, là, avec le Bloc puis avec le PQ. Et, là-dessus d'ailleurs, il n'a pas beaucoup de leçons à donner à quiconque. Rappelons-nous le discours qu'il est allé livrer, en 2003, à Toronto, M. le Président, le discours du tapis, le discours où il est allé dire au reste du Canada officiellement que [...]

M. Dumont: Oui. On comprend tous que le premier ministre, dès qu'on parle de questions qui impliquent le courage de toucher les choses fondamentales,

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

notamment les choses constitutionnelles, il vient sur la défensive, parce que la seule fois qu'il a touché à ça, hein, le rapport, au début des années quatre-vingt-dix, qui portait son nom, ça a été un fiasco. Nous, ce qu'on lui offre, là, c'est l'occasion de réparer ça, de toucher à quelque chose qui va être fondamental pour l'avenir du Québec et d'inscrire, par la voix de l'Assemblée nationale, une demande importante pour le Québec, que le Québec soit reconnu comme société d'accueil en dehors du [...]

M. Charest: En 2003, M. le Président, tous les Québécois se rappelleront que le chef de l'ADQ est le seul chef d'un parti politique québécois, dans l'histoire — on m'en nommera un autre — le seul de l'histoire du Québec qui est allé à Toronto dire au reste du Canada: On ne demande rien, on ne vous dérangera pas, qui est allé faire de l'aplaventrisme devant le reste du Canada, M. le Président. Et, aujourd'hui, à chaque fois qu'il se présente un problème, il faut que les Québécois le sachent, là, clairement, ce que le chef de l'ADQ demande, c'est de repartir la machine constitutionnelle avec tout ce que ça implique, incluant un référendum, incluant tous les débats, alors que, nous, on va mettre en place des solutions concrètes aux problèmes qui se posent dans la société québécoise.

28 mai 2009- Pertinence d'inscrire certaines valeurs fondamentales dans la Charte des droits et libertés de la personne¹⁸

Mme Marois: Alors, M. le Président, ce serait bien mal me connaître que de penser que je puisse négocier l'égalité entre les hommes et les femmes et négocier quoi que ce soit sur ce principe. Il me semble que mon passé à cet égard est exemplaire.

Cependant, je veux savoir si le premier ministre est sincère dans la publicité qu'il a fait paraître dernièrement, pleine page, dans tous les journaux: Voilà quelles sont les valeurs québécoises sur lesquelles nous nous appuyons pour interpréter les accommodements raisonnables. Il y en a deux que nous voulons inclure dans la loi, c'est la prédominance du français, la laïcité de l'État. Est-ce qu'il peut me dire s'il est sincère lorsqu'il appuie ces valeurs, lorsqu'il nous fait un grand discours ici, à l'Assemblée nationale? Si c'est le cas, qu'il les inclue, M. le Président. [...]

¹⁸ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 89, 28 mai 2008, p. 4366 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080528.htm#_Toc199835514).

M. Charest: Bien, on doit tenir compte de ce que le Parti québécois a proposé, M. le Président. Et ce qui a été proposé à l'Assemblée, c'est un projet de loi qui a été rejeté par un très grand nombre de Québécois qui voient là-dedans une source de division inacceptable et de catégorisation [...] Et une source de division très profonde de la société québécoise, une division de la citoyenneté que nous n'acceptons pas. D'ailleurs, on n'est pas les seuls. Au moment où elle a présenté son projet de loi là-dessus, Bernard Landry, son prédécesseur, un de ses prédécesseurs disait: «Il y a [...] un problème, [affirme] Bernard Landry, dans une entrevue accordée [au journal] *La Presse* [...] au sujet du projet de loi...» Alors, qu'elle ne s'étonne pas que sa proposition soit aussi mal reçue. [...]

Mme Marois: M. le Président, vous aurez constaté, vous comme moi, hein, qu'il n'a pas répondu à la question, absolument pas. Et, M. le Président, la question, elle est tellement simple, elle ne divise personne, à moins qu'il me dise que les valeurs qu'il souhaite que nous adoptions divisent les gens. Or, deux valeurs que nous souhaiterions inclure dans la Charte des droits et libertés de la personne: la prédominance du français, M. le Président, et la reconnaissance de la laïcité de l'État. Il me semble que c'est d'une simplicité enfantine, M. le Président. Et je mets en doute [...]

M. Charest: Il faut que les gens sachent de quoi il s'agit. On a déposé un projet de loi, on a fait des consultations, on a fait des consultations détaillées. Tous les parlementaires ont eu l'occasion de participer aux consultations. On est rendu à l'étape où on est capables de livrer un projet de loi qui va affirmer l'égalité entre les femmes et les hommes. Et ce que vous proposez [...] Alors, j'étais en train de dire, au bénéfice de tous les Québécois qui nous écoutent aujourd'hui, qu'on a déposé un projet de loi, on a fait des consultations, tous les parlementaires ont participé aux consultations sur le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes. C'est de ça dont il s'agit et c'est ce projet de loi là que j'invite l'Assemblée nationale du Québec à adopter, parce que c'est à portée de main, on peut le faire dès maintenant...

29 mai 2008- Pertinence d'inscrire certaines valeurs fondamentales dans la Charte des droits et libertés de la personne¹⁹

Mme Marois: Merci, M. le Président. Ça fait trois jours que je demande une chose très simple au premier ministre. Ça fait trois jours qu'il esquivé la

¹⁹ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 90, 29 mai 2008, p. 4448-4449 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080529.htm#_Toc199919978).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

réponse. Dans sa publicité, le premier ministre a énoncé trois valeurs fondamentales pour le Québec: l'égalité hommes-femmes, la prépondérance du français, la laïcité de l'État. Trois valeurs avec lesquelles nous sommes parfaitement d'accord.

Cet après-midi, en commission parlementaire, on va discuter de l'ouverture de la Charte des droits et libertés pour y ajouter l'égalité hommes-femmes. L'amendement très simple que l'on veut proposer, c'est d'ajouter à la charte, en plus de l'égalité hommes-femmes, la laïcité de l'État et la primauté du français. Et je ne comprends pas, à ce moment-ci, pourquoi le premier ministre s'obstine à refuser cette proposition. Je lui offre la pleine et entière collaboration de ma formation politique, M. le Président.

Est-ce que le premier ministre peut accueillir favorablement ma demande et considérer la primauté du français et la laïcité de l'État comme valeurs fondamentales, et surtout les inscrire dans la Charte des droits et libertés de la personne, M. le Président? [...]

M. Charest: Bien, d'abord, M. le Président, je veux remercier la chef de la deuxième opposition pour l'appui qu'elle va donner, elle et sa formation politique, à la loi n° 63, au projet de loi n° 63. D'ailleurs, après la période de questions, il y aura un vote sur le principe du projet de loi, un vote nominal, je le présume. En tout cas, nous, on va demander un vote nominal pour que chaque député présent à l'Assemblée, aujourd'hui, puisse se prononcer sur cette question qui va faire avancer les intérêts des femmes. Et je m'en réjouis parce que franchement, dans un Parlement de cohabitation, c'est une belle réalisation, et [...] Alors, c'est une belle réalisation.

Maintenant, elle nous demande de faire autre chose, de lancer un autre débat. Je lui rappelle que, sur la question de la langue, il existe une Charte de la langue française, que le choix de la charte comme instrument juridique n'est pas un choix fortuit non plus, hein? Il y avait là-dedans... Elle le sait mieux que moi, elle le sait mieux que moi. En 1977, c'est un gouvernement du Parti québécois qui a fait voter la Charte de la langue française. Quand on choisit, comme législateurs, l'instrument de la charte, c'est donc que nous souhaitons élever au-dessus des autres lois, dans la mesure du possible, si ce n'est pas sur le plan strictement juridique, sur le plan certainement politique, cette question de la langue française. Là-dessus, tous les parlementaires s'entendent sur la primauté de la langue française.

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Sur la laïcité par contre, j'aimerais ça entendre davantage le Parti québécois. Parce qu'on a voté une motion à l'Assemblée nationale, et, après avoir voté la motion, le député de Borduas a donné une entrevue où il a clairement laissé entendre [...] qu'il n'était pas d'accord avec la motion. Alors, sur la question de la laïcité, il faudrait peut-être un peu plus de clarté venant...

Mme Marois: Mes questions répondent aux questions du premier ministre puisqu'il y a beaucoup de clarté dans les affirmations que je fais depuis quelques jours, à l'Assemblée, et depuis plus longtemps encore.

Justement, M. le Président, est-ce que c'est le fait d'ajouter la primauté du français comme valeur fondamentale du Québec qui fait grincer des dents au premier ministre? Il est bon pour faire de la publicité, mais, quand vient le temps des choses sérieuses, le premier ministre, à mon point de vue, se défile. Il doit comprendre que les accommodements raisonnables [...] c'est un concept d'abord juridique.

M. Charest: M. le Président, il faut être le plus concret possible dans les actions que nous allons proposer suite au dépôt du rapport Bouchard-Taylor. Je me réjouis [...] Je me réjouis à nouveau du fait que nous allons parler d'une seule voix sur la question de l'égalité entre les femmes et les hommes. Ce n'est pas rien, M. le Président, là, c'est un moment quant à moi historique, dans l'histoire de notre Assemblée nationale, que nous puissions ensemble, tous les parlementaires, faire avancer la cause des femmes, et ça, c'est important.

En même temps, M. le Président, il faut poser des gestes concrets dans la foulée du rapport Bouchard-Taylor. Il faut éviter, là, de se lancer dans un exercice qui prolongerait... qui nous lancerait dans des débats interminables. Dans certains cas, et je ne dis pas que c'est toujours interminable, mais je lui rappelle...

3 juin 2008- Encadrement du pouvoir fédéral de dépenser²⁰

M. Cloutier: M. le Président, avec son projet de loi sur le pouvoir de dépenser, Stephen Harper veut ramener le Québec à l'union sociale que même le premier ministre Jean Charest avait rejetée. Si on en arrive à cette étape [...] Si on en arrive à cette étape, c'est que le gouvernement libéral a échoué sur toute la ligne. En 2001, le ministre des Affaires intergouvernementales avait

²⁰ Assemblée nationale, *Journal des débats*, Cahier n° 92, 3 juin 2008, p. 4529-4530 (http://www.assnat.qc.ca/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080603.htm#_Toc200348759).

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

fait de la limitation du pouvoir de dépenser la pierre d'assise de son rapport. Toutefois, le ministre s'est laissé envoûter par le chant des sirènes d'Ottawa, à tel point, comme l'écrivait Michel David la semaine dernière, que « le ministre s'est mis à faire le coq ». En effet, le ministre s'est mis à dire à qui veut l'entendre que le règlement du pouvoir de dépenser, c'est une bagarre personnelle et que c'est sa priorité numéro un. Après cinq ans de pouvoir, M. le Président, force est de constater que c'est l'échec total.

Quelle est la stratégie du ministre pour redonner au Québec son rapport de force? [...]

M. Pelletier (Chapleau): Oui. Merci, M. le Président. M. le Président, quand j'entends le député de Lac-Saint-Jean, il semble oublier que son parti a été au pouvoir pendant neuf ans. Il s'exprime comme si ça n'avait pas été le cas et que, pendant ces neuf années-là, ils n'ont absolument rien fait en ce qui concerne les affaires intergouvernementales canadiennes. Jamais, pendant neuf ans, M. le Président, je ne les ai entendus parler [...] Bien, M. le Président, j'ai compris que la question portait sur le leadership du Québec en matière d'affaires intergouvernementales, puis eux n'en ont jamais eu, de leadership, en cette matière-là, c'est ça, la réalité. Pendant neuf ans, M. le Président, ils ont pratiqué la politique de la chaise vide. Ils n'ont rien demandé par rapport au pouvoir fédéral de dépenser. Nous, nous en avons fait une priorité. De la même façon que nous avons réussi dans le dossier de la santé, dans le dossier du déséquilibre fiscal, dans le dossier des congés parentaux, des infrastructures, et j'en passe, nous allons aussi réussir dans le dossier de l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser. [...]

M. Cloutier: M. le Président, ils nous font référence à neuf ans au pouvoir. Ça fait 43 ans que le Parti libéral dit aux Québécois qu'il va régler la question. Je vais vous lire une petite déclaration, en 1965, de Jean Lesage: « Le gouvernement fédéral devrait mettre fin à l'ingérence dans les domaines provinciaux [...], ce qui entraîne la création artificielle de [...] zones grises[, de] duplication des normes et des contrôles administratifs. »

Est-ce que la stratégie du gouvernement en place, c'est de laisser les neuf juges d'Ottawa dire quoi faire au gouvernement? [...]

M. Pelletier (Chapleau): Alors, M. le Président, justement ça fait des années qu'il ne se passe rien quand le gouvernement du Parti québécois est au pouvoir et lorsqu'eux assument les responsabilités de l'État. C'est ça, la réalité, M. le Président. Je vais vous dire pourquoi. C'est très, très simple. C'est parce

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

qu'eux ne croient pas [...] Je vais vous dire pourquoi, M. le Président. C'est qu'eux ne croient pas, sauf peut-être la chef du deuxième groupe de l'opposition, dans la viabilité du fédéralisme canadien. Nous avons entendu la chef [...] prendre récemment un tournant, un tournant historique, M. le Président, le même tournant probablement qu'André Boisclair, le même tournant qu'un certain nombre d'anciens chefs du Parti québécois qui réalisent que l'avenir du Québec, M. le Président, son brillant avenir est à l'intérieur du Canada.

5. Commissions parlementaires

11 avril 2008, Commission permanente des finances publiques, Étude des crédits du ministère des Finances: volet Institutions financières²¹

Lors de cette commission parlementaire, les députés Alain Paquet et Irvin Pelletier ont questionné la ministre Monique Jérôme-Forget sur le projet de création d'une commission des valeurs mobilières pancanadienne.

16 avril 2008, Commission des institutions, Étude des crédits du ministère du Conseil exécutif: volet Lieutenant-gouverneur et premier ministre²²

Lors de cette commission parlementaire, le Chef de l'Opposition officielle, Mario Dumont, et la chef du deuxième groupe d'opposition, Pauline Marois, ont questionné le premier ministre Jean Charest sur les thèmes suivants: Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, la reconnaissance constitutionnelle du concept de nation québécoise et l'utilisation des transferts fédéraux.

22 avril 2008, Commission des institutions, Étude des crédits du ministère du Conseil exécutif: volet Affaires intergouvernementales canadiennes²³

²¹ Assemblée nationale, Commission permanente des finances publiques, *Journal des débats*, 11 avril 2008, vol. 40, n° 30

(<http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/journal/cfp/080411.htm>).

²² Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 16 avril 2008, vol. 40, n° 42

(<http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/journal/ci/080416-2.htm>).

²³ Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, 22 avril 2008, vol. 40 n° 46

(http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/journal/ci/080422.htm#_Toc205367868)

Daniel Turp, « La pratique parlementaire du droit constitutionnel au Québec en 2008 »

Lors de cette commission parlementaire, les députés Alexandre Cloutier, Pierre Marsan, Guy Ouellette, Sébastien Proulx et Daniel Turp ont questionné le ministre Benoît Pelletier sur les thèmes suivants: Conseil de la Fédération, l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser, la réforme du Sénat, la Charte du fédéralisme, les transferts fédéraux en matière d'éducation et de programmes sociaux, la Charte du fédéralisme, le règlement du déséquilibre fiscal, la position constitutionnelle du gouvernement, la participation du Québec au processus de sélection des juges de la Cour suprême du Canada, la reconnaissance constitutionnelle du concept de nation québécoise et le projet de constitution du Québec.

La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008

Alexandre Thériault-Marois*

1. Rapport
 2. Intervention à la Chambre des communes du Canada
 3. Communiqués
 4. Allocutions et conférences
 5. Ententes intergouvernementales
-

Cet article passe en revue les gestes posés par le gouvernement du Québec pour l'année 2008 en ce qui a trait au droit constitutionnel. On y trouve donc les différents écrits et transcriptions de la pratique gouvernementale pour cette année. Notons, avant le début de cette revue, le départ de Me Benoît Pelletier comme Ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, des Affaires autochtones, de la Francophonie canadienne, de la Réforme des institutions démocratiques et de l'accès à l'information le 18 décembre 2008. Il était Ministre responsable des affaires intergouvernementales canadiennes depuis le 29 avril 2003. Il fut remplacé à son départ par Me Jacques Dupuis. On ne compte par contre aucune publication gouvernementale entre le 18 décembre et le 31 décembre 2008.

1. Rapport

Novembre 2008, Rapport annuel de gestion 2007-2008 du Ministère du Conseil exécutif¹

Dans son rapport annuel de gestion 2007-2008 faisant état de ses objectifs et réalisations, le Ministère du Conseil exécutif traite du volet constitutionnel dans la rubrique « Orientation 3 » de la section « Présentation des résultats par rapport aux engagements pris dans le Plan stratégique 2005-2008 et le Plan annuel de gestion des dépenses 2007-2008 du Conseil exécutif ». Sous l'intitulé « Défendre et promouvoir les intérêts du Québec dans ses relations avec le gouvernement fédéral, les gouvernements des autres provinces et les territoires canadiens », on y décline l'action du gouvernement sous trois axes

* Étudiant au baccalauréat à la faculté de droit de l'Université Laval.

¹ <http://www.mce.gouv.qc.ca/publications/rapport-ann-gestion-2007-2008.pdf>

d'intervention portant les titres suivants: « Une diplomatie intérieure et cohérente », « Un Québec s'affirmant dans l'ensemble canadien et défendant son autonomie constitutionnelle » et « Un fédéralisme canadien équilibré et ouvert à l'asymétrie et à la spécificité du Québec ». Ces deux derniers ont directement trait à la position constitutionnelle du Québec au sein du Canada.

Un Québec s'affirmant dans l'ensemble canadien et défendant son autonomie constitutionnelle

À l'aide de ses objectifs, que nous reproduisons ici, le gouvernement fait état de ses résultats obtenus, que nous reproduisons également à la suite des dits objectifs. Le gouvernement évalue sa performance à l'aide de la participation à des conférences, des colloques et des événements scientifiques d'envergure sur l'évolution du fédéralisme et production de textes concernant la situation du Québec, le dossier des relations intergouvernementales et la réflexion en matière institutionnelle et constitutionnelle ainsi que par les positionnements du Québec relativement aux actions des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ayant des incidences intergouvernementales et actions prises en cas d'empiètement fédéraux et de non-respect des principes du fédéralisme.

Objectif:

« Accroître encore davantage l'influence du Québec dans les débats relatifs à l'évolution du fédéralisme canadien »

Résultats:

« Le ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes et le ministère ont participé à des conférences ou colloques scientifiques dont les thèmes de discussion étaient axés soit sur le fédéralisme canadien, soit sur le fédéralisme comparé. Ils y ont effectué des interventions portant sur des enjeux constitutionnels d'importance pour le Québec, tels que le pouvoir fédéral de dépenser, la réforme des institutions fédérales et le rôle des municipalités.

- Le ministre a notamment prononcé deux discours importants traitant de fédéralisme canadien, soit un discours à Toronto en novembre 2007 dans le cadre du 19e congrès biennal de l'Association d'études canadiennes des États-Unis et un discours à Québec en janvier 2008 à l'occasion du Congrès canadien des affaires constitutionnelles.

- Le ministère a notamment participé à la 4e Conférence internationale sur le fédéralisme, tenue à New Dehli, en Inde, en novembre 2007. Le ministère a été étroitement associé à l'organisation d'une conférence sur la question du pouvoir fédéral de dépenser, tenue à l'Université Queen's à Kingston en Ontario en janvier 2008.

Durant la dernière année, le ministère s'est également doté d'un nouvel outil pour alimenter les réflexions relatives à l'évolution du fédéralisme canadien, soit le Programme de soutien à l'appui d'activités, de recherches ou d'études en matière d'affaires intergouvernementales et d'identité québécoise. Ce programme normé, qui vise à appuyer le développement et la diffusion des connaissances dans ces domaines, comprend deux volets:

- Le volet Affaires intergouvernementales soutient les projets intéressant le Québec et susceptibles de contribuer à l'amélioration des relations intergouvernementales, notamment en faisant la promotion de rapports fédératifs fondés sur le respect de la Constitution et la reconnaissance de la diversité.
- Le volet Identité québécoise soutient les projets de recherche susceptibles de contribuer à l'affirmation de l'identité québécoise, notamment en favorisant une meilleure compréhension du Québec, tout en appuyant le renforcement du sens de la citoyenneté commune au Québec.

Depuis le lancement de ce nouveau programme en milieu d'année, dix-huit projets, tant au Québec que dans le reste du Canada, ont reçu un soutien financier du ministère. »

Objectif:

« Élaborer, en collaboration avec les ministères concernés, les positionnements du Québec relativement aux actions des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ayant des incidences sur son autonomie constitutionnelle et sur le bon fonctionnement du fédéralisme canadien ».

Résultat:

« Le ministère a procédé à une veille à l'égard des politiques, des programmes et des projets de loi élaborés par les institutions fédérales et susceptibles

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

d'impact pour le Québec. Lorsque nécessaire, le ministère a travaillé, en collaboration avec les ministères sectoriels concernés, à l'identification des actions ou positions visant la défense des intérêts et des compétences constitutionnelles du Québec. Ses analyses ont notamment contribué au développement des positions gouvernementales sur des questions telles que la réforme du Sénat, la représentation des provinces à la Chambre des communes, le contrôle des armes à feu, la réglementation du commerce des valeurs mobilières et le pouvoir fédéral de dépenser.

Le ministère a continué l'étude de la jurisprudence constitutionnelle issue des tribunaux supérieurs au cours de la dernière année, principalement sur les questions du partage des compétences ou sur d'autres enjeux du fédéralisme.

En collaboration avec le ministère des Ressources naturelles et de la Faune, le ministère a assuré un suivi des dossiers relatifs au golfe du Saint-Laurent (statut et frontières) et aux îles bordant les territoires nordiques du Québec.

En concertation étroite avec les ministères sectoriels concernés, le ministère a participé à l'examen de questions intéressant les communautés autochtones du Québec, dont la consultation fédérale relative aux biens immobiliers matrimoniaux sur les terres de réserves. Le ministère a participé à trois sommets qui avaient pour thèmes la santé des Autochtones, la santé des Inuits et la condition des femmes autochtones. Le ministère a aussi collaboré à la finalisation de l'entente de principe en vue de la création du Gouvernement régional du Nunavik. »

Objectif:

« Conseiller le gouvernement relativement au dossier constitutionnel »

Résultat:

« Le ministère a suivi de près les travaux en cours à Ottawa relativement aux réformes susceptibles de comporter d'importantes incidences intergouvernementales, institutionnelles et même constitutionnelles, soit notamment la réforme du programme de péréquation et les changements que le gouvernement fédéral souhaite apporter à la durée du mandat des sénateurs et aux modalités entourant le processus de leur sélection. Le ministère a alors proposé des voies d'action ou de positionnement visant à défendre l'autonomie ou les compétences constitutionnelles du Québec.

Le ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes a déposé en juin 2007, devant le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat, un mémoire exposant la position du gouvernement du Québec sur les projets de loi du gouvernement fédéral concernant la réforme du Sénat. »

Un fédéralisme canadien équilibré et ouvert à l'asymétrie et à la spécificité du Québec

À l'aide de ses objectifs, que nous reproduisons toujours ici, le gouvernement fait état de ses résultats obtenus, que nous reproduisons également à la suite des dits objectifs. Le gouvernement évalue sa performance à l'aide du développement d'approches communes avec les autres provinces et les territoires.

Objectif:

« Prôner, dans l'ensemble fédératif canadien, le respect du partage des compétences et des principes propres au fédéralisme, notamment l'égalité entre les ordres de gouvernement et l'équilibre fiscal »

Résultat:

« À la suite du budget fédéral de mars 2007, la problématique de déséquilibre fiscal a été réglée en partie par la réforme du programme de péréquation (volet horizontal). Le ministère a poursuivi ses efforts sur la question du déséquilibre fiscal vertical.

C'est ainsi que le ministre est intervenu à plusieurs reprises pour que le gouvernement fédéral donne suite à son engagement de prendre des mesures d'encadrement des dépenses fédérales.

Le ministère a également collaboré avec le ministère de la Justice pour défendre devant la Cour suprême du Canada la position du Québec à l'effet que la Constitution canadienne n'accorde pas au gouvernement fédéral de pouvoir de dépenser sans égard au partage des compétences.

Plus généralement, le ministère a continué à s'impliquer dans les causes devant les tribunaux où le Québec est partie et qui touchent au respect du partage des compétences, dont le renvoi entrepris par le Québec sur la

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

constitutionnalité de deux lois fédérales, la Loi sur la procréation assistée et la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques. »

Objectif:

« Promouvoir des rapports harmonieux entre les deux ordres de gouvernement au Canada, ainsi qu'une évolution de la fédération canadienne vers un système fédéral ouvert à l'asymétrie et favorable à l'autonomie des provinces et à l'épanouissement des identités particulières »

Résultat:

« Le ministère appuie les ministères sectoriels lorsque ces derniers négocient des ententes avec le gouvernement fédéral ou avec d'autres gouvernements provinciaux et territoriaux.

Comme indiqué précédemment, le Québec a conclu 120 ententes intergouvernementales en 2007-2008. Compte tenu des exigences du Conseil exécutif à l'effet que ces ententes reflètent un respect de la spécificité du Québec et des compétences de son gouvernement, les ententes conclues par le Québec avec le gouvernement fédéral peuvent, à plusieurs égards, différer de celles qui sont conclues par d'autres provinces ou territoires. »

Objectif:

« Exercer un leadership sur la scène canadienne, notamment au sein du Conseil de la fédération »

Résultat:

« Le ministère soutient la participation du Québec au Conseil de la fédération. Quatre rencontres du Conseil de la fédération ont eu lieu au cours de l'année 2007-2008.

Le Conseil de la fédération s'est réuni une première fois à Toronto (Ontario), le 1er mai 2007, pour une séance de travail d'une journée sur l'énergie et les changements climatiques. Les premiers ministres ont pu échanger sur leurs pratiques exemplaires respectives en matière de changements climatiques et

ont fait le point sur l'élaboration de la stratégie sur l'énergie du Conseil de la fédération.

Le Conseil de la fédération s'est réuni de nouveau les 8, 9 et 10 août 2007 à Moncton (Nouveau-Brunswick). Lors de cette rencontre, les premiers ministres se sont engagés à réduire les émissions de gaz à effet de serre dans leur province ou territoire selon leurs plans respectifs de lutte aux changements climatiques. Ils ont rendu public un document intitulé *Changements climatiques: principales pratiques des gouvernements des provinces et des territoires au Canada*, inventoriant un certain nombre de mesures concrètes dans plusieurs secteurs. Par ailleurs, ils se sont engagés à élaborer des outils de mesure de gaz à effet de serre cohérents et vérifiables en adhérant au « Climate Registry », à produire collectivement 25 000 MW supplémentaires en énergie renouvelable d'ici 2020, à dresser un inventaire de la recherche en cours et à créer de possibles partenariats dans l'avenir.

Lors de cette rencontre, les premiers ministres ont réaffirmé l'importance d'un Accord sur le commerce intérieur plus solide et plus efficace et ont approuvé un plan en cinq points en matière de commerce international, visant notamment à accroître la participation des provinces et des territoires au plan de travail du Canada en matière de commerce. Les premiers ministres ont dévoilé une stratégie en sept points, intitulée *Une Vision partagée de l'énergie au Canada*, qui vise, entre autres, la promotion de l'efficacité énergétique, la conservation de l'énergie, la recherche pour des énergies nouvelles, le développement et l'amélioration des réseaux de transmission de l'énergie.

Le 11 janvier 2008, le Conseil de la fédération s'est réuni à Ottawa (Ontario). Cette rencontre a permis aux premiers ministres des provinces et des territoires de préparer leur rencontre avec le premier ministre du Canada, laquelle s'est tenue le même jour à la résidence du premier ministre fédéral.

La quatrième rencontre du Conseil de la fédération a eu lieu le 28 janvier 2008, à Vancouver (Colombie-Britannique). Les premiers ministres ont constaté les progrès accomplis pour renforcer le commerce intérieur et souligné qu'il existe une occasion à exploiter afin de conclure à court terme un nouveau partenariat économique avec l'Union européenne.

Par ailleurs, une délégation de représentants de provinces canadiennes, dont le Québec, a été reçue par le Conseil de la fédération australienne à Adelaïde (Australie), le 21 février 2008. Cette rencontre a permis aux participants de

partager leurs points de vue sur les changements climatiques et sur les perspectives du fédéralisme au XXI^e siècle. »

2. Intervention à la Chambre des communes du Canada

4 juin 2008, Projet de loi fédéral C-20²

Intervention de M. Benoît Pelletier, Ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, des Affaires autochtones, de la Francophonie canadienne, de la Réforme des institutions démocratiques et de l'Accès à l'information du Gouvernement du Québec.

Devant le Comité législatif de la Chambre des communes chargé de l'étude du projet de loi C-20

Je souhaite d'abord vous remercier de l'invitation qui a été faite au Québec d'intervenir dans le cadre des travaux de ce comité qui examine le projet de loi C-20. Je l'ai dit en 2007 devant un comité sénatorial et je le réitère aujourd'hui: le gouvernement du Québec n'a pas comme politique d'intervenir devant le forum parlementaire fédéral, sauf en des circonstances exceptionnelles. Et c'est le cas actuellement, puisque c'est la troisième fois que le Québec aura tenu à s'exprimer devant le Parlement du Canada sur la démarche entreprise par le gouvernement fédéral pour réformer le Sénat.

Le Québec a exprimé ses positions devant le Sénat, lors des travaux du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat à l'automne 2006, et dans le cadre d'un mémoire qui a été déposé, en mai 2007, devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Ses positions sont donc bien connues. Nous avons demandé le rejet de l'ancien projet de loi C-43, maintenant devenu le projet de loi C-20, par lequel le gouvernement fédéral veut introduire un système électoral dans le cadre de la sélection des sénateurs. Nous avons également demandé la suspension des travaux sur l'ancien projet de loi S-4 concernant la durée du mandat des sénateurs, maintenant devenu le projet de loi C-19. Ces deux mesures sont encore présentées de façon distincte, mais elles forment bel et bien un tout.

Or, le gouvernement du Québec est d'avis que la transformation du Sénat, dans ses caractéristiques essentielles, ne relève pas des lois ordinaires. C'est

² http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/discours/2008/dis20080605.htm

plutôt une question pleinement constitutionnelle qui nécessite le recours aux procédures multilatérales de modification constitutionnelle.

Pour le gouvernement du Québec, il ne fait aucun doute que le gouvernement fédéral tente, par ces projets de loi, de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement, c'est-à-dire transformer la nature et la vocation du Sénat qui, depuis 1867, agit comme chambre nommée, chargée d'un rôle de second examen législatif.

Il nous semble également clair que le système envisagé par le projet de loi C-20 est électoral dans son objet et dans son effet. Nous avons remarqué, au cours des travaux du comité, qu'il a été mentionné que le projet de loi C-20 avait été « soigneusement rédigé » pour respecter la Constitution. La Constitution va plus loin que la forme. Elle va plus loin que les techniques de rédaction. Elle s'intéresse au fond des choses, à l'objet même des normes.

La jurisprudence constitutionnelle a très tôt souligné l'importance de s'éloigner de la simple forme et des seules apparences pour évaluer la constitutionnalité d'une mesure sur le plan du partage des compétences. L'approche formaliste a été rejetée. Les tribunaux ont eu la sagesse de reconnaître qu'une rédaction subtile peut parfois n'être que déguisement. Et ils ont mis au coeur du raisonnement constitutionnel l'idée selon laquelle ce qui compte, c'est le caractère véritable des normes.

À mon sens, cette tradition juridique est tout aussi pertinente lorsqu'il s'agit de se pencher sur les limites de la compétence fédérale unilatérale en matière institutionnelle par rapport aux procédures multilatérales de modification constitutionnelle. Ce qui compte, c'est le but, l'objet et l'effet de ce projet de loi, et non le soin apporté à sa rédaction ou l'inventivité des notions sollicitées, comme celle d'élection consultative aux fins de nomination, notion qui semble n'avoir aucun précédent.

Pour le gouvernement du Québec, il ne fait pas de doute que le projet de loi C-20 a pour objet de transformer progressivement la nature du Sénat. C'est là l'objectif clair du gouvernement fédéral. Le système envisagé par le projet de loi ne peut fonctionner, ne peut être viable, que s'il est utilisé en tant que système électoral. Sinon, en effet, comment appeler les citoyens à se présenter et à faire l'effort – financier, notamment – de campagnes qui obligeront ces candidates et candidats à sillonner la province tout entière? Comment justifier la participation d'Élections Canada et l'utilisation des ressources publiques nécessaires à la conduite d'un scrutin complexe et devant répondre aux

exigences du domaine électoral? Comment demander à chacun de venir exercer son devoir de citoyen et d'exprimer son vote dans l'isoloir? Comment empêcher un candidat de se considérer, au terme d'un tel processus, élu directement par la population, vu le recours au suffrage universel?

La notion de consultation nous paraît donc artificielle. S'il y a un « bassin » de personnes au terme de cet exercice, comme l'ont évoqué certains représentants fédéraux, ce sera un bassin d'élus, ce qui ne change pas l'impact fondamental du projet de loi sur la nature du Sénat. Même si les sièges pour lesquels ces personnes auront été élues ne sont pas tous immédiatement disponibles, ces personnes auront toutes été choisies par les électeurs au suffrage universel. Cette idée de bassin n'atténue en rien l'importance de la transformation institutionnelle envisagée.

Dans mes interventions antérieures, j'ai évoqué le lien de filiation existant entre les articles 42 et 44 de la Loi constitutionnelle de 1982 et l'avis de 1979 de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Chambre haute. En effet, à la suite de cet avis d'où se dégage le principe selon lequel les caractéristiques essentielles du Sénat échappent au pouvoir fédéral unilatéral, le Constituant a indiqué, de façon expresse, certaines exceptions à la compétence fédérale unilatérale aujourd'hui établie par l'article 44. Parmi ces exceptions figurent notamment les questions du mode de sélection des sénateurs, des pouvoirs du Sénat et de la représentation régionale, trois éléments très liés entre eux, soit dit en passant, du point de vue des questions d'équilibre et d'architecture institutionnels.

Certains intervenants, dans le cadre des débats actuels portant sur les projets de loi fédéraux, se sont questionnés sur la pertinence, aujourd'hui, du Renvoi sur la Chambre haute. Nous réitérons que cet avis de la Cour a gardé toute son actualité. La protection constitutionnelle des caractéristiques essentielles du Sénat est toujours présente dans la Constitution par l'entremise des exceptions mentionnées à l'article 42 et par la possibilité, au-delà de ces exceptions, qu'il soit nécessaire d'appliquer la procédure générale du 7/50 en vertu de l'article 38 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Le compromis fédératif à la base du système politique canadien trouve son expression dans les caractéristiques essentielles des institutions fédérales créées en 1867. Dans son mandat originel, de par la répartition régionale des sièges sénatoriaux, le Sénat est destiné à être le lieu de la représentation des intérêts des composantes de la fédération au sein des institutions fédérales.

Pour le Québec, ces intérêts comportent, entre autres, une dimension spécifique ayant trait à son identité nationale. Le projet de loi C-20 soulève également des préoccupations sur le plan de la présence des francophones au Sénat et sur le rôle de cette chambre dans la protection de la dualité canadienne, comme l'a particulièrement souligné la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada dans son mémoire déposé devant ce comité.

Le Sénat remplit également un rôle de « second examen objectif » des mesures législatives proposées par la Chambre des communes. Ce rôle se reflète dans les pouvoirs du Sénat qui donne son agrément à l'ensemble des textes législatifs fédéraux. Or, on le sait, son caractère de chambre nommée vient, dans les faits, moduler grandement l'exercice de ces prérogatives par le Sénat.

Le projet de loi C-20 encouragerait très certainement le Sénat à utiliser concrètement les nombreux pouvoirs qui sont toujours à sa disposition. Et cela, sans qu'il n'existe de mécanisme pour gérer l'impasse entre les deux chambres. Nous constatons d'ailleurs avec étonnement que certains voient dans les défauts du projet de loi C-20 un moyen – positif, en quelque sorte – de déstabiliser le statu quo, de provoquer le changement. Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'aborder les changements institutionnels fondamentaux de cette façon, sans tenir compte des liens complexes qui existent entre les différentes caractéristiques essentielles des institutions concernées.

Le Sénat s'inscrit, en effet, dans un environnement constitutionnel complexe et cohérent faisant intervenir des considérations ayant trait au pacte fédératif et à l'équilibre des relations intergouvernementales. Les projets fédéraux actuels ne sont pas de simples expériences ou projets pilotes. S'ils étaient mis en oeuvre, ils pourraient entraîner des changements politiques importants à l'égard desquels nous ne pouvons présumer qu'il serait facile d'apporter, le cas échéant, des ajustements ou correctifs, surtout s'il devait en découler des conséquences inattendues.

Dans l'ordre du prévisible, un Sénat élu pourrait avoir des répercussions sur l'équilibre des rapports intergouvernementaux, sans que la défense des intérêts provinciaux par la Chambre haute ne soit améliorée. En effet, les nouveaux sénateurs seraient vraisemblablement peu efficaces quant à la représentation des intérêts provinciaux, puisqu'ils auraient plutôt tendance à s'intégrer à la dynamique politique propre à la scène fédérale, notamment celle des partis politiques fédéraux, et ce, même si certaines modulations par

rapport au modèle australien, qui a servi d'inspiration au gouvernement fédéral, ont été intégrées dans le projet de loi C-20. Le Sénat australien sert ici de point de comparaison, une institution particulièrement marquée par la polarisation partisane.

C'est plutôt par rapport à la mission constitutionnelle fondamentale du Sénat canadien actuel qu'il faut regarder l'impact du système électoral préconisé par le gouvernement fédéral et, de ce point de vue, il nous paraît clair que la dynamique partisane, au sein de la Chambre haute, s'intensifiera.

Les provinces ont un intérêt direct dans les changements unilatéraux que le gouvernement fédéral propose d'apporter au Sénat. L'argument selon lequel le processus de modification constitutionnelle est trop exigeant n'est pas un argument qui vaut dans un régime fédéral, où le constitutionnalisme et la primauté du droit sont reconnus comme principes essentiels. Ce n'est pas un argument qui vaut dans un régime fédéral, où le recours à des procédures plus complexes pour modifier la Constitution vise à assurer la prise en considération des intérêts minoritaires, lorsque sont en jeu des éléments constitutionnels fondamentaux. Cette prise en considération des intérêts minoritaires a une importance particulière pour la nation québécoise, compte tenu de sa situation dans l'ensemble canadien.

L'avenir du Sénat et la modification de ses caractéristiques essentielles ne peuvent être envisagés en dehors du contexte constitutionnel auquel il appartient, celui des modifications constitutionnelles où les provinces sont appelées à exercer une part du pouvoir constituant.

Il semble peu banal que, sur un sujet aussi clairement constitutionnel que la nature et la vocation du Sénat, nous ayons à tenir un débat de processus, que nous soyons ici à revendiquer la participation des provinces.

Les provinces doivent faire partie des réformes qui portent sur les caractéristiques fondamentales des institutions fédérales. Le Québec n'est pas fermé à l'idée d'une modernisation du Sénat. Il est conscient que ses partenaires fédératifs ont certaines aspirations en cette matière. Il est, pour sa part, naturellement intéressé à la question du rôle du Sénat sur le plan du fédéralisme et, notamment, à celle d'une relation plus étroite entre les provinces et la Chambre haute. Mais un tel travail de modernisation institutionnelle ne peut être monopolisé par un seul parlement.

En conclusion, qu'il nous soit permis de réitérer, devant ce comité, le message exprimé unanimement par l'Assemblée nationale du Québec dans sa résolution du 16 mai 2007. Le projet de loi C-20, que l'on cherche à présenter comme une modification mineure à l'égard de laquelle le Parlement fédéral aurait compétence exclusive, cache, en réalité, une réforme en profondeur de la nature et de la vocation du Sénat. Une telle réforme ne saurait, sous aucun prétexte, se prêter à une initiative unilatérale du gouvernement fédéral. Les provinces, et le Québec en particulier, ne peuvent être exclues des débats fondamentaux concernant l'évolution de la fédération canadienne.

3. Communiqués

4 juin 2008, Projet de loi fédéral C-20³

Le ministre Benoît Pelletier dénonce la démarche unilatérale du gouvernement fédéral

Québec, le 4 juin 2008 – Le ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, des Affaires autochtones, de la Francophonie canadienne, de la Réforme des institutions démocratique et de l'Accès à l'information, M. Benoît Pelletier, s'est adressé aujourd'hui au Comité législatif de la Chambre des communes qui étudie les projets de réforme du Sénat du gouvernement fédéral. M. Pelletier y a exprimé la ferme opposition du gouvernement du Québec à toute démarche unilatérale visant à réformer les institutions fondamentales du Canada. « L'avenir du Sénat et la modification de ses caractéristiques essentielles ne peuvent être envisagés en dehors du contexte constitutionnel auquel il appartient. Les provinces doivent indéniablement être partie prenante aux réformes visant les attributs fondamentaux des institutions fédérales », a déclaré le ministre Pelletier.

M. Pelletier a également indiqué toute l'importance qu'une éventuelle réforme du Sénat revêt pour la nation québécoise. « Dans son mandat originel, de par la répartition régionale des sièges, le Sénat est destiné à être le lieu de la représentation des intérêts des composantes de la fédération au sein des institutions fédérales. Pour le Québec, ces intérêts comportent, entre autres, une dimension spécifique ayant trait à son identité nationale », a-t-il ajouté.

Il a profité de l'occasion pour rappeler le message exprimé unanimement par l'Assemblée nationale dans la motion du 16 mai 2007, soit que toute

³ http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/communiqués/2008/saic_com20080604.html

modification au Sénat canadien ne peut se faire sans le consentement du gouvernement du Québec et de l'Assemblée nationale.

4. Allocutions et conférences

18 janvier 2008, Congrès canadien des affaires constitutionnelles 2008⁴

En tant que juriste dont une partie appréciable de la carrière professionnelle a été consacrée à la question constitutionnelle, je suis ravi de constater qu'encore, en 2008, cette question suscite un intérêt aussi vif dans les milieux universitaires canadiens. Votre présence ici démontre avec éloquence que les enjeux de nature constitutionnelle demeurent une source de réflexion chez les universitaires du Québec et d'ailleurs au Canada. Elle fait montre également chez vous d'une volonté de contribuer, à votre manière, à l'édification de notre société, afin que nos institutions reflètent pleinement ce que nous sommes. Pour ces raisons, le Congrès canadien des affaires constitutionnelles est une initiative heureuse qui, en donnant à des participants de partout au pays l'occasion de discuter de divers points de vue sur l'évolution de notre Constitution, est susceptible de favoriser, à terme, l'émergence de nouveaux consensus sur certains enjeux qui animent la question constitutionnelle au Canada.

J'aimerais aujourd'hui aborder la question des relations intergouvernementales dans le contexte fédéral canadien. En particulier, je vous entretiendrai de deux éléments qui, à mon sens, interpellent le fédéralisme canadien au début de ce siècle: la place du Québec au sein des institutions fédérales et la limitation du pouvoir fédéral de dépenser.

La réforme constitutionnelle: un objectif à long terme

Le dossier constitutionnel est, au Canada, d'une grande complexité. Je puis vous l'affirmer en toute connaissance de cause, puisque, pendant de nombreuses années, j'ai en tant qu'universitaire étudié de près la question de la modification de la Constitution canadienne.

À mon avis, le caractère complexe de cet enjeu crucial pour l'avenir du Canada est redevable au fait qu'après des décennies de pourparlers, la question de la place du Québec dans la fédération canadienne n'est toujours

⁴http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/discours/2008/dis20080118.htm

pas entièrement résolue. Plus de 25 ans après le rapatriement de la Constitution, l'Assemblée nationale et le gouvernement du Québec n'ont toujours pas adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982. D'ailleurs, il importe de rappeler que des trois partis représentés à notre Assemblée nationale, aucun ne propose que le Québec ratifie cette loi dans son état actuel.

Si aucun gouvernement n'a apposé la signature du Québec à la Loi constitutionnelle de 1982 et si aucun parti politique québécois ne projette de le faire dans un proche avenir, c'est pour des raisons qui me paraissent encore pertinentes aujourd'hui. Aucune correction ni aucun ajustement n'ont en effet été apportés depuis l'adoption de cette loi en ce qui touche le Québec, sauf la modification constitutionnelle très limitée de 1997 relative à la déconfessionnalisation du système scolaire québécois. Un jour ou l'autre, il faudra s'attaquer à la réforme constitutionnelle afin que la Constitution reflète plus fidèlement la réalité canadienne, y compris la spécificité québécoise. Cette dernière constitue une source d'enrichissement pour l'ensemble du pays. Cela doit être affirmé et reconnu de façon solennelle.

Le dossier constitutionnel est cependant chargé politiquement. Tous se souviennent amèrement de 1982, 1990 ou 1992, puisque les cicatrices résultant de ces événements sont loin d'avoir disparu. Nous ne pouvons pas, en toute connaissance de cause, lancer le Québec dans une ronde constitutionnelle sans avoir de fortes chances de réussir. Le Québec et le Canada ne peuvent se permettre un autre échec dans ce dossier. Face à ce constat, nous devons conclure qu'une réforme constitutionnelle ne peut pas être envisagée par le Québec ni le Canada dans un proche avenir.

Cependant, nous devons constater qu'actuellement le Québec réussit à progresser dans la fédération par des gains et réalisations de nature non constitutionnelle. En effet, au cours des quatre dernières années, le gouvernement québécois s'est attaché à explorer des avenues non constitutionnelles pour faire avancer le Québec au sein du Canada et pour améliorer le fédéralisme canadien. Convaincu que le développement économique, social, culturel et politique du Québec dépend grandement de sa capacité de se projeter comme membre dynamique de la fédération canadienne, notre gouvernement a entrepris de faire du Québec un catalyseur de changement au sein du Canada en fondant son action sur trois principes fondamentaux, soit l'affirmation, l'autonomie et le leadership, tels que je les avais exprimés dans le cadre de mon rapport de 2001 :

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

- affirmation de la spécificité du Québec, fondée sur ses caractéristiques nationales, notamment sa langue, sa culture et ses institutions juridiques et politiques, et ce, tant sur la scène canadienne que sur la scène internationale;
- promotion, défense et renforcement de l'autonomie de l'État québécois au sein de la fédération et, de façon plus générale, promotion d'un meilleur équilibre entre les deux ordres de gouvernement;
- enfin, leadership du Québec dans le développement de rapports constructifs, harmonieux et mutuellement bénéfiques entre les divers partenaires fédératifs canadiens.

Je suis fier de pouvoir affirmer que depuis 2003, cette approche a permis au Québec et à l'ensemble du Canada de réaliser des progrès.

Sur le plan institutionnel, je pense notamment à la création, en décembre 2003, du Conseil de la fédération, qui fêtera son cinquième anniversaire cette année, ainsi qu'à la conclusion, en septembre 2004, d'une entente sur le financement du système de santé dans laquelle le fédéralisme asymétrique a été reconnu comme principe de la fédération canadienne. Dans la pratique, le fédéralisme asymétrique consiste en la reconnaissance par le gouvernement fédéral de la diversité du Canada et de la nécessité qu'il élabore avec les provinces des solutions souples qui traduisent cette diversité. Loin de saper l'intégrité du cadre constitutionnel canadien, ce principe y concourt en rétablissant un sentiment d'équilibre et de souplesse bénéfique pour chaque province. C'est dans ce même esprit que l'entente Québec-Ottawa sur le programme québécois des congés parentaux – qui, soit dit en passant, connaît un succès retentissant depuis sa création, il y a deux ans – illustre la façon dont les gouvernements peuvent conclure des accords politiques et financiers qui permettent au Québec, mais également aux autres provinces d'élaborer des mesures correspondant au consensus politique établi dans des domaines qui relèvent de leurs compétences, qu'elles soient partagées ou exclusives.

Sur le plan des finances publiques, un certain nombre de percées ont été réalisées dans le dossier du déséquilibre fiscal, notamment à la suite des représentations des gouvernements provinciaux et territoriaux en ce sens. Comme tout le monde le sait, le Québec a contribué grandement à mettre ce dossier à l'avant-plan de l'actualité politique. Bien qu'il n'y ait jamais eu de consensus entre les provinces et les territoires sur les solutions devant être apportées à ce dossier fort complexe, il y avait néanmoins, sur le fond,

consensus sur l'importance d'un règlement du déséquilibre fiscal au Canada. C'est ainsi que, lors du dernier budget fédéral déposé en mars 2007, le programme de péréquation a été amélioré de façon appréciable, ce qui a permis de régler en bonne partie le déséquilibre dit horizontal, soit celui entre les différentes régions du pays.

De plus, sur le plan international, notre gouvernement a conclu avec le gouvernement fédéral l'entente sur l'UNESCO. Cette entente permet au Québec de parler de sa propre voix et de jouer un rôle notable au sein de cette organisation, dont le mandat touche à plusieurs domaines qui, en vertu de la Constitution canadienne, relèvent des champs de compétence des provinces et qui, de surcroît, vont au cœur de la spécificité du Québec.

Vous conviendrez donc avec moi que l'approche paraconstitutionnelle que notre gouvernement a privilégiée ces dernières années a donné des fruits et qu'elle doit être maintenue. Cela ne doit toutefois pas nous empêcher de regarder plus loin et de réfléchir à des réformes plus ambitieuses, fussent-elles de nature constitutionnelle ou non. Jamais les Québécois ne devront renoncer à dire leur mot sur l'avenir du pays et sur la place qu'ils souhaitent occuper dans le Canada de demain.

La Constitution canadienne: ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être

À mon sens, le progrès sans doute le plus inattendu du fédéralisme canadien au cours dernières années a été la reconnaissance de la diversité profonde du Canada en général et de l'originalité québécoise en particulier. Je fais référence, bien entendu, à l'adoption par la Chambre des communes, en novembre 2006, d'une motion reconnaissant que les Québécois forment une nation au sein du Canada. Il s'agit là d'un geste d'ouverture important à l'endroit du Québec et porteur d'avenir pour le pays. Il consacre tout d'abord l'acceptation d'une réalité politique et sociale qui fait consensus depuis longtemps parmi les Québécois de toute origine et qui transcende les partis, les époques et les débats: le fait qu'ils possèdent les attributs et caractéristiques d'une nation.

Quatre fois centenaire, la nation québécoise se veut moderne, inclusive et rassembleuse. Fondée à l'origine sur la langue française, sur un peuplement de descendance française, la nation québécoise s'est enrichie progressivement – et s'enrichit toujours – de l'apport des Autochtones établis sur son territoire, d'une communauté anglophone dynamique ainsi que de nouveaux arrivants. Aujourd'hui, la nation québécoise évolue au rythme de la mondialisation et de

l'ouverture sur le monde, accueille des gens de tous les horizons et leur lance une invitation franche et sincère à contribuer au développement du Québec autour d'un certain nombre de valeurs que nous avons tous en partage. Parmi ces valeurs communes, on trouve l'égalité entre les sexes, la démocratie, le respect des libertés individuelles, la prépondérance du français, ainsi que la séparation entre l'Église (ou, devrais-je plutôt dire, les religions) et l'État. C'est ainsi que les Québécois conçoivent leur nation et c'est ainsi qu'ils souhaitent la voir reconnue ailleurs au Canada et dans le monde.

Il ne fait donc aucun doute dans mon esprit que ce geste d'ouverture de la Chambre des communes est le premier résultat concret de nombreuses démarches menées, entre autres, par le gouvernement dont je fais partie, en vue de faire reconnaître la spécificité québécoise dans l'ensemble canadien. Par exemple, en 2003, c'est unanimement que, sous notre gouvernement, l'Assemblée nationale a réitéré le fait que le peuple québécois forme une nation. De plus, en novembre 2006, j'ai fait un plaidoyer soutenu au Parlement québécois en faveur de la reconnaissance, dans l'ensemble canadien, de la nation québécoise.

Bien qu'on ne mesure pas encore toutes les conséquences de ce geste fondamental pour l'avenir de notre fédération, la reconnaissance de la nation québécoise par la Chambre des communes marque néanmoins un changement de philosophie dans l'appréhension de la diversité canadienne, puisqu'elle vient confirmer, en quelque sorte, la possibilité de concilier l'affirmation du caractère national distinct du Québec avec la poursuite du projet commun canadien. En effet, s'il est important, pour une nation telle que le Québec, de se connaître, de savoir d'où elle vient et de se projeter dans l'avenir, il est tout aussi important que sa spécificité soit admise par la majorité. Toute nation, quelle qu'elle soit, n'existe pas seulement en elle-même; elle existe également dans le regard de l'autre. Il s'agit en outre du premier pas et d'une étape combien nécessaire vers l'établissement – ou le rétablissement – d'un cadre de gouvernance permettant des rapports plus harmonieux et assurant la pérennité du Canada.

Minoritaires dans l'ensemble canadien, les Québécois accordent beaucoup d'importance à la Constitution. Ils savent, peut-être plus par instinct que grâce à de savants calculs, qu'elle est susceptible, dans sa nature même, de leur accorder une certaine forme de protection et de leur donner les moyens de faire contrepoids un tant soit peu aux vœux de la majorité quant à l'évolution du système fédéral canadien.

La constitution d'un pays, quel qu'il soit, est un contrat entre les parties constituantes, que dis-je, entre les citoyens eux-mêmes. Chacun doit y trouver suffisamment de raisons pour y adhérer volontairement. Chacun doit s'y reconnaître. Dans d'autres pays, comme les États-Unis d'Amérique, la Constitution est un acte sacré qui fait l'objet d'une grande vénération. Au Canada, il s'agit plutôt d'une œuvre inachevée, pour les motifs que l'on connaît.

La quête de reconnaissance de la spécificité du Québec dans notre loi fondamentale n'est pas un caprice. J'irais même jusqu'à qualifier cette reconnaissance de nécessaire, car la Constitution est un miroir et qu'il est primordial que, dans ce miroir, le Québec se reconnaisse pleinement, à défaut de quoi l'architecture institutionnelle du Canada demeurera incomplète et fragile.

Deux dossiers de l'heure: le Sénat et le pouvoir fédéral de dépenser

Parallèlement à la reconnaissance de la spécificité québécoise, le Canada est convié à un vaste chantier, soit la consolidation de l'équilibre entre les ordres de gouvernement.

À ce sujet, je voudrais aborder deux dossiers de l'heure qui posent de grands défis quant à l'atteinte et au maintien de l'équilibre entre Ottawa et les provinces. Il s'agit, premièrement, de la réforme du Sénat qui soulève la question de la représentation des provinces dans les institutions centrales et, deuxièmement, de l'éternelle question du pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence des provinces.

S'agissant du Sénat, il convient de rappeler d'entrée de jeu que la Chambre haute n'est pas, dans son essence, une institution fédérale au sens strict. C'est une institution fédérale-provinciale, puisqu'elle était au cœur même du compromis qui est intervenu en 1867 et qui a présidé à la fondation du Canada. Je dis compromis, car, si le Québec – à l'époque, le Bas-Canada – a adhéré à la fédération canadienne, c'est notamment en raison de la création du Sénat et des garanties qu'il obtenait en ce qui concerne sa présence et son rôle au sein de cette Chambre. De plus, si le Québec estime que le Sénat est une institution « nationale » plutôt que strictement « fédérale », c'est en raison du fait que la Cour suprême du Canada a reconnu, dans un jugement rendu en 1980 dans l'affaire du Renvoi sur la Chambre haute, que le gouvernement ou le Parlement du Canada ne peuvent seuls modifier le Sénat dans ses conditions essentielles. C'est également pour ces raisons que le Québec, à

l'instar d'une majorité de provinces, estime que tout projet de réforme du Sénat qui toucherait à ses caractéristiques essentielles ne pourrait être fait qu'en vertu d'un processus de modification constitutionnelle dont les provinces seraient partie. Cela vaut également, a fortiori, pour l'abolition pure et simple du Sénat. Issue d'un compromis historique qui tenait compte des intérêts et des aspirations des partenaires fédératifs de l'époque, la Chambre haute ne peut être modifiée ou abolie qu'en prenant en considération, aujourd'hui, ces mêmes intérêts et aspirations.

Or, à mon avis, les projets de loi qui ont été déposés jusqu'à présent par le gouvernement fédéral en ce qui concerne la réforme du Sénat, lorsqu'on les additionne, aboutissent à une réforme suffisamment substantielle pour entraîner l'application de la procédure complexe (ou multilatérale) de modification constitutionnelle. En d'autres termes, ce que le gouvernement du Canada a l'intention de faire, il ne peut pas le faire seul, puisque, ce faisant, il touche aux conditions et aux caractéristiques essentielles de cette institution. C'est ce qui a amené l'Assemblée nationale à adopter unanimement, le 7 novembre dernier, une motion réaffirmant que toute modification au Sénat canadien ne peut se faire sans le consentement du Québec et de l'Assemblée nationale.

Permettez-moi maintenant d'aborder brièvement la question du pouvoir fédéral de dépenser. Rappelons à ce propos que le gouvernement fédéral, lors du dernier discours du trône, s'est engagé à déposer un projet de loi visant à mieux encadrer l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. Plusieurs l'ont déjà fait remarquer, si cette question peut paraître technique pour certains, elle demeure au cœur des problèmes fondamentaux du fédéralisme canadien. Ce n'est pas pour rien si, dans le passé, elle fut abordée à presque toutes les rondes de négociation constitutionnelle qui se sont tenues depuis que le concept du pouvoir fédéral de dépenser a fait son apparition dans notre système politique.

Historiquement, le gouvernement du Québec, quel que soit le parti politique au pouvoir, n'a jamais reconnu au gouvernement fédéral la capacité d'effectuer des dépenses sans égard au partage des compétences et a continuellement cherché à convenir des règles devant régir ce domaine, mais en vain jusqu'ici. En effet, nous croyons que l'idée d'un pouvoir fédéral de dépenser non limité par le partage des compétences est incompatible avec la Constitution, le principe du fédéralisme, la bonne conduite des relations intergouvernementales ainsi que les principes de responsabilité et de transparence.

Comme certains d'entre vous le savent peut-être, la question de l'existence et de l'étendue de ce pouvoir est actuellement devant la Cour suprême du Canada, dans le cadre d'un litige opposant des syndicats québécois au gouvernement fédéral au sujet de l'utilisation des surplus du compte de l'assurance-emploi. En première instance, le Procureur général du Canada avait prétendu que son pouvoir de dépenser n'était « nullement limité par le partage des compétences ». Le Procureur général du Québec est intervenu pour s'opposer à cet argument en faisant valoir qu'un tel pouvoir n'était pas inscrit dans la Constitution canadienne et qu'il n'avait jamais été entériné clairement — c'est-à-dire sur la base d'un *ratio decidendi* — par la jurisprudence. Le gouvernement fédéral ne peut, par le biais de dépenses, contourner le partage des pouvoirs et la procédure de modification constitutionnelle.

Pour le Québec, le fédéralisme canadien et le partage des compétences impliquent nécessairement qu'il existe des limites inhérentes au « pouvoir fédéral de dépenser » et que, s'il devait y avoir une éventuelle loi fédérale à ce sujet, celle-ci devrait respecter ces limites en prévoyant, notamment:

- la nécessité du consentement d'une province, exprimé formellement pour la mise en œuvre sur son territoire de toute forme d'initiative financière fédérale relative à un domaine de compétence provinciale exclusive;
- la nécessité d'offrir un « droit de retrait » inconditionnel avec pleine compensation financière à toutes les provinces qui ne consentiraient pas à une telle initiative;
- que cette limitation s'étende aux programmes présents et futurs.

Ainsi, toute province devrait pouvoir soit adhérer à l'initiative fédérale, soit conserver son autonomie et recevoir une pleine compensation. Il ne fait aucun doute que ce dossier requerra des négociations délicates avec le gouvernement canadien, mais je suis assuré que nous saurons parvenir à une solution mutuellement bénéfique pour toutes les parties intéressées.

Comprenez-moi bien cependant. Ce que recherche l'actuel gouvernement du Québec, c'est un encadrement complet et efficace du prétendu pouvoir fédéral de dépenser. Toutefois, un tel encadrement ne passe pas nécessairement par la voie constitutionnelle.

Perspectives d'avenir: une charte du fédéralisme

Avant de conclure, j'aimerais discuter d'un projet qui, s'il devait voir le jour, pourrait, selon moi, grandement contribuer à améliorer les rapports entre les deux ordres de gouvernement.

Au cours de la dernière campagne électorale fédérale, le programme du Parti conservateur du Canada avait suscité beaucoup d'intérêt au Québec, et ce, largement en raison du fédéralisme d'ouverture que ce parti promettait de pratiquer. On se souviendra plus particulièrement de la promesse que le chef conservateur, M. Stephen Harper, avait formulée à Québec en décembre 2005, soit d'adopter une charte du fédéralisme d'ouverture pour concrétiser son engagement envers une fédération plus efficace et mieux équilibrée. Deux ans plus tard, le gouvernement du Québec démontre toujours de l'intérêt pour une telle charte. Cependant, cette proposition, fort séduisante a priori, aurait avantage à être développée.

Pour ma part, j'entrevois deux grands objectifs d'une telle charte. D'une part, elle pourrait contribuer à redynamiser les relations intergouvernementales canadiennes en confirmant la centralité du principe fédéral au Canada et en insistant sur le respect de l'esprit fédératif et des compétences de chaque ordre de gouvernement. Par exemple, elle pourrait contenir un code de conduite applicable à chacun des partenaires, un peu à l'image des concepts de loyauté et de convivialité fédérale qui se trouvent dans la constitution de certains pays. Elle pourrait aussi contenir d'autres énoncés jugés fondamentaux par les Canadiens. Bref, avec la Charte canadienne des droits et libertés, elle pourrait traduire les principes et les valeurs qui sous-tendent le Canada moderne. D'autre part, une telle charte nous assurerait que les citoyens canadiens bénéficient des avantages du fédéralisme. Ainsi, le respect des principes énoncés dans la charte du fédéralisme favoriserait l'amélioration de la démocratie au Canada.

Loin de moi l'intention, en soumettant cette idée à votre réflexion, de plaider pour l'ouverture d'une ronde de négociations constitutionnelles à court terme. D'ailleurs, rien ne dit qu'une telle charte devrait nécessairement prendre la forme d'un document constitutionnel, à proprement parler. Dans un premier temps, elle pourrait fort bien n'être qu'un énoncé politique, quitte à ce qu'elle soit inscrite dans la Constitution le moment venu. L'enchâssement des droits de la personne dans notre constitution a d'ailleurs suivi un parcours similaire. En effet, bon nombre de nos droits et libertés existaient depuis fort longtemps dans la sphère politique et la jurisprudence, lorsque le gouvernement

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

Diefenbaker a fait adopter, en 1960, la Déclaration canadienne des droits, laquelle a été à son tour une des sources d'inspiration de la Charte canadienne des droits et libertés enchâssée dans la Constitution en 1982.

Cela dit, je suis persuadé qu'un projet aussi prometteur que l'élaboration d'une charte du fédéralisme pourrait rassembler les Québécois et les autres Canadiens autour de l'esprit fédéral et générer une dynamique nouvelle dans la conduite des affaires fédératives. À terme, il est possible de croire que l'adoption d'un tel document, même s'il n'était pas enchâssé dans la Constitution, puisse favoriser un plus grand équilibre entre les deux ordres du gouvernement, faisant ainsi du Canada un pays mieux outillé pour surmonter les nombreux défis auxquels il fait face.

3 octobre 2008, Canadian Club de Toronto⁵

Réinventer le Canada: Les défis de notre pays au 21e siècle

Allocution du ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, des Affaires autochtones, de la Francophonie canadienne, de la Réforme des institutions démocratiques et de l'Accès à l'information

Monsieur Benoît Pelletier

Je souhaite remercier la présidente, Mme Helen Burstyn, et le Canadian Club de Toronto pour leur invitation.

J'aimerais profiter de cette tribune et de l'occasion qui m'est offerte pour vous parler de ce Canada que nous partageons et bâtissons tous ensemble, des défis auxquels notre pays est appelé à faire face, de la place du Québec dans le Canada de demain, mais aussi de nos accomplissements.

Car nous pouvons être fiers de ce que nous avons accompli en tant que pays. Tout au long de son existence, le Canada est parvenu, d'une manière imparfaite, j'en conviens, mais toujours dans un esprit de bonne volonté, à concilier les divers héritages qui ont façonné son identité.

⁵ http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/discours/2008/dis20081003.htm

Je pense entre autres à notre héritage britannique, français et autochtone, ainsi qu'à l'apport des Canadiens de toutes origines qui continuent d'enrichir le tissu social des grandes sociétés d'accueil qui composent notre pays.

Je pense également à notre cohabitation en terre nord-américaine avec les États-Unis, laquelle a influencé l'évolution de nos institutions politiques, que ce soit en adoptant, en 1867, le modèle fédéral ou en enchâssant dans notre Constitution, en 1982, une Charte des droits et libertés.

Bref, la conciliation d'identités et de cultures diverses est au cœur de ce qui fait de nous des Canadiens.

Dans le monde d'aujourd'hui, cette histoire qui est la nôtre, loin d'être un boulet, est plutôt un atout.

1. Gestion de l'interdépendance et coopération

Nous vivons à l'ère de la mondialisation, de la libéralisation des marchés et de la modernité avancée. Cette époque se caractérise par un certain nombre de phénomènes planétaires qui semblent contradictoires à première vue, tels que l'émergence de grands ensembles politiques et économiques et, parallèlement, l'affirmation un peu partout dans le monde des identités particulières et un intérêt renouvelé pour des processus de décentralisation et de régionalisation.

Pour ma part, je crois que ces tendances ne sont pas mutuellement exclusives et, au contraire, qu'elles peuvent coexister. Plus précisément, nous savons tous que nous vivons maintenant dans une époque où les sociétés sont de plus en plus dépendantes les unes les autres. On ne peut plus, aujourd'hui, croire que notre société va évoluer en vase clos, de façon isolée. L'interdépendance est devenue une donnée incontournable. Cette évolution implique que nos gouvernements doivent de plus en plus chercher à travailler en collaboration les uns avec les autres. Ils ont besoin de coopérer davantage ensemble et de trouver des façons de gérer convenablement cette interdépendance accrue qui les lie. Lors du Sommet économique de l'Ontario qui a eu lieu à Niagara-on-the-Lake au cours des derniers jours, les leaders politiques et ceux du milieu des affaires de l'Ontario ont fait usage des termes « connectivité pour une plus grande résilience ».

Mais nous savons également que cette interdépendance, et l'espace commun auquel elle a donné naissance par la multiplication des réseaux d'échange,

favorisent l'expression et l'épanouissement des identités particulières à plusieurs niveaux.

En fait, c'est l'un des plus grands gains de la modernité avancée que de pouvoir exprimer son identité propre, bref d'être soi-même!

On comprendra que dans ce nouveau contexte mondial, le concept classique de l'État-nation unitaire, qui suggère une relation exclusive, une identité unique, un seul gouvernement, apparaît dépassé.

Ceux qui, chez nous, voudraient se replier à l'intérieur des frontières de leur province, non seulement renient ce qui fait la richesse de notre pays, mais vont à contre-courant des grands phénomènes politiques, économiques et sociaux de notre temps.

Je vous le demande: quel meilleur outil que la formule fédérale pour gérer l'interdépendance et s'ouvrir à la diversité? C'est précisément ce qui rend le fédéralisme si pertinent et ce qui en explique la popularité de nos jours partout dans le monde.

Des pays tels que l'Australie, l'Inde, le Brésil, la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, la Russie, le Mexique et les États-Unis ont choisi le fédéralisme comme mode de gouvernance. Ensemble, les fédérations représentent plus de 40 % de la population mondiale. Ils représentent quelques-uns des pays les plus prospères dans le monde.

Fédération bâtie sur la diversité, le Canada, dès 1867, avait déjà une partie de la réponse aux phénomènes universels auxquels nous faisons face de nos jours.

En effet, sur le plan structurel, notre pays possède des institutions qui lui ont permis – et lui permettent encore – de concilier l'unité et la diversité tout en gérant l'interdépendance croissante dans bon nombre de secteurs des politiques publiques.

Notre architecture institutionnelle n'est certes pas parfaite; elle mérite certainement des améliorations à plusieurs égards. Mais nous devons admettre que, dans l'ensemble, nos institutions ont permis de faire du Canada ce qu'il est aujourd'hui: un pays qui, de par le monde, suscite l'admiration.

2. Sens véritable du fédéralisme

Pour continuer à concilier unité et diversité tout en surmontant les nouveaux défis de notre époque, le Canada doit demeurer authentiquement fédéral.

Pour ce faire, il ne doit pas se fier uniquement à ses institutions fédératives, mais doit également renouer avec une culture politique davantage conforme à l'idéal fédéral.

Succomber aux réflexes unitaires, comme notre pays l'a trop souvent fait au siècle dernier, c'est renoncer aux principes sous-jacents à l'idéal fédéral et, en définitive, vider nos institutions fédératives de leur substance et de leur pertinence.

3. Audace, imagination, innovation, adaptation

Je demeure toutefois optimiste en ce qui a trait à l'avenir de notre fédération. Au cours des dernières années, notre pays a fait certaines avancées qui témoignent d'une redécouverte de l'esprit fédéral.

À cet égard, la contribution du Québec n'est pas à négliger. Je pense notamment à la création, en décembre 2003, du Conseil de la fédération, à la conclusion, en septembre 2004, d'une entente sur le financement du système de santé, dans laquelle le fédéralisme asymétrique a été reconnu formellement par le gouvernement fédéral ainsi que l'ensemble des provinces et territoires, aux efforts pour réduire le déséquilibre fiscal et moderniser la formule de la péréquation, ainsi qu'à l'adoption par la Chambre des communes, en novembre 2006, d'une motion reconnaissant que les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni.

Mais notre pays peut faire beaucoup plus. Il doit renouer plus fermement avec les valeurs qui lui ont servi de fondement. Et surtout, il doit faire preuve d'une audace accrue, de créativité, d'imagination et d'ingéniosité afin que notre fédération reflète mieux notre diversité intrinsèque ainsi que les réalités de notre temps.

Jusqu'à présent, force nous est d'admettre que notre pays n'a pas démontré toute l'audace et toute la capacité d'adaptation qu'exigent les circonstances.

Un exemple éloquent de ce manque d'audace est la timidité qui se manifeste lorsqu'il est question de reconnaître un rôle pour les provinces sur la scène internationale, et ce, malgré l'influence croissante des processus transfrontaliers dans les questions intérieures.

Un autre chantier auquel il me semble essentiel de nous attaquer est celui de la problématique du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de juridiction provinciale.

Le temps n'est plus à la timidité. En cette époque où le modèle fédéral gagne en popularité partout dans le monde, il serait fâcheux que notre pays, le troisième à avoir adopté la formule fédérale après les États-Unis et la Suisse, ne soit pas à l'avant-garde en matière de fédéralisme.

Alors que le modèle fédéral est vu comme un outil permettant d'unir dans un même État des nations aux identités multiples, il serait périlleux que notre pays, faute d'avoir préservé une culture politique empreinte de l'esprit fédéral, détourne nos institutions de leur raison d'être pour en faire des outils de centralisation et d'uniformisation.

4. Complémentarité des allégeances

Dans le contexte canadien, renouer avec l'esprit fédéral signifie également l'acceptation de la diversité de notre pays. Cela signifie l'admission d'une vérité fondamentale qui, étonnamment, malgré notre bagage commun et notre histoire, prête encore flanc à la controverse en 2008: une même personne peut posséder plusieurs identités complémentaires. Une personne peut très bien, aujourd'hui, se définir comme Allemande et Européenne, Écossaise et Britannique, Texane et Américaine, et Québécoise et Canadienne.

Les Québécois ont toutes les raisons d'être fiers d'être Canadiens. Mais cette fierté d'être Canadiens ne les empêche pas pour autant d'être également fiers d'appartenir à la société québécoise, distincte notamment par sa langue, sa culture, sa tradition civiliste, ses institutions particulières et une certaine manière de vivre. Ces deux allégeances, québécoise et canadienne, peuvent être cumulées de façon tout à fait harmonieuse. Elles ne se contredisent pas. Elles s'enrichissent plutôt mutuellement, l'affirmation du caractère national distinct du Québec pouvant être conciliée avec la poursuite du projet commun canadien.

Pour cette raison, les Québécois demandent que la spécificité du Québec, en tant que caractéristique fondamentale de la diversité canadienne, soit pleinement prise en compte au Canada. Le Québec est le seul État majoritairement francophone en Amérique du Nord et, à ce titre, il est l'héritier d'une culture riche et spécifique qu'il est essentiel de soutenir et de développer.

De plus, le Québec considère que la culture relève de ses compétences et qu'il faut rechercher une meilleure cohérence pour assurer un développement intégré de la culture québécoise. Un des moyens pour concrétiser la reconnaissance de sa spécificité comme nation pourrait donc être la signature d'une entente Canada- Québec qui ferait du Québec le maître d'oeuvre des politiques et programmes en matière de culture sur son territoire.

Le Québec demande également une clarification, par une entente administrative, des rôles et responsabilités des deux ordres de gouvernement en matière de communications ainsi qu'une influence plus importante dans les décisions du CRTC qui concernent l'expression de la langue française.

5. Diversité et pluralisme

Un débat sur le pluralisme canadien en général, et la spécificité du Québec en particulier, m'apparaît inévitable. Pourtant, je suis conscient que plusieurs, dans le reste du Canada, craignent la reprise de ce débat et souhaitent que notre pays prenne une tout autre direction. Trop souvent par le passé, notre pays a été attiré par le chant des sirènes de la centralisation et de l'uniformité.

Pour les tenants de ce discours séduisant, le moyen privilégié de relever le défi de la diversité consistait à l'atténuer le plus possible par un gouvernement central omnipuissant et omniscient, intervenant dans tous les domaines d'activité, notamment au moyen d'un prétendu pouvoir fédéral de dépenser, au nom d'un bien commun défini selon une approche « top-down ». Je ne crois pas que cette approche ait donné les résultats promis.

Par contre, les tenants de la « nation building » tous azimuts ont souvent présenté cette philosophie comme étant la mieux indiquée pour assurer l'unité de notre pays. Or, loin de cimenter l'unité de notre pays, cette approche uniformisante a engendré les effets contraires.

Lorsqu'on songe qu'à cette période centralisatrice ont correspondu la montée du mouvement souverainiste québécois, l'affirmation d'un régionalisme de

l'Ouest fondé sur un sentiment d'aliénation face à Ottawa, une régionalisation sans précédent du système partisan sur la scène fédérale ainsi que l'émergence de la question autochtone, on réalisera rapidement que l'approche centralisatrice n'a pas livré la marchandise.

Je l'ai dit, je suis convaincu que le Canada doit, plus que jamais, miser sur la richesse que constituent sa diversité intrinsèque et son pluralisme sociétal, c'est-à-dire la coexistence de plusieurs sociétés ayant une longue histoire et au sein desquelles, aujourd'hui, sont accueillis et intégrés les immigrants arrivant de partout dans le monde, dernière source de diversité qui se superpose à notre pluralisme historique.

Et l'une de ces sociétés d'accueil est, bien sûr, le Québec. Le Québec est une société qui se veut moderne, inclusive et rassembleuse. Il est ouvert sur le monde, généreux et accueillant. Il relève de nouveaux défis et cherche à élargir ses horizons et à conquérir de nouveaux marchés. Il cherche à préserver et à promouvoir son identité et est préoccupé par son autonomie, particulièrement dans ses rapports avec le gouvernement fédéral.

Le Québec que je viens de décrire est le Québec que j'aime et la raison pour laquelle je suis entré en politique il y a maintenant 10 ans.

Voilà pourquoi je crois que le nécessaire respect de nos différences et l'essentiel équilibre entre l'unité et l'affirmation de notre diversité doivent être constamment promus auprès des Québécois et des Canadiens.

D'ailleurs, l'actuel gouvernement du Québec croit en une francophonie canadienne unie et soutient le principe de la dualité linguistique au Canada. Ce gouvernement est déterminé à jouer un rôle actif au sein de la francophonie. Il aspire à faire du Québec le point de ralliement de la promotion de la langue française sur tout le continent.

6. Un sens de l'histoire et du prestige

Un de nos grands premiers ministres, William Lyon Mackenzie King, a déjà décrit notre pays de la manière suivante: « Si certains pays ont trop d'histoire, le nôtre a trop de géographie ».

En analysant la scène politique canadienne des dernières décennies et en observant comment, au nom de l'unité, l'héritage historique et le pluralisme

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

originel de notre pays ont été ignorés, nous sommes forcés d'admettre qu'il avait raison.

Aujourd'hui, comme vous le savez, le chef du Bloc québécois, M. Gilles Duceppe, s'adresse présentement à l'Economic Club de Toronto dans une salle voisine.

Gilles Duceppe croit que la fédération canadienne évolue dans un sens qui ne concorde pas avec les intérêts du Québec, qu'elle ne peut pas être réformée et qu'il n'y a ni respect, ni avenir pour le Québec au sein du Canada. Il croit en la séparation du Québec du reste du Canada. Il tente probablement de justifier la pertinence de son parti et de prouver qu'il a les intérêts du Québec à cœur.

Même s'il prétend parler au nom des Québécois, soyez assurés que son point de vue et, plus important, ses motivations ne sont pas ceux de la majorité des Québécois, peu importe le résultat de la prochaine élection.

L'avenir du Québec ne repose pas dans les mains du Bloc québécois, un parti qui n'a d'autre aspiration que de dissoudre notre pays.

Il repose en grande partie dans les mains de l'actuel gouvernement du Québec, un gouvernement fédéraliste qui s'est donné la marge de manœuvre nécessaire pour défendre librement les intérêts de chaque Québécois, peu importe qui dirige le gouvernement fédéral, et qui n'est pas inhibé par les préoccupations dogmatiques et les chimères inutiles.

L'actuel gouvernement du Québec est fermement engagé à renforcer la place du Québec au sein d'une fédération canadienne plus forte et à promouvoir un climat de collaboration productive plutôt que de confrontation futile.

En ces temps angoissés, il est important de réitérer que le gouvernement dont je fais partie est aussi engagé en faveur de la prospérité économique, d'un commerce plus libre en général et d'une union économique canadienne plus forte en particulier.

Notre gouvernement rêve non pas de l'indépendance du Québec, mais d'ouverture des frontières, telles que le vaste espace nordique du Québec ainsi que d'un plus grand espace économique pour nos entreprises, nos familles et nos enfants. Il rêve d'ouverture de nouveaux marchés tels que ceux de la France, de l'Union européenne et de l'Ontario.

Depuis que notre gouvernement a été élu pour la première fois en 2003, nos relations avec l'Ontario se sont améliorées et intensifiées.

En juin 2006, nos gouvernements ont signé un protocole de coopération général, neuf ententes sectorielles dans des domaines tels que les soins de santé, la sécurité civile, le tourisme et les affaires francophones, ainsi qu'une importante entente qui a mis un terme à des différends de longue date au sujet de la mobilité de la main-d'œuvre dans le secteur de la construction. Je suis fier d'avoir participé à la négociation et à la conclusion de ces ententes avec Mme Marie Bountrogianni, qui était à l'époque mon homologue au gouvernement de l'Ontario.

Le Québec et l'Ontario travaillent actuellement ensemble à la création d'un partenariat régional dans le Canada central afin de renforcer nos économies et de stimuler la coopération relativement à des enjeux importants comme les changements climatiques, l'énergie et le transport.

En juin cette année, nos gouvernements ont tenu la toute première réunion conjointe des Conseils des ministres de l'Ontario et du Québec. Au cours de cette rencontre historique, nos premiers ministres ont signé une déclaration conjointe visant à renforcer les liens économiques entre le Canada et l'Union européenne, ainsi qu'un protocole d'entente concernant un système régional de plafonnement et d'échange des droits d'émissions qui contribuera à la réduction des émissions de gaz à effets de serre.

En outre, notre gouvernement se penche sérieusement sur la possibilité de mettre en service un train à grande vitesse dans le corridor Québec-Windsor.

Il s'agit là d'initiatives très prometteuses.

L'Ontario est bien sûr un voisin très précieux pour le Québec, mais c'est également un partenaire, un ami, et un allié. Je vous promets que je ferai tout ce qui est en mon pouvoir pour renforcer les relations entre votre province et la mienne. Je suis convaincu que, dans la poursuite de cet objectif, je pourrai compter sur le support de tous les membres de l'équipe du Bureau du Québec à Toronto, lesquels accomplissent un travail exceptionnel.

Alexandre Thériault-Marois: « La pratique gouvernementale au Québec du droit constitutionnel en 2008 »

Si notre pays a accompli beaucoup sur fond de désaccord quant à sa nature profonde, imaginez les prouesses qui seront à notre portée lorsque nous nous déciderons enfin à cesser d'ignorer les réalités historiques qui sont les nôtres et que nous accepterons tels que nous sommes, dans toute notre complexité.

Imaginez avec quel brio nous parviendrons à relever les défis de notre temps lorsque, dans un esprit de symbiose entre les diverses composantes de notre pays, nous valoriserons enfin notre patrimoine pluriel et le placerons au cœur de notre culture politique.

En chérissant notre diversité et notre pluralisme, nous donnerons tout son sens à l'histoire de notre pays.

Plus encore, je suis profondément convaincu qu'ultimement, la préservation de notre diversité intrinsèque et la reconnaissance de la spécificité du Québec contribueront à renforcer le Canada, à le rendre plus uni et rehausseront son prestige à la face du monde.

Nous, les Québécois, sommes maintenant plus que jamais prêts à contribuer positivement à l'évolution du Canada, une évolution dans la lignée de notre héritage multiple et de l'esprit fédéral.

Nous, les Québécois, sommes prêts à renforcer le dialogue et la coopération entre les provinces et à bâtir un fédéralisme coopératif qui s'exprimerait dans tous les domaines d'intérêt pour les Canadiens, et non pas uniquement dans ceux des provinces.

Dès 1867, les Pères de la Confédération, faisant de ce pays un État fédéral qui met en valeur notre diversité profonde, avaient trouvé une partie de la solution aux enjeux passés et présents. À nous d'être assez clairvoyants pour faire de ces enseignements un atout lors des prochaines décennies.

C'est à ce vaste chantier que je vous convie tous.

Je vous remercie.

5. Ententes intergouvernementales

On compte, pour l'année 2008, 137 ententes intergouvernementales canadiennes déposées au bureau des ententes du Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes.⁶

⁶ http://www.saic.gouv.qc.ca/ententes_intergouvernementales/ententes_intergouvernementales.htm

La pratique judiciaire du droit constitutionnel au Québec en 2008

Félix-Antoine Michaud*

L'année 2008 fut moins faste en matière de jurisprudence de nature constitutionnelle que l'année précédente. En effet, l'année 2007 aura été marquante quant au nombre et à l'importance des arrêts ayant modifié la jurisprudence constitutionnelle. En matière de partage des compétences, les décisions *Banque canadienne de l'Ouest*¹ et *Lafarge*² ont grandement transformé le schème d'analyse du contentieux constitutionnel. Les arrêts *BC Health services*³ et *Charkaoui*⁴ ont quant à eux été importants eu égard aux droits fondamentaux. Il aurait donc été surprenant que l'année 2008 soit aussi prolifique que la précédente, le droit constitutionnel n'étant pas bouleversé et modifié chaque année.

Malgré cela, plusieurs des décisions rendues en 2008 par la Cour suprême du Canada restent tout à fait pertinentes. La Cour axa majoritairement son activité constitutionnelle sur l'interprétation des droits fondamentaux prévus à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ (ci-après la *Charte*). La procédure de réparation prévue à la *Charte* a été revue et corrigée afin de clarifier les critères applicables aux articles 24 et 52. La notion d'accommodements raisonnables a aussi été analysée de nouveau par la Cour pour préciser ce que constitue une contrainte excessive, des précisions d'autant plus intéressantes qu'elles ont été formulées peu de temps après la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, un événement fortement débattu au Québec en 2007.

Du reste, les droits linguistiques, la saga Khadr, le rôle du cabinet fédéral en matière de taxation et la justice pénale pour adolescents comptent parmi les

* Avocat et candidat à la maîtrise en droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université Laval

¹ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.

² *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86.

³ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c.11 (R.-U.)], art. No 15.

principaux domaines de l'activité de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne le droit constitutionnel en 2008. La rareté des décisions de la Cour dans plusieurs de ces matières, de même que l'originalité des solutions proposées par la Cour rendent l'étude de ces décisions incontournables pour ceux et celles ayant de l'intérêt pour le droit constitutionnel canadien.

Finalement, et ce sur une note plus légère, l'année 2008 aura été marquée par le départ d'un juriste accompli de la Cour suprême, le Juge Bastarache. Ce dernier ayant signé de nombreux arrêts de nature constitutionnelle pendant ses 10 années à la Cour. Entre autres, il aura marqué l'évolution du droit linguistique, soit l'un des domaines les plus fondamentaux du droit constitutionnel canadien. Son départ aura certes des conséquences sur l'évolution du droit au Canada; l'analyse de l'activité judiciaire au cours des prochaines années permettra d'en saisir l'ampleur.

1. ***R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, 2008 CSC 6**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au Cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte? — La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer, en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?

Appel d'un jugement de la Cour d'appel d'Alberta ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261) ayant infirmé une décision du Banc de la Reine de

l'Alberta ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928), la Cour suprême confirme la décision de la Cour d'appel de l'Alberta ayant jugé la peine proportionnelle non cruelle et non inusitée; de plus elle rejette la théorie de l'exemption constitutionnelle comme réparation convenable en cas de violation de l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un agent de la GRC, accusé de meurtre au deuxième degré est déclaré coupable par le jury de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire. Suite à ce plaidoyer de culpabilité, le juge infligea à l'agent une peine de deux ans moins un jour avec sursis et ce, malgré l'article 236 a) du Code criminel qui prévoit une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement dans un cas d'homicide involontaire.

Le pourvoi soulève deux questions constitutionnelles: 1) est-ce que la peine de quatre ans de prison pour homicide involontaire est disproportionnée, cruelle et inusitée? 2) est-ce que l'exemption constitutionnelle, par une application de l'article 24 de la *Charte canadienne*, peut s'appliquer en l'espèce? Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative de la part des neuf juges de la Cour, les motifs ayant été écrits par la juge en chef McLachlin.

Pour être en mesure d'écarter la peine minimale prévue, il est nécessaire d'opérer une analyse basée sur les faits en l'espèce. La Cour insiste sur l'obligation de tenir compte des circonstances entourant l'infraction pour considérer si quatre ans de prison constituent une peine disproportionnée, cruelle et inusitée. En somme, il s'agit de démontrer, à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et de la nature de l'infraction commise, que la peine est exagérément disproportionnée et qu'elle porte atteinte à la dignité humaine. De cette manière, la Cour précise les conditions permettant à une personne déclarée coupable de démontrer que pour elle, la peine minimale prévue constitue une peine cruelle et inusitée, et que dès lors, l'imposition d'une peine minimale générale et applicable à tous est inconstitutionnelle.

Si les circonstances entourant l'affaire avaient convaincu les juges que la peine infligée portait atteinte à l'article 12 de la *Charte*, la peine minimale de quatre ans prévue au Code criminel aurait ainsi dû être modifiée pour laisser une plus grande marge de manœuvre au juge. Or, rien ne permettait au juge de s'écarter de la peine minimale de quatre ans.

Cette première question constitutionnelle étant répondue, il faut maintenant porter une attention particulière à la deuxième question, soit celle de savoir si

l'exemption constitutionnelle peut s'opérer par le biais de l'article 24. Afin d'y répondre, la Cour a décidé de clarifier la question des réparations admises lorsqu'une peine est jugée inconstitutionnelle eu égard à l'article 12 de la *Charte*. Une vive controverse existait d'ailleurs à ce sujet dans les décisions des juridictions inférieures. C'est pourquoi, même si la question ne nécessitait pas une réponse compte tenu des conclusions à la première question constitutionnelle, la Cour s'est quand même permis de trancher le débat.

La Cour devait donc se demander s'il est possible, lorsqu'une peine est considérée cruelle et inusitée, de préserver la disposition législative en question, quitte à opérer une exemption constitutionnelle à l'égard de la personne qui conteste la peine. Advenant une réponse négative, la seule réparation possible constituerait en une déclaration d'inconstitutionnalité rendant la loi incompatible avec la *Charte*, une démarche s'inscrivant à l'intérieur de l'article 52.

Précisons d'emblée que le régime de réparation prévu par la *Charte* est dualiste. Selon les circonstances, il est possible d'obtenir réparation via l'article 24 ou 52 de la *Charte*. Les deux régimes visent toutefois des objets différents. L'article 52 est la voie proposée pour invalider une disposition législative incompatible avec la *Charte*: l'article 24 quant à lui offre un recours face aux actes gouvernementaux contraires à la *Charte*. Dans cette affaire, les appelants font valoir que lorsqu'une peine est jugée contraire à l'article 12 de la *Charte*, la réparation adéquate est l'exemption en application de l'article 24 de la *Charte*. L'exemption en question consiste en une inapplicabilité de la peine minimale pour le justiciable concerné par la décision du tribunal, tout en préservant dans le corpus législatif la disposition attaquée. Autrement dit, les appelants soutiennent que la peine minimale ne doit pas s'appliquer aux personnes ayant démontré que cette peine constitue, pour eux, une peine cruelle et inusitée. En somme, les appelants tentent de faire de l'article 24 un régime autonome de réparation. Une telle interprétation permettrait de réparer sous le régime de l'article 24 toute atteinte à un droit constitutionnel, ce qui viderait de son sens l'article 52.

Les juges de la Cour suprême, malgré qu'ils avouent l'intérêt de la thèse des appelants, se laissent finalement convaincre par les arguments opposés. Pour ces derniers, advenant la démonstration qu'une peine est contraire à l'article 12 de la *Charte*, la réparation adéquate n'est pas une exemption constitutionnelle limitant l'inapplicabilité de la peine aux seules personnes ayant démontré le caractère cruel de la peine, mais plutôt une déclaration générale d'inconstitutionnalité sous l'article 52 de la *Charte*.

La Cour fonde son raisonnement sur 4 éléments clefs, soit 1) la jurisprudence, 2) la nécessité d'éviter toute usurpation du rôle du législateur, 3) le régime de réparation prévu par la *Charte* et 4) l'effet de l'octroi d'une exemption constitutionnelle, dans un cas où une peine obligatoire est prévue, sur les valeurs qui sous-tendent le principe de la primauté du droit.

La Cour opte donc pour une solution des plus prudentes en refusant de reconnaître l'exemption constitutionnelle comme moyen de réparation autonome. Cette position concorde avec la jurisprudence récente de la Cour suprême eu égard à cette question.

La prudence, voire même le conservatisme de la Cour, ressortent clairement de l'un des 4 arguments à l'appui de son raisonnement. Pour la Cour, octroyer une exemption constitutionnelle revient à contrecarrer l'intention expresse du législateur ayant imposé le recours à une peine minimale. Le juge se prononce alors sur l'opportunité d'une peine qu'il juge acceptable ou non. Or, l'intention du législateur, en prescrivant une peine minimale, est justement de retirer au juge ce pouvoir discrétionnaire. La Cour ne peut donc accepter l'exemption constitutionnelle sans usurper le rôle du législateur qui désire encadrer le pouvoir du juge dans l'octroi de la peine lors d'homicide involontaire.

La primauté du droit est un principe-cadre de l'État canadien. Les valeurs sous-jacentes à ce principe que sont la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et la prévisibilité sont ainsi menacées par une consécration du principe d'exemption constitutionnelle lors de contestation d'une peine minimale considérée comme contraire à l'article 12 de la *Charte*.

Cette décision, bien qu'étonnante à certains égards, est selon nous porteuse d'une vision cohérente de l'application de la *Charte*. La Cour suprême dans cette décision fait preuve d'une grande réserve face au pouvoir législatif, une réserve qui pourrait en surprendre certains compte tenu d'un activisme judiciaire bien présent en matière de droit constitutionnel. Ceux désirant contester une peine minimale devront non seulement respecter les conditions prescrites par le présent arrêt, mais devront aussi utiliser le mécanisme prévu à l'article 52 en rendant la disposition inopérante pour cause d'incompatibilité avec la *Charte*. La clarification apportée au principe d'exemption constitutionnelle permet de mieux cerner la différence substantielle entourant l'application des mesures de réparation prévues aux articles 24 et 52.

**2. *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*,
[2008] 1 R.C.S. 131, 2008 CSC 7**

Droit constitutionnel — Taxation — Droits de permis commercial — Distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire — Régime de réglementation établi en vertu du pouvoir que la loi accorde au ministre obligeant les commerces qui vendent de la boisson dans un parc national à payer des droits de permis — Si les droits de permis sont une taxe, ils excèdent les pouvoirs du ministre — Les droits de permis commercial payables chaque année sont-ils une taxe ou une redevance de nature réglementaire? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 16(1)n), r) — Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31, art. 24 — Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 39 — Règlement sur l'exploitation de commerces dans les parcs nationaux du Canada, DORS/98-455, art. 4.

Appel d'un jugement de la Cour d'appel fédérale [2007] 2 R.C.F. 446, 271 D.L.R. (4th) 678, 352 N.R. 177, qui confirmait une décision de la Cour fédérale (2005), 274 F.T.R. 311, [2005] A.C.F. no 1107 (QL) maintenant ainsi les distinctions importantes entre une taxe et les redevances de nature réglementaire. Le pourvoi est rejeté, la Cour suprême maintient les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale. Les sommes exigées par le ministre eu égard à l'exploitation d'un permis d'alcool dans le Parc national de Jasper sont des redevances de nature réglementaire et non pas une taxe; les droits demandés par le gouvernement sont par conséquent valides.

L'Agence Parcs Canada, en vertu du pouvoir accordé au ministre, impose une redevance aux commerçants désirant exploiter un permis d'alcool. La question en litige consiste à déterminer si cette redevance est légale, puisqu'en fonction de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seul le parlement a le pouvoir d'imposer une taxe. Ce principe étant intimement lié à notre conception de la démocratie depuis fort longtemps, l'article 4 du *Bill of rights* anglais affirmait non seulement la primauté du droit, mais garantissait aussi la consultation du parlement avant de lever tout impôt. La question en litige est d'une importance capitale, non seulement parce qu'elle porte sur une des bases de notre système démocratique, mais de manière plus concrète, parce que l'abondance des redevances imposées par voie ministérielle depuis quelques années oblige un positionnement et une clarification du statut des taxes et des redevances réglementaires.

La Cour devait analyser le caractère véritable (*Pith and substance*) de la redevance imposée; si elle considère que les droits associés aux permis sont une taxe, ils sont *ultra vires*, le ministre n'a pas le pouvoir de les imposer. Au contraire, si les droits demandés sont de par leur caractère véritable des redevances de nature réglementaire, ils peuvent être imposés valablement par le ministre.

Le juge Rothstein, s'exprimant pour la majorité, synthétise la jurisprudence de principe dans le but d'établir un test juridique permettant de déterminer si une redevance est de nature réglementaire ou s'il s'agit plutôt d'une taxe. Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer l'objet principal du régime législatif sans se laisser distraire par les éléments accessoires.

Il est possible de distinguer deux formes de redevances de nature réglementaire. Tout d'abord, La première peut être exigée pour des avantages accordés par le gouvernement:: elle sert dès lors à défrayer les coûts associés au régime. La deuxième forme de redevance de nature réglementaire vise la modification de comportement chez le contribuable, le montant servant de balise estimée « nécessaire pour proscrire, interdire ou favoriser un comportement »⁶.

La Cour reprenant les critères de l'arrêt *Lawson*⁷ résume les caractéristiques d'une taxe comme étant une somme (1) exigée par la loi, (2) imposée par la législature, (3) perçue par un organisme public (4) à des fins d'intérêts publics. Cette définition est combinée à un cinquième critère, soit que le prélèvement gouvernemental de par son caractère véritable constitue une taxe que s'il ne possède aucun lien avec un régime de réglementation.

La présence d'un régime de réglementation et le lien avec la redevance sont ainsi un élément clef de l'analyse. En somme, si nous sommes en présence d'un régime de réglementation, que ce régime est applicable à la personne visée et qu'il existe une corrélation entre le régime, le prélèvement et la personne visée, le caractère véritable du prélèvement ne sera pas de la nature d'une taxe, mais bien d'une redevance réglementaire, bien que la redevance remplisse les indices permettant de qualifier la redevance de taxe.

⁶ 620 *Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2008] 1 R.C.S. 131, 2008 CSC 7.

⁷ *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357.

Le juge Rothstein résume ainsi le test en deux étapes générales 1) est-ce que ceux invoquant l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont démontré que le prélèvement contesté a les attributs d'une taxe? Advenant une réponse positive, est-ce que le gouvernement a démontré qu'il existait un lien entre le prélèvement et un régime de réglementation?

Appliquant ces critères au cas d'espèce, le juge Rothstein conclut que les prélèvements imposés aux commerçants du Parc national de Jasper sont des redevances de nature réglementaire et non pas une taxe. Le caractère véritable des prélèvements milite en ce sens. Il existe une corrélation entre la réglementation et les personnes visées et il existe un rapport entre les droits versés par la personne visée et le régime de réglementation. Bien que la corrélation ne doive pas être parfaite, elle doit tout de même être substantielle.

3. *Hydro Québec c. Syndicat des employés-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), 2008 CSC 43*

Droit du travail — Obligation d'accommodement — Contrainte excessive — Absences fréquentes et prolongées d'une employée pour cause de maladie — Employée congédiée pour son absentéisme et son incapacité à fournir une prestation de travail régulier et raisonnable — Interaction entre l'obligation de l'employeur d'accommoder une employée malade et l'obligation de l'employée de fournir une prestation de travail — Moment pertinent pour déterminer si l'employeur a satisfait son obligation d'accommodement — Interprétation et application de la norme de la contrainte excessive.

Appel d'un jugement de la Cour d'appel du Québec [2006] R.J.Q. 426, [2006] R.J.D.T. 1, [2006] infirmant une décision de la Cour supérieure du Québec [2004] J.Q. n° 11048 (QL). La Cour suprême infirme le jugement d'appel et donne ainsi raison à l'appelante, la société d'État Hydro-Québec. Le pourvoi est accueilli de manière unanime, Hydro-Québec ayant réussi à démontrer que l'accommodement demandé constituait pour elle une contrainte excessive.

Cette décision, bien que faisant principalement partie du droit du travail, a néanmoins des répercussions importantes en droit constitutionnel. En effet, l'applicabilité des notions d'accommodement raisonnable et du moyen de défense associé qu'est la contrainte excessive est modifiée substantiellement par cette décision. L'incorporation des principes de droit du travail en matière de droit à l'égalité et d'accommodement raisonnable rend cet arrêt particulièrement intéressant. En effet, l'interprétation du droit à l'égalité prévu

aux articles 15 de la *Charte* et l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ est grandement influencée par la compréhension qu'ont les tribunaux de la notion de contrainte excessive et d'accommodement raisonnable en milieu de travail. Il est devenu impossible d'interpréter ces concepts incorporés au droit à l'égalité sans une analyse de la jurisprudence en matière de droit du travail.

La Cour suprême, dans cette décision, n'a pas renversé l'ensemble de la jurisprudence en matière d'accommodement raisonnable, mais elle a plutôt clarifié et réinterprété la signification de la contrainte excessive comme moyen pouvant limiter l'accommodement raisonnable. En effet, dans l'affaire *Meiorin*,⁹ la Cour a énoncé un test en trois étapes permettant de justifier la norme contestée. Cette grille d'analyse est reconduite par la Cour dans la présente décision en modifiant par contre la portée du terme « excessive » du concept de contrainte excessive. La juge McLachlin dans la décision *Meirion*¹⁰ explique que la contrainte excessive signifie une impossibilité pour l'employeur d'accommoder le plaignant. L'utilisation du terme impossibilité est revue. Ce qui est désormais requis, « ce n'est pas la démonstration de l'impossibilité d'intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d'une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu'il y a de circonstances »¹¹. L'accommodement raisonnable pouvant être limité par la présence d'une contrainte excessive, il devient essentiel de bien comprendre l'étendue de ce dernier concept. La Cour modifie par cette décision le fardeau de preuve de ceux désirant éviter l'obligation d'accommodement. Le fardeau de preuve qui était jusqu'à présent associé à l'impossibilité d'accommoder est remplacé par un test circonstanciel permettant de démontrer la contrainte excessive.

Cette modification substantielle de la portée de la contrainte excessive aura selon nous des impacts importants en matière de droit à l'égalité. Les accommodements raisonnables demandés dans un contexte de droit à l'égalité pourront être limités plus facilement, le moyen de défense que constitue la contrainte excessive devenant plus facilement prouvable. L'impossibilité d'accommoder étant remplacée par une analyse contextuelle au cas par cas

⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC para.13.

laisse ainsi une plus grande marge de manœuvre à ceux désirant éviter l'obligation d'accommodement.

Le critère de l'impossibilité étant trop strict, l'interprétation qu'en donnait jusqu'ici la Cour dénaturait l'essence même des prestations que chacune des parties se devait de fournir. La notion d'accommodement raisonnable étant intimement liée aux caractéristiques personnelles des requérants, il devenait difficile de justifier une règle rigide et générale comme celle du critère de l'impossibilité. La nature même de l'accommodement raisonnable et les circonstances entourant son application commandaient une redéfinition de ce que la Cour entend par les termes « contrainte excessive » afin d'éviter l'application d'un critère trop rigide.

4. *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau Brunswick Inc. c. Canada, 2008 CSC 15*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick — Gendarmerie royale du Canada jouant le rôle de service de police provinciale au Nouveau-Brunswick en vertu d'une entente conclue par le fédéral et la province — La Gendarmerie royale du Canada est-elle tenue de respecter les obligations linguistiques imposées aux institutions du Nouveau-Brunswick par l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Appel d'un jugement de la Cour d'appel fédérale [2007] 2 R.C.F. 177, 270 D.L.R. (4th) 171, 350 N.R. 375 ayant infirmé un jugement de la Cour fédérale [2006] 1 R.C.F. 490, 279 F.T.R. 113. Le pourvoi est accueilli, la Cour suprême infirme le jugement d'appel pour ainsi rendre une décision concordante avec celle de première instance.

Le gouvernement du Canada et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont conclu une entente pour que la GRC, une institution fédérale, assume le rôle de service policier provincial. La Cour devait ainsi déterminer si l'article 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux policiers de la GRC lorsque ceux-ci agissent à titre d'agents provinciaux. La Cour fédérale a conclu que l'article 20(2) garantissant le « droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick, ou pour en

recevoir les services, et ce, peu importe sa concentration territoriale au plan linguistique »¹², devait être respecté par la GRC. La Cour d'appel fédérale a quant à elle cassé ce jugement, stipulant que la GRC agit comme institution fédérale malgré l'entente.

La *Charte canadienne*, à l'article 20(2), garantit des droits linguistiques spécifiques à la population du Nouveau-Brunswick. Ces derniers ont le droit constitutionnel de recevoir, en français ou en anglais, les services gouvernementaux de la province, et ce, peu importe la concentration linguistique de la population. Cette protection constitutionnelle diffère de celle offerte à l'ensemble de la population canadienne. En effet, l'article 20(1) de la *Charte* garantit les services offerts par le gouvernement canadien en français ou en anglais aux endroits où la demande le justifie ou lorsque la vocation du bureau le justifie. La protection constitutionnelle linguistique présente au Nouveau-Brunswick revêt un caractère général et universel. En somme, il s'agit de la constitutionnalisation d'un bilinguisme institutionnel complet, accessible à tous en tout temps.

La Cour devait donc décider lequel des deux régimes en place devait s'appliquer aux policiers de la GRC remplissant les fonctions de policiers provinciaux au Nouveau-Brunswick.

L'entente entre la GRC et le Nouveau-Brunswick est possible grâce à une loi provinciale¹³ et une loi fédérale¹⁴; ces deux lois accordent aux policiers de la GRC toutes les attributions d'un agent de la paix du Nouveau-Brunswick. Cette attribution n'opère toutefois pas un transfert des responsabilités rattachées à l'administration de la justice, le ministre de la Justice du Nouveau-Brunswick préserve l'entièreté de sa compétence. Les devoirs constitutionnels sont ainsi sous l'égide du gouvernement de la province qui les réalise par l'entremise de la GRC. La GRC agit comme fournisseur d'un service de police, et ce, en conformité avec les lois de la province. La désignation de la GRC comme corps de police de la province ne peut entraîner une perte de droit pour la population. La Cour argumente en rappelant que la GRC n'agit pas comme institution fédérale dans l'administration de la justice au Nouveau-Brunswick, mais qu'elle doit plutôt assumer les obligations qu'elle a contractées eu égard à la fonction de service de police.

¹² *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada* 2008 CSC. para 1.

¹³ *Loi sur la Police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, art. 2.

¹⁴ *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 20.

En conclusion, la Cour, en accueillant le pourvoi, a clairement établi que bien que la GRC puisse être généralement une institution fédérale, elle se doit, lorsqu'elle remplit un rôle de sous-traitance pour une province, de respecter les obligations constitutionnelles de cette dernière. Le fait de déléguer à une institution fédérale un rôle qui devrait être assumé par la province ne permet pas une abnégation des obligations constitutionnelles en matière linguistique de ceux ayant délégué leur pouvoir.

5. Canada (Justice) c. Khadr, 2008 CSC 28

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Justice fondamentale — Obligation de communiquer — Responsables canadiens ayant interrogé un détenu à Guantanamo puis partagé le résultat obtenu avec les autorités américaines — Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations faisaient-ils obstacle à l'application de la Charte? — La procédure alors en cours à Guantanamo était-elle contraire aux obligations internationales du Canada? — Dans l'affirmative, le détenu a-t-il droit à la communication des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Preuve — Nouvelle preuve — Admissibilité — Éléments de preuve nouveaux admissibles pour clarifier certains points du dossier — Aucun préjudice infligé aux autres parties par l'admission de la preuve nouvelle.

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale [2008] 1 R.C.F. 270, 280 D.L.R. (4th) 469 ayant infirmé une décision de la Cour fédérale 2006), 290 F.T.R. 313, [2006] A.C.F. n° 640 (QL). La Cour suprême dans une décision unanime confirme la décision de la Cour fédérale; toutefois elle base son jugement sur des motifs différents.

Le pourvoi est rejeté, le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) doit communiquer à l'intimé, Omar Khadr, les documents eu égard aux entretiens que ses membres ont eus avec lui et de tout renseignement transmis aux autorités américaines qui découlent de ces entretiens sous réserve de la sécurité nationale et des articles 38 et suivants de la *Loi sur la preuve*¹⁵.

¹⁵ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

Omar Khadr est emprisonné et accusé de meurtre et de différents autres crimes devant la Commission militaire des États-Unis à Guantanamo. Basant sa demande sur l'article 7 de la *Charte*, il demande une ordonnance enjoignant le ministre à lui communiquer tout document relatif à son arrestation et sa détention et de manière plus précise, il désire obtenir une transmission des entretiens que des membres du SCRS ont eus avec lui en 2003 à Guantanamo. Le ministre de la Justice du Canada s'oppose à la demande, argumentant que la *Charte* n'a pas une portée extraterritoriale et qu'ainsi elle ne s'applique pas aux agents canadiens en exercice à l'étranger.

Il est évident que si les entretiens des membres du SCRS avaient eu lieu au Canada, la *Charte* aurait trouvé application. La question du présent litige consiste donc à déterminer si les principes de droits internationaux rendent inapplicable en toute circonstance la *Charte*.

Le droit international et les principes de courtoisie qui y sont assujettis écartent le droit interne et militent en faveur de la reconnaissance et le respect, par les Canadiens en mission à l'étranger, des règles de droits et de procédures en vigueur dans le pays visité. Cette approche fut d'ailleurs celle retenue dans l'arrêt *Hape*¹⁶.

La Cour, reprenant les arguments de la décision *Hape*¹⁷, stipule que le principe de courtoisie ne doit toutefois pas avoir une portée absolue. En effet, la courtoisie ne peut permettre de justifier la participation canadienne aux activités de pays étrangers allant à l'encontre des traités internationaux signés par le Canada. Le principe de courtoisie est donc limité par le droit international applicable au Canada en matière de droits de la personne; on ne peut se servir de la courtoisie pour éluder les engagements canadiens en matière de droits humains. L'application extraterritoriale de la *Charte* dépend donc des traités internationaux signés par le Canada, ces traités ayant préséance sur la règle de la courtoisie entre États.

Dès lors, la question en litige pouvait être redéfinie comme étant l'examen de la compatibilité des règles entourant la prison de Guantanamo avec les traités internationaux signés par le Canada. Advenant que les règles encadrant Guantanamo soient compatibles avec les obligations internationales signées par le Canada, la courtoisie entre les états l'emporterait et la *Charte* ne s'appliquerait pas. Par contre, advenant une incompatibilité entre la procédure

¹⁶ *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26.

¹⁷ *Ibid.*

encadrant Guantanamo et les traités entérinés par le Canada, la *Charte* s'appliquerait écartant du fait même le principe de courtoisie.

La Cour a basé son analyse sur celle de la Cour suprême des États-Unis qui a jugé non seulement inconstitutionnelle eu égard au droit américain la prison de Guantanamo, mais elle a aussi considéré que les conditions de détention ne respectaient pas les conventions de Genève. Le Canada est non seulement signataire de ces conventions, mais ces dernières sont aussi incorporées en droit interne canadien, et ce, par la *Loi sur les conventions de Genève*¹⁸.

Le principe de courtoisie est donc écarté, les règles entourant la prison de Guantanamo étant contraire aux droits américain et international. Le respect du droit américain ne pose ainsi plus de problème, la prison étant elle-même contraire au droit en vigueur dans ce pays. Le gouvernement canadien ne peut utiliser la règle de la courtoisie pour rendre inapplicable la *Charte* aux agents du SCRS puisque la participation canadienne à Guantanamo viole ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Il est donc inacceptable de se servir d'un principe de droit international pour éviter d'honorer ses engagements internationaux.

La *Charte* s'applique donc aux responsables du SCRS lorsqu'ils participent aux interrogatoires à Guantanamo. L'article 7 de la *Charte* permet à une personne d'être traitée avec le respect des règles de justice fondamentale lorsque sa liberté est mise en péril. Cette obligation constitutionnelle oblige ainsi le SCRS à communiquer à l'accusé « les documents en la possession de l'État canadien susceptible d'intéresser les accusations portées contre M. Khadr, sous réserve des arts. 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada* ».

6. *R. c. D.B., 2008 CSC 25*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Détermination de la peine — Adolescents — Infractions désignées — Peines applicables aux adultes — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine

¹⁸ *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3.

applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — L'imposition de ce fardeau à l'adolescent porte-t-elle atteinte au droit de celui-ci de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)b).

Appel d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2006), 79 O.R. (3d) 698, 208 O.A.C. 225 ayant confirmé une décision de la Cour supérieure d'Ontario (2004), 72 O.R. (3d) 605, 190 C.C.C. (3d), 383, maintenant ainsi la déclaration d'inconstitutionnalité eu égard aux dispositions de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, « LSJPA) relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées. La Cour suprême, dans ce jugement divisé à cinq contre quatre, maintient la décision du tribunal d'appel, donnant ainsi raison aux intimés.

Le pourvoi est rejeté, les articles de LSJPA prévoyant un renversement du fardeau de preuve quant au choix de la peine applicable aux adolescents qui ont commis des crimes violents sont contraires à l'article 7 de la *Charte*; le droit à la liberté étant menacé de manière contraire aux règles de justice fondamentale.

B, un adolescent de 17 ans, est accusé d'homicide involontaire coupable. Le Code criminel et la LSJPA prévoient des infractions désignées pour lesquelles le fardeau de preuve quant à la désignation de la peine est inversé. En effet, lorsqu'un adolescent est reconnu coupable d'une infraction désignée il est passible d'une peine d'adulte à moins qu'il prouve qu'il serait préférable qu'il soit toujours jugé sous le régime des adolescents. Un adolescent reconnu coupable d'un crime non désigné est jugé selon les règles relatives aux adolescents à moins bien évidemment que le ministère public prouve qu'il est nécessaire de le juger selon les règles régissant les criminels adultes. En somme, il s'agit d'un renversement du fardeau de preuve, renversement justifié selon la couronne par la gravité du geste posé.

La Cour devait se questionner quant à la constitutionnalité de cette mesure, à savoir si ces dispositions sont contraires à l'article 7 de la *Charte*. L'article 7 étant une disposition devant être interprétée en 2 étapes, il devenait nécessaire de prouver dans un premier temps que la liberté de l'adolescent était menacée et, dans un deuxième temps, que cette privation de liberté s'inscrivait à l'encontre des principes de justice fondamentale.

La défense a réussi sans difficulté à démontrer que la possibilité d'une peine de prison faisait intervenir le principe de liberté présent à l'article 7. Le nœud de l'affaire résidait donc dans l'analyse de la justice fondamentale et de son application au présent cas.

Les neuf juges de la Cour ont conclu qu'une règle de justice fondamentale était bel et bien en cause dans le présent pourvoi, à savoir que les adolescents ont droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée découlant du fait qu'en raison de leur âge, les adolescents sont plus vulnérables, moins matures et moins aptes à exercer un jugement moral. L'ensemble de la Cour reconnaît que ce principe fait partie de la justice fondamentale au Canada. Guidée par les enseignements de l'arrêt *Malmo-Levine*¹⁹, la Cour conclut que cette présomption de responsabilité morale moindre est un principe juridique reconnu, consensuel et précis, permettant ainsi d'évaluer l'atteinte à la sécurité, la vie et la liberté.

Le point de discorde entre les juges majoritaires et ceux minoritaires consistait à déterminer si le renversement du fardeau de preuve constituait une aliénation de la règle de justice fondamentale. Pour les juges minoritaires, ce renversement du fardeau de preuve respecte les règles de justice fondamentales, parce que les adolescents ont toujours le moyen de se soustraire des règles pour adultes et de bénéficier des avantages rattachés au système pour adolescents.

Les juges de la majorité quant à eux considèrent que ce renversement du fardeau de preuve ne peut être concilié avec les règles de justice fondamentale. L'obligation qu'ont les adolescents coupables d'une peine désignée de faire une demande de non-assujettissement à une peine pour adulte leur fait perdre le bénéfice de leur présomption de culpabilité morale moindre. En effet, ce n'est plus la couronne qui doit démontrer qu'ils ont un niveau de culpabilité morale égale à ceux des adultes, mais les adolescents qui doivent démontrer qu'ils ne doivent pas être assujettis aux règles pour adultes. Ce renversement du fardeau de preuve fait disparaître la présomption qui jouait en faveur des adolescents. Une fois cette présomption disparue, il devient bien difficile de plaider que la règle de justice fondamentale est toujours respectée.

¹⁹ *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

La Cour termine son analyse en spécifiant que les dispositions contestées ne peuvent être sauvegardées par l'article 1^{er} de la *Charte*. La protection du public et la confiance de ces derniers dans le système de justice peuvent être possibles en attribuant au ministère public le fardeau de prouver que les adolescents coupables de crime désigné doivent être jugés comme des adultes. Le renversement de la preuve ne satisfait pas les critères de rationalité et d'atteinte minimale élaborés par l'arrêt *Oakes*.