

Les questions constitutionnelles... ¹

Andrée Lajoie*

Le présent texte vise à présenter l'état de ma réflexion sur les sources du droit constitutionnel canadien et plus particulièrement sur celles de ces sources qui présentent des enjeux contemporains tels la jurisprudence de la Cour suprême, le droit autochtone, le droit international et les ententes fédérales-provinciales, qui figuraient au programme du second congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel. À ce stade de ma réflexion, je voudrais souligner d'abord l'étendue du concept de droit constitutionnel qu'implique cette liste de sources, qui ne les épuise pas toutes pour autant, de même que la conscience que cela m'a permis de prendre de l'importance, que j'avais jusqu'ici sous-estimée, des sources étrangères en ce qui concerne notre droit constitutionnel.

1. Étendue du concept de droit constitutionnel auquel réfèrent les thèmes choisis pour ce congrès

Spontanément, le titre de ce congrès : « sources du droit constitutionnel », référait pour moi d'abord aux institutions et aux normes qui créent les organes de l'État et leur attribuent leurs compétences. En fait il ne s'agit là que d'une partie de ce droit et l'on constate que la portée du colloque s'étend à l'ensemble de toutes les normes qui affectent directement ou indirectement ces institutions et leur fonctionnement. Car si la jurisprudence de la Cour suprême et les ententes fédérales-provinciales ont largement contribué à fonder ces compétences et font en conséquence partie des sources traditionnelles du droit constitutionnel, il me semble que l'on ne peut en dire autant du droit autochtone ni du droit international, qui s'y rattachent d'une autre façon.

Le droit international en effet me paraît servir davantage à limiter les compétences attribuées par la constitution, quand il ne tente pas de les abolir en se les appropriant. Je donnerai en exemple le chapitre 11 de l'ALENA, qui tente de déléguer à un organisme international d'arbitrage les décisions relatives aux mesures expropriatoires prises à l'égard des compagnies étrangères que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1982*² attribue pourtant à la juridiction exclusive de la Cour supérieure. Peut-être ai-je tort et les textes de France Houle et Gib Van Ert nous donneront-ils des exemples d'attribution de pouvoirs constitutionnels à travers le droit international et, si c'est le cas, vous pourrez mesurer l'étendue de mon ignorance.

Ce même caractère limitatif se retrouve dans la source autochtone en ce qui concerne sinon des droits issus de traités qui peuvent attribuer dans certains cas des compétences à l'ordre constitutionnel canadien sur les Autochtones, du moins pour ce qui a trait aux droits ancestraux que reconnaît également l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Tout comme les dispositions du droit international auxquelles je me référais à l'instant, ces droits qui préexistent en effet à la constitution canadienne se présentent non comme des attributions de compétences constitutionnelles canadiennes mais comme des limites imposées à ces

¹ Le présent texte se veut une adaptation d'une conférence donnée lors du second congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel, au mois de mai 2007.

* Professeure émérite, Faculté de droit, Université de Montréal.

² Constituant l'annexe B de la *loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

dernières, qui ne peuvent s'exercer que dans le respect de ces droits, sauf dans des circonstances expressément spécifiées par la jurisprudence³.

C'est donc à un concept très large de droit constitutionnel, visant non seulement toutes les normes qu'il comporte mais aussi celles qui l'affectent, que s'adresse ce colloque. En effet, celui-ci rejoint tant la structure sous-jacente des principes généraux empruntée au droit international et les contraintes à la souveraineté constitutionnelle que peuvent contenir les traités, que l'existence des droits ancestraux. Cet état de fait m'a entraînée à pousser ma réflexion sur l'ensemble des sources de droit constitutionnel de même que le poids insoupçonné pour moi jusqu'ici de ses sources externes, sinon étrangères.

2. Caractère externe ou étranger des sources de droit constitutionnel

Il faut bien voir en effet que les sources du droit constitutionnel ne se limitent pas à celles qui sont abordées dans les quatre séances de ce congrès. À ma connaissance, et encore une fois au risque d'omission de ma part, il faut ajouter à ces quatre sources que sont la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême, le droit autochtone, le droit international et les ententes fédérales-provinciales, au moins la législation constitutionnelle britannique incluant le *common law* pertinent, les conventions constitutionnelles canadiennes ainsi que la jurisprudence du Conseil privé. On arrive alors rapidement à la conclusion que la moitié au moins des six sources du droit constitutionnel canadien lui sont étrangères ou du moins externes.

Certes, certaines des sources énumérées sont et vont rester internes au droit canadien : c'est très évidemment le cas de la jurisprudence de la Cour suprême, dont on ne saurait minimiser l'influence déterminante sur la définition de l'ensemble de notre droit constitutionnel. Il en va de même des « traités » internes conclus avec les Autochtones et des ententes fédérales-provinciales, à condition toutefois de se souvenir que ces dernières ne constituent une telle source que dans la mesure où elles sont valides, ce qui n'est pas le cas de celles qui matérialisent le pouvoir de dépenser et qui, sauf erreur de ma part encore une fois, constituent la majorité d'entre elles. Enfin, il faut ajouter à cette liste les conventions constitutionnelles, non abordées ici aujourd'hui, et sur lesquelles il faut s'arrêter le temps de montrer justement qu'elles se rattachent aussi au droit interne.

Selon les auteurs⁴, il y en aurait plus d'une centaine regroupées sous cinq chefs : *Gouverneur général* (pouvoirs, nomination, renvoi, appel et dissolution, refus d'avis, nomination, retrait, amendement formel des pouvoirs); *cabinet* (formation, gouvernement responsable, responsabilité individuelle, réponse informationnelle, culpabilité, neutralité politique des fonctionnaires, responsabilité collective, solidarité et confidentialité, notion de confiance, formation du gouvernement); *législature* (gouvernement par partis, discipline de partis, caucus, sénat, conformité des projets de loi); *fédéralisme* (principes généraux, pouvoir de réserve et de désaveu, rôle des lieutenants gouverneurs, institutions centrales, conférences fédérales provinciales, consultations et accords fédéraux provinciaux); et finalement *indépendance du judiciaire* (principes généraux, destitution des juges, immunité judiciaire,

³ *Delgamuukw c. Colombie-britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

⁴ Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*. 4^e éd. Cowansville, Yvon Blais, 2002; Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions : the Marriage of Law and Politics*, Oxford, O.U.P.C., 1991; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2001, student éd., Scarborough, Carswell, 2001; André Tremblay, *Droit constitutionnel : principes*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2000.

interférence des tiers dans l'adjudication, limitation des activités du juge, nomination des juges).

Dans tous ces domaines, des conventions constitutionnelles existent qui répondent à deux critères : se rattacher à un des principes sous-jacents admis (Canada comme nation indépendante, démocratie libérale, Parlement responsable, division fédérale) et surtout obtenir le consensus des acteurs politiques directement impliqués, des juges et du public concerné. On peut donc conclure sans risque d'erreur qu'il s'agit ici de règles internes non expresses du droit canadien, et conséquemment d'une source constitutionnelle interne. En fait, c'est la dernière, les autres (droit international, droits ancestraux, lois constitutionnelles et jurisprudence du Conseil privé) étant, à mon avis, externes.

Parmi les sources analysées au cours du présent colloque, on me concédera sans doute sans difficulté que le droit international est par définition étranger au droit canadien et ne peut constituer qu'une source externe. Pour être moins évident à première vue, le caractère externe des droits ancestraux autochtones est également probant et ce, malgré la portée restreinte que la Cour suprême tente de leur attribuer⁵. Il s'agit en effet de droits qui, loin de prendre leur source dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'y sont que reconnus, ce qui implique nécessairement leur pré-existence. Ils découlent en effet de l'action normative des ordres juridiques autochtones des onze nations qui existaient au moment du contact avec le colonisateur sur le territoire maintenant désigné comme Canada, et qui se sont perpétués depuis. En effet, ces peuples n'ont pas été conquis, ni par les Français qui ont occupé le territoire avec leur consentement, ni par les Anglais qui n'ont conquis que les Français, ni ne se sont-ils soumis, sauf ceux qui ont signé des traités modernes impliquant renonciation à leurs droits ancestraux (Inuit, Cris). Dans ces circonstances les droits ancestraux forment donc un corpus juridique distinct du droit canadien dont ils constituent, par conséquent, une source externe.

C'est bien sûr pour d'autres raisons qu'il en va de même de la législation constitutionnelle, incluant le *common law* pertinent et la jurisprudence du Conseil privé non abordées dans le cadre du colloque. S'agissant d'abord des lois constitutionnelles, je n'apprendrai rien à personne ici en rappelant que des vingt-six lois constitutionnelles consignées à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui ont été adoptées successivement entre 1867 et 1982 pour « actualiser » la constitution canadienne, seulement six (dont une a été abrogée depuis⁶) émanaient du Parlement canadien⁷, les autres étant des statuts du Royaume-Uni, auxquels il faut ajouter le *common law* pertinent. Aucune personne présente au colloque n'a oublié non plus la jurisprudence du Conseil privé, qui n'a perdu son statut de tribunal final d'appel qu'en 1949⁸ (malgré la création de la Cour suprême en 1875⁹) et a rendu cent soixante-treize décisions relatives au droit constitutionnel canadien entre la Confédération et 1954¹⁰.

⁵ *La Reine c. Van der Peet* [1996] 2 R.C.S. 507.

⁶ *Acte de l'Amérique britannique du Nord, 1952* (R.-U.), 1 Élisabeth II, c. 15 (Canada).

⁷ *Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province du Manitoba, 1870*, 33 Victoria, c. 3 (Canada); *Acte de l'Alberta, 1905*, 4-5 Édouard VII, c. 3 (Canada); *Acte de la Saskatchewan, 1905*, Édouard VII, c. 42 (Canada); *Acte de l'Amérique britannique du Nord, 1974*, 23 Élisabeth II, c. 13, Partie I (Canada); *Acte de l'Amérique britannique du Nord, 1975*, 23-24 Élisabeth II, c. 53, Partie I (Canada).

⁸ *Loi sur la Cour suprême, 1949*, 13 Geo. VI, c. 37.

⁹ *Acte pour établir une Cour suprême et une Cour d'Échiquier pour le Canada, 1875*, 35 Victoria, c. 27.

¹⁰ Richard A. Olmsted, *The Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council relating to the B.N.A. Act, 1867 and the Canadian Constitution*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1954.

Certes, il n'est pas facile de conclure sur la question de savoir lesquelles des deux types de sources du droit constitutionnel –internes ou externes- dominent le droit constitutionnel canadien. Quantitativement, elles sont égales : jurisprudence de la Cour suprême, conventions, traités autochtones et ententes fédérales provinciales pour les sources internes; droit international, droits ancestraux autochtones, législation constitutionnelle incluant le *common law* et jurisprudence du Conseil privé pour les sources externes. Qualitativement, l'appréciation est plus difficile : les lois constitutionnelles et le *common law* qui les accompagne (externes) pèsent certainement lourd, mais n'échappent pas à l'interprétation de la Cour suprême (interne); les droits ancestraux (externes) et issus de traités (internes) s'équilibrent sans doute; sur le terrain actuel de l'évolution contemporaine de notre droit constitutionnel, les ententes fédérales-provinciales (internes) font-elles contrepoids au droit international (externe)?

Bien malin qui pourra répondre avec certitude à ces questions. Il reste que dans ces circonstances, et malgré la prépondérance que la Cour suprême donne aux valeurs dominantes dans ses décisions constitutionnelles¹¹, il est difficile de prétendre que la constitution canadienne incarne les valeurs des Canadiens, sans parler évidemment de celles des Québécois. Quelles sont les conséquences d'un tel état de fait? Pour les constitutionnalistes, bien sur, mais surtout pour les citoyens? Faut-il engager le processus qui permettra d'adopter une nouvelle constitution? Pour le Canada? Pour le Québec? Pour les deux? Même dans le cas, idéal pour moi, de l'adoption d'une constitution pour un Québec souverain, il faut être conscient que l'existence des droits ancestraux autochtones et du droit international obligerait à maintenir le dialogue. Quelles autres solutions peuvent-elles être mises de l'avant?

J'espère que le spectacle que nous offre ce retour à l'ensemble des sources de notre droit constitutionnel ne vous aura pas paru trop négatif, mais il me paraissait important de partager ces questions avec les membres de l'Association québécoise de droit constitutionnel avant de nous tourner vers l'évolution contemporaine de ce droit, sans doute plus encourageante, de façon à amorcer une réflexion à long terme.

¹¹ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs : discours judiciaire et le droit*, Paris, P.U.F. 1997.