



DIVERSITÉ ET
DÉMOCRATIE

Sous la direction de
FÉLIX MATHIEU
et DAVE GUÉNETTE

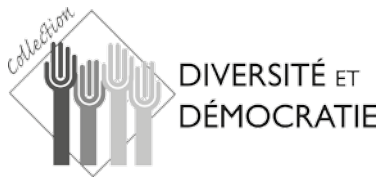
RÉ-IMAGINER LE CANADA

VERS UN ÉTAT MULTINATIONAL ?



Ré-imaginer le Canada

Vers un État multinational ?



Collection dirigée par Alain-G. Gagnon

Sous le leadership scientifique du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ) de l'Université du Québec à Montréal, la principale mission de cette collection est de créer un lieu d'échanges pour débattre de la recherche la plus avancée portant sur la démocratie, la diversité et l'engagement citoyen en contexte de diversité culturelle et nationale.

Dans un monde qui est aux prises avec divers types de conflits et de nouvelles formes de revendications politiques et culturelles, cette collection souhaite revivifier les recherches dans les champs du fédéralisme et du nationalisme de même que sur le cosmopolitisme et approfondir les interactions entre l'ethnicité, l'identité et la politique. Les travaux qui paraîtront dans cette collection souhaitent accroître notre compréhension des rapports prévalant entre les citoyens, les groupes, les collectivités et les nations. En outre, l'intention recherchée est aussi de proposer et d'argumenter en faveur de politiques publiques nouvelles et de projets politiques porteurs pouvant contribuer à créer les conditions propices à l'enrichissement des pratiques démocratiques.

Les textes publiés dans la collection «Diversité et Démocratie» s'intéressent à la représentation des collectivités et des intérêts. En outre, la mobilisation des citoyens, des communautés et des nations au chapitre de l'avancement de la justice sociale et de la stabilité politique sera au coeur même des travaux.

La présente initiative s'inscrit dans un vaste projet dont le financement est assuré par le Fonds sur la recherche et la culture du Gouvernement du Québec pour la période 2014-2020.

Titres parus

Nootens, Geneviève, Vézina, Hélène (dir.), *Explorer le social. Mélanges en l'honneur de Gérard Bouchard*, 2019.

Koussens, David, Catherine Foisy (dir.), *Les catholiques québécois et la laïcité*, 2018.

Taillon, Patrick, Amélie Binette (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, 2018.

Nootens, Geneviève, *La souveraineté populaire en Occident. Communautés politiques, contestation et idées*, 2016.

Ré-imaginer le Canada

Vers un État multinational ?

SOUS LA DIRECTION DE

Félix MATHIEU et Dave GUÉNETTE

AVEC LA CONTRIBUTION DE

Stéphane BERNATCHEZ, Amélie BINETTE, Gérard BOUCHARD
Eugénie BROUILLET, Stéphanie CHOUINARD, Alain-G. GAGNON
Louis-Philippe LAMPRON, Geneviève NOOTENS, Martin PAPILLON
Jean-Olivier ROY, David SANSCHAGRIN, Gustavo Gabriel SANTAFÉ
Patrick TAILLON, Catherine VIENS



Presses de
l'Université Laval

À Catherine

À William

Financé par le gouvernement du Canada
Funded by the Government of Canada



Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien.

We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.



Conseil des arts
du Canada

Canada Council
for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.



Mise en pages : In Situ

Maquette de couverture : Laurie Patry

© Les Presses de l'Université Laval 2019

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 2^e trimestre 2019

ISBN 978-2-7637-4350-9

PDF 9782763743516

Les Presses de l'Université Laval

www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

Table des matières

Remerciements	XI
---------------------	----

INTRODUCTION

Le <i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , 20 ans plus tard : fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et protection des minorités	3
DAVE GUÉNETTE ET FÉLIX MATHIEU	

PARTIE 1

LE FÉDÉRALISME CANADIEN, L'AMÉNAGEMENT INSTITUTIONNEL DE LA DIVERSITÉ ET LA LATITUDE DES ACTEURS POLITIQUES

La valeur de la diversité au sein des démocraties libérales avancées.....	29
<i>Un monde qui nécessite des repères renouvelés</i>	
ALAIN-G. GAGNON	
La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada	49
EUGÉNIE BROUILLET	
Les récits du fédéralisme au Parti libéral du Québec	65
GUSTAVO GABRIEL SANTAFÉ ET FÉLIX MATHIEU	
Fédéralisme et langues autochtones : les risques d'une assimilation tranquille	91
CATHERINE VIENS	

PARTIE 2

**LE PRINCIPE DÉMOCRATIQUE AU CANADA, DU POUVOIR CONSTITUANT
À LA DÉMOCRATIE AUTOCHTONE**

- Démocratie et pouvoirs constituants dans les sociétés
plurinationales: quelques problèmes de théorie politique..... 119
GENEVIÈVE NOOTENS
- Une démocratie sans peuple, sans majorité et sans histoire 141
De la démocratie par le peuple à la démocratie par la Constitution
PATRICK TAILLON
- Renvoi relatif à la sécession du Québec* et dialogue constitutionnel:
quelles ouvertures pour les Autochtones? 173
JEAN-OLIVIER ROY

PARTIE 3

**LE CONSTITUTIONNALISME CANADIEN:
GOUVERNANCE, DENSIFICATION ET TENSIONS**

- Le *Renvoi* de 1998 et la gouvernance judiciaire:
légitimer la domination..... 199
DAVID SANSCHAGRIN
- La gouvernance constitutionnelle..... 227
*Le constitutionnalisme et l'identité constitutionnelle du Canada
au XXI^e siècle*
STÉPHANE BERNATCHEZ
- De la densification normative de l'ordre constitutionnel canadien... 261
AMÉLIE BINETTE
- D'ambiguïté et d'opportunités: le constitutionnalisme et les tensions
nationales au Canada 287
DAVE GUÉNETTE

PARTIE 4

**LA PROTECTION DES MINORITÉS ET L'INTÉGRATION
DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES AU CANADA**

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec
et les droits linguistiques canadiens..... 313
L'effet mitigé du principe constitutionnel de protection des minorités

STÉPHANIE CHOUINARD

Au cœur du Renvoi sur la sécession : l'esprit de 1948
et la protection des minorités 341

LOUIS-PHILIPPE LAMPRON

L'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien 363

GÉRARD BOUCHARD

CONCLUSION

AU-DELÀ DU RENVOI, LE MÛRISSEMENT D'UN PRINCIPE SUPPLÉMENTAIRE

Les traités avec les peuples autochtones: un 5^e pilier
de l'ordre constitutionnel canadien?..... 395

MARTIN PAPILLON

Remerciements

Les directeurs de l'ouvrage désirent remercier les Presses de l'Université Laval pour avoir reçu avec autant d'enthousiasme ce manuscrit. En particulier, nous sommes très reconnaissants à l'endroit de Denis Dion, directeur général des PUL, et de toute son équipe. Nous voulons également remercier le professeur Alain-G. Gagnon, directeur de la collection «Diversité et démocratie». Son apport à la préparation et à l'organisation de ce projet a été d'une valeur inestimable. Une fois de plus, la publication du présent ouvrage témoigne de la confiance qu'accorde Alain-G. Gagnon aux jeunes générations d'universitaires, et de l'élan qu'il parvient à leur donner. Nous espérons un jour pouvoir agir de même à notre tour. De plus, nous remercions chaleureusement le Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie, la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes, le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales, ainsi que le Département de science politique de l'Université du Québec à Montréal pour leur précieux soutien financier. Enfin, nous tenons à remercier la professeure Alexandre Couture Gagnon pour l'évaluation scientifique rigoureuse et minutieuse qu'elle nous a offerte.

INTRODUCTION

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec, 20 ans plus tard : fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et protection des minorités

DAVE GUÉNETTE ET FÉLIX MATHIEU

Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.

COUR SUPRÊME DU CANADA¹

Les démocraties libérales contemporaines sont traversées par une impressionnante diversité. Des vagues d'immigration déferlent sur elles année après année, contribuant ainsi à l'établissement d'une diversité ethnoculturelle toujours plus complexe. De même, malgré que ces démocraties se soient constituées en bonne partie en tant qu'État-nations, force est de constater que des nations minoritaires, des nations autochtones, ainsi que des minorités nationales et linguistiques sont souvent caractéristiques du relief sociopolitique de ces États. Apprendre à vivre ensemble dans le contexte de telles sociétés complexes est donc un processus continu, une dynamique en perpétuelle mutation. À cet égard, la recherche d'un *modus operandi* pour aménager équitablement cette diversité et gérer de manière raisonnable et constructive les conflits qui en émergent nécessite une réflexion approfondie sur les principes normatifs et constitutionnels qu'il importe de développer et de consolider dans un tel contexte.

Cas type de société complexe, le Canada est non seulement une terre d'immigration depuis ses premières manifestations comme entité politique, mais est aussi une fédération qui

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

réunit une communauté (nationale) anglophone majoritaire, une nation minoritaire francophone territorialement concentrée dans la province de Québec, plus de 600 communautés autochtones qu'on peut rassembler en quelque 60 communautés nationales dispersées sur le territoire canadien, une nation acadienne, des minorités francophones hors Québec réparties au sein des différentes provinces, et une minorité nationale anglophone concentrée au Québec. Clairement, le Canada est représentatif des défis que pose la recherche d'un tel vivre-ensemble².

Les réflexions et les pistes de solution pouvant éclairer cette situation et contribuer à l'aménagement de la diversité dans une société comme le Canada dépassent indubitablement la portée du droit, de la science politique, de la philosophie, de l'histoire ou de la sociologie. Celles-ci requièrent plutôt d'y aller de matrices interdisciplinaires, partant de perspectives propres à ces disciplines, tout en transcendant leurs frontières respectives.

Treize ans avant qu'elle rende le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, lequel est au cœur des contributions rassemblées dans cet ouvrage, la Cour suprême du Canada écrivait dans son *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* : « Le présent renvoi allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates³. » Au lendemain de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, la Cour sera appelée dans cette décision, non seulement à statuer sur les droits collectifs de la minorité linguistique d'expression francophone du Manitoba, mais, plus généralement, à détailler son appréciation de ce qui constitue un des piliers les plus fondamentaux de l'édifice constitutionnel canadien : la cohabitation entre plusieurs peuples et le régime linguistique qui en découle.

La déclaration introductive de la Cour suprême est alors d'un intérêt certain pour comprendre l'état d'esprit avec lequel elle aborde le difficile exercice qu'elle entreprend. En mention-

2. Félix MATHIEU, *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, coll. « Politeia », 2017.

3. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 728.

4. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

nant d'emblée les *questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles* et les *questions politiques très délicates* qui transcendent l'enjeu des droits linguistiques au Manitoba – de même que dans le reste de l'État –, la Cour reconnaît que la décision qu'elle s'apprête à rendre dépasse les frontières disciplinaires du droit et s'apparente ainsi à un exercice interdisciplinaire.

Or, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, alors qu'elle est appelée à « examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel⁵ », la Cour suprême débute avec la même remarque concernant les dimensions *juridiques et constitutionnelles*, mais également *politiques* des enjeux qui sont portés à son attention. Le raisonnement qui suivra cette mention représente non seulement l'un de textes les plus marquants de l'histoire judiciaire du Canada, mais également un exercice fondamentalement transdisciplinaire. En effet, dans celui-ci, la Cour suprême a habilement concilié des enjeux de nature certes politique et juridique, mais également sociologique, historique et philosophique. Pour ce faire, elle a notamment procédé à l'identification et à l'utilisation de quatre principes qui sous-tendent la Constitution canadienne, soit le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités.

Fort de contributions provenant à la fois du droit et de la science politique, le présent ouvrage a pour objectif d'offrir une réflexion tant rétrospective que prospective quant à la valeur de ces quatre principes pour ré-imaginer le Canada sur des bases plus hospitalières à l'égard de tous les partenaires de l'association politique. Au croisement des études empiriques et théoriques, ce collectif propose de discuter et de débattre de la manière dont ces quatre « prémisses inexprimées » de l'ordre constitutionnel peuvent contribuer – ou même nuire – à l'établissement de modalités équitables pour l'aménagement de la diversité au Canada. En ce sens, plus que de simplement revisiter ces quatre principes, le vingtième anniversaire du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* représente un moment opportun pour les approfondir et mieux les mettre en dialogue. C'est précisément l'exercice auquel se prête cet ouvrage et ceux qui y participent.

5. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 1.

Pour introduire la présente réflexion, nous procéderons ici à (1) un bref rappel du contexte historique dans lequel s'inscrit le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de même qu'à (2) un court (ré)examen des quatre principes et (3) des rapports existants entre ceux-ci. Nous poursuivrons avec (4) une brève discussion relativement à la nature interdisciplinaire et à la portée universelle de ces quatre principes, où nous aborderons également leur pertinence pour ré-imaginer le Canada et son évolution vers un État multinational. Nous concluons enfin en présentant (5) la structure du présent ouvrage et les différentes perspectives qui le composent.

1 LE RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC DE 1998

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998 représente le point culminant de deux décennies d'intenses tractations constitutionnelles au Québec et au Canada. En effet, le premier référendum sur la souveraineté du Québec en 1980, le rapatriement constitutionnel de 1982, l'échec de l'Accord constitutionnel du lac Meech en 1990, puis celui de l'Entente constitutionnelle de Charlottetown en 1992 et, enfin, le deuxième référendum sur la souveraineté du Québec en 1995, non seulement précèdent chronologiquement le Renvoi de 1998, mais constituent également une suite d'évènements qui ont directement menés à celui-ci.

Le référendum de 1995 est, à ce titre, l'élément déclencheur principal de la trame constitutionnelle qui conduit au Renvoi. Le résultat extrêmement serré de celui-ci – où l'option du Non l'emporte de justesse avec 50,58 % des suffrages, contre 49,42 % pour le Oui⁶ – pousse les autorités fédérales à faire preuve d'un certain activisme pour contrer le mouvement indépendantiste québécois⁷. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est alors au cœur de cette nouvelle stratégie⁸.

6. DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS DU QUÉBEC, *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3^e éd., p. 56, [En ligne], [www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/dge_6350.3_v.f.pdf].

7. Dave GUÉNETTE et Alain-G. GAGNON, « Du référendum à la sécession – Le processus québécois d'accession à la souveraineté et ses enseignements en matière d'autodétermination », *Revista catalana de dret públic*, vol. 54, 2017, p. 100, à la page 108.

8. Laquelle inclut également l'octroi d'un droit de veto régional avec l'adoption de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996,

C'est ainsi qu'en septembre 1996 le gouvernement fédéral demande à la Cour suprême si, en vertu du droit constitutionnel canadien notamment – mais également en vertu du droit international –, le Québec pouvait éventuellement procéder unilatéralement à sa sécession du reste du Canada. De son côté, le gouvernement du Québec, « voulant éviter de donner de la légitimité à un processus où des institutions proprement fédérales se prononceraient sur le droit du Québec de déclarer son indépendance, décida de ne pas participer au débat devant la Cour suprême⁹ ».

Dans sa décision, rendue deux ans plus tard, la Cour suprême écrit :

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé¹⁰.

Puis, elle ajoute : « Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître¹¹. » En bref, selon les enseignements de la Cour suprême, une *question claire*, une *réponse claire* et une *obligation de négocier* sont les pièces maîtresses d'un processus qui permettrait au Québec d'accéder à la souveraineté. Confirmant l'inconstitutionnalité d'une déclaration unilatérale d'indépendance, la Cour suprême ouvre néanmoins la voie à un processus sécessionniste qui serait conforme au droit interne canadien.

c. 1, la reconnaissance de la société distincte du Québec par la Chambre des communes du Canada : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 29 novembre 1995, p. 16971.

9. D. GUÉNETTE et A.-G. GAGNON, préc., note 7, à la page 109; Nathalie DES ROSIERS, « From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 13, n° 2, 2000, p. 171, à la page 172.

10. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 88.

11. *Ibid.*, par. 150.

Cette conclusion à laquelle en vient la Cour suprême nous apparaît ainsi fort équilibrée, somme toute apolitique, fondée en droit et foncièrement interdisciplinaire. D'ailleurs, c'est probablement ce qui explique que la réception du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ait été aussi positive au Québec, au Canada et à l'échelle internationale. À ce titre, Dave Guénette et Alain-G. Gagnon écrivent : « D'une grande richesse juridique et pédagogique, ce renvoi de la Cour suprême a fait – et continue de faire – l'objet d'une littérature significative et d'un écho international certain¹² », puis ajoutent : « Avec cette décision, la Cour suprême a donc véritablement procédé à la conciliation d'intérêts fort divergents. En effet, nuancé, son argument a été généralement bien reçu, autant au Québec que dans le reste du Canada¹³ ». Cette conclusion est, par ailleurs, appuyée par Catherine Mathieu et Patrick Taillon lorsqu'ils constatent qu'après « le renvoi plusieurs auteurs avaient souligné le souci de la Cour suprême de rendre acceptable son argumentaire à l'auditoire des justiciables québécois¹⁴ ».

De leur côté, François Rocher et Elisenda Casanas Adams sont d'avis que le Renvoi apparaît « comme le fruit d'un raisonnement équilibré, tout en préservant la légitimité du pouvoir judiciaire », et qu'avec celui-ci la Cour suprême « avait réussi le tour de force de déclarer illégale la sécession unilatérale du Québec, tout en ouvrant la porte à un processus qui pourrait, théoriquement, se traduire par son départ à la suite de négociations menées de bonne foi ». Ils concluent que les « deux auditoires visés par le Renvoi pouvaient y puiser des arguments renforçant leur position¹⁵ ». Même son de cloche du côté de Frédéric Bérard, pour

12. D. GUÉNETTE et A.-G. GAGNON, préc., note 7, p. 109.

13. *Ibid.*, p. 110.

14. Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », *Revue de droit de McGill*, vol. 60, n° 4, 2015, p. 763, à la page 786.

15. François ROCHER et Elisenda CASANAS ADAMS, « L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 877, à la page 906.

qui le Renvoi «constitue, aux yeux de plusieurs, une réponse porteuse et nuancée aux enjeux complexes que porte en son sein la dynamique sécessionniste». Il ajoute que «d’aucuns pourraient arguer que la Cour suprême du Canada a en effet réussi, à maints égards, à trancher un nœud gordien jusqu’alors indénouable¹⁶».

Enfin, quant à l’écho international du raisonnement de la Cour suprême, selon André Lecours, le «renvoi est connu des politiciens et des juristes de plusieurs États confrontés à des demandes d’autodétermination¹⁷». En ce sens, Hugues Dumont et Mathias El Berhoumi écrivent que la décision de la Cour suprême du Canada a eu pour effet que «l’on ne peut plus raisonner en résumant à une simple antinomie de principe le rapport entre la notion de Constitution et le phénomène de la sécession¹⁸». Ils ajoutent que, depuis le Renvoi, «les affaires monténégrine, écossaise et catalane invitent les constitutionnalistes à passer du cas canadien à la règle, ou du moins à quelques principes juridiques¹⁹».

En clair, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a été l’objet d’une large et positive réception, tant par la communauté politique que par la communauté universitaire, et apparaît aujourd’hui comme un incontournable. Ainsi, bien qu’il ne soit pas pour autant exempt de critiques sérieuses – en témoignent notamment quelques contributions présentées dans le présent ouvrage –, d’aucuns reconnaissent que le *Renvoi* marque un tournant majeur de l’histoire constitutionnelle canadienne.

16. Frédéric BÉRARD, «De la réceptivité des enseignements de la Cour suprême à l’échelle internationale: impacts et répercussions du *Renvoi sur la sécession du Québec*», dans Amélie BINETTE et Patrick TAILLON (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2018, p. 299.

17. André LECOURE, «Référendums d’autodétermination: les expériences québécoise et canadienne en perspective comparée», dans A. BINETTE et P. TAILLON, préc., note 16, p. 251, à la page 254.

18. Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, «La reconnaissance constitutionnelle du droit de demander la sécession dans les États plurinationaux», dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l’honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 461, à la page 463.

19. *Ibid.*, p. 464.

2 LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA CONSTITUTION CANADIENNE

La Constitution du Canada est un objet complexe qui se compose de plusieurs types de sources, à la fois écrites et non-écrites²⁰. À ce titre, le chemin intellectuel qu'a emprunté la Cour suprême pour rendre le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* repose sur ce qu'elle a appelé des *principes fondamentaux*. En effet, devant le silence des textes constitutionnels relativement aux enjeux concernant l'éventualité de la sécession d'une province²¹, elle écrit :

À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises [dans le Renvoi] sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrons donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre²².

Après un rappel de l'histoire constitutionnelle du Canada, la Cour suprême en vient à l'examen de ces principes fondamentaux. Elle mentionne que ceux-ci « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution », qu'« ils en sont les prémisses inexprimées²³ » et qu'« il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux²⁴ ». Bref, selon elle, ces « principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale²⁵ ». Elle mentionne ensuite (2.1) le fédéralisme,

20. Voir notamment Allan C. HUTCHINSON, « Constitutional Change and Constitutional Amendment. A Canadian Conundrum », dans Xenophon CONTIADES (dir.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, New York, Routledge, 2013, p. 51 et David M. THOMAS, *Whistling Past the Graveyard. Constitutional Abeyances, Quebec, and the Future of Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1997.

21. Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 3, 2010, p. 60.

22. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 1.

23. *Ibid.*, par. 49.

24. *Ibid.*, par. 51.

25. *Ibid.*, par. 51.

(2.2) la démocratie, (2.3) le constitutionnalisme et la primauté du droit, et (2.4) la protection des minorités comme quatre de ces principes fondamentaux²⁶, tout en prenant soin de préciser qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive²⁷. Tour à tour, nous reviendrons brièvement sur ce que la Cour écrit sur chacun de ces principes.

2.1 Le fédéralisme

Sur ce premier principe, la Cour suprême indique d'abord : « Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe fondamental du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe²⁸. » Elle ajoute que, sur le long terme, sa jurisprudence confirme « que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada²⁹ » ; il en serait même « l'étoile qui les a guidés depuis le tout début³⁰ ». Son raisonnement s'inscrit également dans la littérature plus large sur le fédéralisme lorsqu'elle écrit qu'un système fédéral comme le Canada se caractérise notamment par la division de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement, de même que par un pouvoir judiciaire indépendant apte à arbitrer les litiges constitutionnels entre ceux-ci³¹.

Mais la Cour va plus loin que simplement discourir sur le concept de fédéralisme et ses implications juridiques et politiques. En effet, elle mentionne y voir un moyen concret de penser la cohabitation de plusieurs peuples dans un État comme le Canada : « Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence³². » De même, selon elle, le fédéralisme « facilite la poursuite

26. *Ibid.*, par. 49.

27. *Ibid.*, par. 32.

28. *Ibid.*, par. 55.

29. *Ibid.*, par. 57.

30. *Ibid.*, par. 56.

31. *Ibid.*, par. 56.

32. *Ibid.*, par. 58.

d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée³³».

La Cour utilise enfin le cas du Québec pour illustrer son propos. Non seulement elle mentionne que sa « population est francophone et [...] possède une culture distincte », mais elle ajoute que la « réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867³⁴ ».

2.2 La démocratie

Le principe démocratique est le deuxième qu'aborde la Cour suprême. Après avoir mentionné que la « démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique³⁵ », elle ajoute que le « principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle³⁶ ».

Pour la Cour, « un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique³⁷ ». À ce titre, l'accent est mis sur une conception autant individuelle que collective de la démocratie. D'une part, quant à l'aspect collectif, la Cour suprême aborde la notion de peuple et de souveraineté populaire, de même que celle de formation de majorités représentatives et d'institutions élues. D'autre part, quant à l'aspect individuel, le tribunal écrit que le principe démocratique doit notamment emporter « le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d'être candidat à ces élections³⁸ ».

En ce sens, si, dans son exposé sur le principe démocratique, la Cour insiste sur sa dimension tant individuelle que collective, force est aussi de constater qu'elle aborde la démocratie unique-

33. *Ibid.*, par. 59.

34. *Ibid.*, par. 59.

35. *Ibid.*, par. 61.

36. *Ibid.*, par. 62.

37. *Ibid.*, par. 64.

38. *Ibid.*, par. 65.

ment dans son acception représentative, ne faisant pas référence à la dimension référendaire du principe démocratique ni aux multiples pratiques traditionnelles des partenaires autochtones. Cela peut s'expliquer par la nature du système et des institutions politiques du Canada. Toutefois, il demeure surprenant que la Cour suprême exclue, à ce stade, les procédés de démocratie référendaire de son raisonnement, ceux-ci étant pourtant bien ancrés dans la culture constitutionnelle du Canada³⁹.

2.3 Le constitutionnalisme et la primauté du droit

Quand vient le temps de traiter du constitutionnalisme, troisième principe du Renvoi, la Cour suprême aborde simultanément, tout en les distinguant, le constitutionnalisme et la primauté du droit : «Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques⁴⁰.» Néanmoins, pour les besoins de la présente réflexion – et bien que nous aborderons le raisonnement de la Cour relativement au constitutionnalisme et celui se rapportant à la primauté du droit –, nous rassemblerons ceux-ci sous la notion de *constitutionnalisme*.

Pour la Cour, la primauté du droit peut se résumer en trois grands éléments : elle a pour effet qu'il n'existe qu'« une seule loi pour tous », elle « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif », et elle emporte la nécessité que « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit⁴¹ ». Bref, à « son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une

39. Voir notamment : Patrick TAILLON, «Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada», dans Michel SEYMOUR (dir.), *Repenser l'autodétermination interne*, Montréal, Thémis, 2016, p. 265, à la page 190 : «Bien qu'il n'ait été ni voulu ni prévu par les rédacteurs de la Constitution, le référendum s'est développé – en marge de la Constitution – grâce à une évolution des pratiques politiques et s'est consolidé par une reconnaissance jurisprudentielle de cette pratique.»

40. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 72.

41. *Ibid.*, par. 71.

société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État⁴² ».

Quant au principe du constitutionnalisme, la Cour suprême écrit que celui-ci est consacré à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il « exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution⁴³ », puisque c'est dans celle-ci que réside le pouvoir des autorités politiques. Cette disposition met donc en place un régime de « suprématie constitutionnelle⁴⁴ ». En raison de sa nature fondamentale, la Constitution est ainsi « placée hors de la portée de la règle de la simple majorité⁴⁵ ». En effet, la « modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige⁴⁶ ».

2.4 La protection des minorités

Enfin, quatrième et dernier principe sur lequel la Cour suprême se penche dans son avis de 1998, la protection des minorités fait également l'objet d'un examen succinct. Évoquant d'abord le fruit de « compromis historiques », la Cour écrit que « [p]lusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités⁴⁷ ». Elle poursuit en ajoutant que ce quatrième principe fondamental « se reflète clairement dans les dispositions de la Charte relatives à la protection des droits des minorités⁴⁸ ». On remarque alors que la Cour suprême intègre dans le principe de la protection des minorités autant les mesures relatives à la gestion de la diversité sociétale historique qui découle de la cohabitation nationale au Canada que celles qui concernent la diversité ethno-culturelle qui résulte des mouvements migratoires et que protège notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*.

42. *Ibid.*, par. 70.

43. *Ibid.*, par. 72.

44. *Ibid.*, par. 72.

45. *Ibid.*, par. 73.

46. *Ibid.*, par. 77.

47. *Ibid.*, par. 79.

48. *Ibid.*, par. 80.

Selon la Cour suprême, ce principe constitutionnel de «la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération», de même qu'il «continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution⁴⁹». De plus, pour la Cour, il «ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la Charte⁵⁰».

Enfin, la Cour conclut cette partie de son raisonnement en abordant précisément le cas des peuples autochtones. Selon elle, c'est en conformité avec «cette longue tradition de respect des minorités» que le constituant de 1982 a ajouté à la Constitution une protection relative aux droits existants – ancestraux ou issus de traités – des Autochtones⁵¹ et une clause de non-atteinte à ceux-ci⁵². Elle en conclut ainsi: «La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente⁵³.»

3 LES LIENS ET LES RAPPORTS EXISTANT ENTRE LES PRINCIPES

L'examen individuel des principes fondamentaux que nous venons d'esquisser ne représente toutefois qu'un exercice incomplet, un rappel partiel du raisonnement de la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. En effet, en plus d'être des valeurs fondamentales et des principes clés de la Constitution canadienne, le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la protection des minorités sont des normes constitutionnelles, des sources de droit, qui «fonctionnent en symbiose⁵⁴». Ainsi, «[a]ucun de ces principes ne peut être défini

49. *Ibid.*, par. 81.

50. *Ibid.*, par. 81.

51. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4, art. 35.

52. *Ibid.*, art. 25.

53. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 82.

54. *Ibid.*, par. 49.

en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre⁵⁵».

En ce sens, dans l'architecture constitutionnelle du Canada⁵⁶, les principes fondamentaux doivent interagir continuellement et obligatoirement entre eux dans des rapports égalitaires et dans une dynamique de conciliation, jamais d'affrontement. «Nous sommes donc en présence de normes d'égle valeur en ce qu'ils [les principes fondamentaux] incarnent le principe surdéterminant de l'équiprimordialité établissant qu'aucun des acteurs ne peut se défaire de l'un ou de l'autre de ces principes en vue d'avantager sa propre position⁵⁷.»

L'étude des principes fondamentaux de la Constitution canadienne doit ainsi se faire en deux temps – ou, du moins, être double. Elle doit d'abord accorder une attention particulière à l'étude des principes qui entrent en jeu dans une situation précise, puis elle doit s'assurer que l'interprétation et les conclusions qui en sont tirées ne contreviennent ou n'empêchent pas l'application pleine et entière d'autres principes. En bref, les principes fondamentaux entretiennent entre eux des rapports analogues aux droits fondamentaux protégés par les chartes des droits et libertés. En effet, comme le mentionnent Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet concernant l'interprétation des droits fondamentaux, «il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment des autres. Quand deux droits sont en conflit, la Charte commande un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux⁵⁸». Le raisonnement est le même en ce qui concerne les principes fondamentaux de la Constitution du Canada. La Cour suprême donne d'ailleurs plusieurs exemples d'interactions entre les principes fondamen-

55. *Ibid.*, par. 49.

56. Voir Dave GUÉNETTE, «L'architecture constitutionnelle. Dimensions artistiques d'une construction juridique», *Les Cahiers de droit*, vol. 58, 2017, p. 33.

57. D. GUÉNETTE et A.-G. GAGNON, préc., note 7, p. 110; H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 18, p. 464.

58. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 1000.

taux dans le Renvoi. Nous examinerons ici quelques-uns de ces exemples de rapports et d'interactions entre les principes.

3.1 Rapports et interactions entre les principes du fédéralisme et de la démocratie

D'abord, la Cour suprême souligne que le fédéralisme peut représenter un facilitateur démocratique: «La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité⁵⁹.» À ce chapitre, elle ajoute que le fédéralisme participe au principe démocratique en permettant la création de *différentes majorités légitimes*:

Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral. Aucune majorité n'est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu'expression de l'opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu⁶⁰.

La Cour fait également émerger d'importantes conséquences de la conciliation entre les principes du fédéralisme et de la démocratie lorsqu'elle écrit que «chaque participant de la Confédération [a] le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle⁶¹» et que «ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre⁶²». Cette obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels⁶³ entre les partenaires fédéraux «est inhérente au principe démocratique

59. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 58.

60. *Ibid.*, par. 66.

61. En vertu de l'article 46 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4.

62. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 69.

63. Patrick TAILLON et Alexis DESCHÊNES, «Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien: l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels», *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, 2012, p. 461.

qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement⁶⁴».

Enfin, dans le même ordre d'idées, rappelons les enseignements de la Cour, pour qui le « principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier⁶⁵ ».

3.2 Rapports et interactions entre les principes de la démocratie et du constitutionnalisme

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* porte en grande partie sur les rapports et les interactions entre les principes de la démocratie et du constitutionnalisme. D'un côté, les tenants de la position selon laquelle le principe démocratique permettrait au Québec de déclarer son indépendance à la suite d'un référendum gagnant, de l'autre, ceux qui argumentent, en vertu du principe du constitutionnalisme, que la Constitution du Canada rend inconstitutionnel tout processus sécessionniste. La Cour suprême non seulement nuance ces positions, mais affirme, par l'existence d'une voie mitoyenne, que les deux principes en jeu sont indissociables.

D'une part, elle écrit que « la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la "volonté souveraine" doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques⁶⁶ ». D'autre part, la Cour poursuit en mentionnant : « Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe

64. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 69.

65. *Ibid.*, par. 88.

66. *Ibid.*, par. 67.

démocratique⁶⁷ ». En ce sens, la Cour conclut que « [b]ien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie ; bien au contraire, ils lui sont indispensables⁶⁸ ».

En d'autres termes, si la démocratie ne peut être synonyme d'une *totale liberté* pour une simple majorité⁶⁹, le constitutionnalisme ne peut non plus s'assimiler à une *camisole de force*⁷⁰, sans quoi la légitimité de l'ordre constitutionnel serait en péril. En fait, de manière cohérente avec l'affirmation selon laquelle la « Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement⁷¹ », les principes de la démocratie et du constitutionnalisme doivent effectivement évoluer dans un rapport symbiotique.

3.3 Rapports et interactions entre les principes du constitutionnalisme et de la protection des minorités

La nature des liens entre constitutionnalisme et protection des minorités est aisément perceptible. La Cour suprême en fait ainsi mention : « Une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale⁷². » Elle poursuit en soulignant qu'il est insuffisant de parier sur « la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits⁷³ » et qu'il est primordial que ceux-ci

67. *Ibid.*, par. 67.

68. *Ibid.*, par. 78.

69. *Ibid.*, par. 75 : « L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant [...]. Une analyse plus poussée révèle [...] que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle. »

70. James TULLY, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 2, n° 2, 1999, p. 1.

71. *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 3, 745.

72. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 74.

73. *Ibid.*, par. 74.

jouissent d'une protection constitutionnelle hors de la portée d'une simple majorité: «La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus⁷⁴.» Bien que «ces règles constitutionnelles [soient] elles-mêmes susceptibles de modification», elles requièrent habituellement de passer par «un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution⁷⁵». Bref, suivant la Cour suprême, la protection des minorités passe nécessairement par la constitutionnalisation de leurs droits.

3.4 Rapports et interactions entre les principes du constitutionnalisme et du fédéralisme

Les principes du constitutionnalisme et du fédéralisme entretiennent également des liens qui s'imposent par la force de la raison. En effet, nous avons mentionné précédemment que la Cour suprême évoque qu'un régime fédéral se caractérise notamment par la division de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement, de même que par un pouvoir judiciaire indépendant apte à arbitrer les litiges constitutionnels entre ceux-ci⁷⁶. Elle aborde une autre caractéristique essentielle du fédéralisme lorsqu'elle écrit: «Une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement⁷⁷.» Évoquant la nécessité d'empêcher «ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus [d']usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires⁷⁸», la Cour suprême affirme la nécessité, dans un système fédéral, de constitutionnaliser les règles du partage de la fonction législative.

Les quatre exemples de liens entre les principes fondamentaux examinés ci-dessus ne représentent que quelques-uns de ceux qui ont été utilisés par la Cour suprême dans son Renvoi. En

74. *Ibid.*, par. 74.

75. *Ibid.*, par. 76.

76. *Ibid.*, par. 56.

77. *Ibid.*, par. 74.

78. *Ibid.*, par. 74.

effet, des rapports et des interactions multiples – pour ne pas dire infinis – existent entre ces quatre principes fondamentaux, non pas seulement au Canada, mais dans les démocraties libérales en général.

4 LA PORTÉE DES PRINCIPES POUR RÉ-IMAGINER LE CANADA

Le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la protection des minorités sont ainsi des concepts clés à partir desquels il est possible d'étudier, de penser et de pratiquer l'aménagement de la diversité dans la plupart des États occidentaux. Pour ce qui nous intéresse dans le présent ouvrage, ils seront au cœur de nos réflexions pour ré-imaginer le Canada, et penser sa pleine évolution vers un modèle de démocratie multinationale. Néanmoins, s'ils sont les « prémisses inexprimées » de l'ordre constitutionnel canadien, il demeure vain de chercher à les circonscrire à la seule expérience canadienne. Comme le suggèrent Hugues Dumont et Mathias El Berhoumi, les quatre principes fondamentaux inspirent certes la Constitution canadienne, mais ils « n'ont rien de spécifique à celle-ci⁷⁹ ». Non seulement ces principes sont aussi caractéristiques de l'*esprit* constitutionnel qui habite plusieurs autres États, mais on les retrouve également explicitement inscrits dans les textes constitutionnels de certaines sociétés.

En effet, d'une part, les États qui énoncent, par leur constitution, leur attachement au principe démocratique⁸⁰, au constitutionnalisme et à l'État de droit⁸¹ ou encore à la protection des minorités⁸² sont la norme et non l'exception en Occident. D'autre

79. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 18, à la page 464.

80. Voir par exemple : *Constitution italienne*, art. 1 : « L'Italie est une République démocratique » ; *Constitution française*, art. 1 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » ; *Constitution espagnole*, art. 1 : « L'Espagne constitue un État [...] démocratique ».

81. Voir par exemple : *Constitution espagnole*, art. 1 : « L'Espagne constitue un État de droit » ; *Constitution portugaise*, art. 2 : « La République portugaise est un État de droit ».

82. Voir par exemple : *Constitution italienne*, art. 2 : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme » ; *Constitution italienne*, art. 6 : « La République protège par des normes particulières les minorités linguistiques » ; *Constitution française*, préambule : « Le peuple français

part, même si les États en question ne sont pas tous des fédérations, il est tout de même fréquent qu'ils constitutionnalisent le principe de la décentralisation du pouvoir et qu'ils favorisent l'exercice de certaines compétences en matière d'autonomie gouvernementale pour leurs entités subétatiques⁸³. L'Italie, la France, l'Espagne et le Portugal ne sont que quelques exemples à cet effet. Par ailleurs, l'Union européenne ne fait pas exception en cette matière, affirmant dans son traité constitutif l'attachement de ses États membres «aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit⁸⁴».

Il nous apparaît donc indéniable que les principes de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités sont des valeurs qui transcendent les frontières étatiques de l'Occident et qui forment ainsi les fondements des démocraties libérales de notre époque. Quant au principe du fédéralisme, même si celui-ci est moins commun que les trois autres, il demeure que les principes de subsidiarité, de décentralisation et de gouvernance auxquels il participe animent l'architecture constitutionnelle de bien des sociétés démocratiques. Ainsi, la nature *universelle* – et non seulement proprement canadienne – des principes mis de l'avant par la Cour suprême du Canada en 1998 ne fait aucun doute.

Par ailleurs, sur le plan conceptuel, ces principes ont tous une portée qui transcende les frontières disciplinaires, laquelle portée s'exprime notamment par la pluralité des significations théoriques et des expériences pratiques auxquelles ils peuvent convier. En effet, nul ne saurait argumenter qu'un de ces principes peut

proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme»; *Constitution espagnole*, art. 10: «La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui constituent le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale».

83. Voir par exemple: *Constitution italienne*, art. 117: «Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution»; *Constitution française*, art. 1: «Son organisation est décentralisée»; *Constitution espagnole*, art. 2: «Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles».

84. *Traité sur l'Union européenne*, préambule.

prétendre n'appartenir qu'à une seule discipline. Aborder le fédéralisme en refusant de combiner les expériences concrètes et les observations positivistes du droit à l'apport théorique et normatif qu'y a faites la science politique serait un non-sens. Même son de cloche du côté de la démocratie. Les dimensions juridiques et politiques de ce concept seraient moins concluantes et pertinentes sans les considérations notamment de légitimité propre à la philosophie. De la même manière, parler de constitutionnalisme sans mettre en tension les enseignements théoriques du droit avec les expériences historiques et les pratiques sociopolitiques de certains États, comme le Royaume-Uni, la France et même le Canada, ne pourrait que représenter un exercice partiel. Enfin, le principe de la protection des minorités requiert inévitablement un exercice transdisciplinaire, ne serait-ce que pour définir sociologiquement et politiquement les minorités à qui l'on souhaite accorder une protection juridique.

En ce sens, si nous croyons que les quatre principes constitutionnels fondamentaux mis de l'avant par la Cour suprême du Canada ont une portée universelle, nous sommes également d'avis que, dans leur fondement même, ils dépassent nécessairement les frontières disciplinaires. Et ce n'est pas là un obstacle à leur étude ou à leur application, mais plutôt une richesse intrinsèque qui doit être exploitée. En effet, afin de pleinement comprendre l'ampleur des enjeux liés à l'aménagement de la diversité profonde dans les sociétés complexes de notre époque et de contribuer à l'essor de ces dernières, il apparaît impératif d'adopter une approche interdisciplinaire.

Cette approche et l'exercice que nous proposons ici ne doivent cependant pas faire l'économie de la critique de ces quatre principes constitutionnels. Nous l'avons mentionné précédemment, il est concevable – et même observable – dans certaines circonstances que les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités *nuisent* au déploiement d'un vivre-ensemble qui soit équitable à l'endroit de toutes et tous. Que ce résultat émerge d'une compréhension ou d'une application erronée des principes, qu'il naisse du refus de procéder à une juste conciliation entre ceux-ci ou encore qu'il réponde à d'autres impératifs, il est envisageable que l'un ou

plusieurs de ces principes constitutionnels, plutôt que d'apaiser les tensions entre les groupes, les exacerbent. Il est également possible, dans d'autres contextes, que certains de ces principes entrent dans un rapport tellement conflictuel que la conciliation entre ceux-ci soit pratiquement irréalisable. En ces circonstances, les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités, parce qu'ils sont incorrectement mis en application, parce qu'ils sont instrumentalisés à d'autres fins ou encore parce que la conciliation entre eux est difficile, peuvent plutôt avoir pour effet de fragiliser la gestion du pluralisme. À ce titre, les perspectives ici offertes permettront également de critiquer ces quatre principes.

5 STRUCTURE DE L'OUVRAGE

Cet ouvrage donne suite à un colloque s'étant tenu le 25 mai 2018 à l'Université d'Ottawa, dans le cadre du 56^e Congrès de la Société québécoise de science politique. Il a depuis été bonifié par l'ajout de quelques contributions, lesquelles enrichissent les perspectives offertes et le dialogue entre les principes. Or, à l'image de la structure qui donnait forme à ce colloque, et en gardant à l'esprit que l'objectif est ici de ré-imaginer les termes sur lesquels repose l'association politique canadienne par l'approfondissement des principes constitutionnels du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités, l'ouvrage est également structuré en quatre parties, soit une par principe.

La première partie s'intitule *Le fédéralisme canadien, l'aménagement institutionnel de la diversité et la latitude des acteurs politiques*. Celle-ci compte quatre contributions. Alain-G. Gagnon amorce avec un chapitre s'intitulant «La valeur de la diversité au sein des démocraties libérales avancées – Un monde qui nécessite des repères renouvelés». Suit Eugénie Brouillet avec «La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada». Gustavo Gabriel Santafé et Félix Mathieu poursuivent avec «Les récits du fédéralisme au Parti libéral du Québec» et Catherine Viens clôt cette première partie avec le chapitre «Fédéralisme et langues autochtones: les risques d'une assimilation tranquille».

La deuxième partie rassemble trois chapitres sous le thème *Le principe démocratique au Canada, du pouvoir constituant à la démocratie autochtone*. Le premier, «Démocratie et pouvoirs constituants dans les sociétés plurinationales: quelques problèmes de théorie politique», est signé par Geneviève Nootens. La contribution suivante est celle de Patrick Taillon et s'intitule «Une démocratie sans peuple, sans majorité et sans histoire – De la démocratie par le peuple à la démocratie par la Constitution». Puis, Jean-Olivier Roy amène à son tour une perspective autochtone avec «*Renvoi relatif à la sécession du Québec* et dialogue constitutionnel: quelles ouvertures pour les Autochtones?».

La troisième partie s'intitule *Le constitutionnalisme canadien: gouvernance, densification et tensions*. Elle compte quatre chapitres. Le premier est celui de David Sanschagrin et porte le titre «Le Renvoi de 1998 et la gouvernance judiciaire – Légitimer la domination». La contribution suivante est celle de Stéphane Bernatchez et aborde aussi le concept de gouvernance: «La gouvernance constitutionnelle: le constitutionnalisme et l'identité constitutionnelle du Canada au XXI^e siècle». Amélie Binette suit, avec le chapitre «De la densification normative de l'ordre constitutionnel canadien». La dernière contribution de cette partie est celle de Dave Guénette et s'intitule «D'ambiguïté et d'opportunités – Le constitutionnalisme et les tensions nationales au Canada».

La quatrième partie porte le titre *La protection des minorités et l'intégration des communautés culturelles au Canada*. Elle compte trois contributions. La première est celle de Stéphanie Chouinard: «*Le Renvoi relatif à la sécession du Québec* et les droits linguistiques canadiens: l'effet mitigé du principe constitutionnel de protection des minorités». Louis-Philippe Lampron suit avec la contribution «Au cœur du *Renvoi sur la sécession*: l'esprit de 1948 et la protection des minorités». Enfin, Gérard Bouchard apporte sa perspective avec «L'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien».

L'ouvrage se termine avec une conclusion intitulée *Au-delà du Renvoi, le mûrissement d'un principe supplémentaire*. Dans celle-ci, Martin Papillon propose alors une possibilité fort à-propos: «Les traités avec les peuples autochtones: un 5^e pilier de l'ordre constitutionnel canadien?».

CONCLUSION

En somme, en divisant les quatre parties de l'ouvrage en fonction des quatre principes constitutionnels, l'objectif n'est pas de compartimenter ceux-ci, mais bien de mieux permettre leur approfondissement respectif. Ainsi, les contributions appartenant aux diverses parties abordent toutes d'une certaine manière la façon dont le principe sur lequel elles se penchent interagit avec les trois autres principes. De même, le fait d'aborder un principe supplémentaire dans la conclusion de l'ouvrage prend racine tant dans l'affirmation de la Cour suprême selon laquelle la liste de quatre principes n'est pas exhaustive, que dans la pertinence d'aborder les enjeux relatifs aux peuples autochtones dans une perspective qui prend acte de leur particularisme.

PARTIE 1

LE FÉDÉRALISME CANADIEN,
L'AMÉNAGEMENT INSTITUTIONNEL DE LA DIVERSITÉ
ET LA LATITUDE DES ACTEURS POLITIQUES

La valeur de la diversité au sein des démocraties libérales avancées

Un monde qui nécessite des repères renouvelés

ALAIN-G. GAGNON*

Le contexte canadien s'avère très riche en enseignements en ce qui a trait à la *diversité de premier niveau*, à savoir les *origines multiples* de nombreux Canadiens. En revanche, le Canada est un exemple nettement moins instructif lorsqu'il est question de la *diversité de deuxième niveau*, c'est-à-dire les *trajectoires culturelles* des peuples *fondateurs*. La classe politique, à Ottawa, a rarement pris en compte la diversité de deuxième niveau dans l'élaboration des politiques gouvernementales, dans la description des repères culturels, sociaux et politiques, de même que dans ses projets de réformes constitutionnelles.

À l'instar des dynamiques à l'œuvre au sein d'un État qui se présente comme étant « un et indivisible », le gouvernement du Canada a peu à peu cherché à imposer ses conditions aux États membres de la fédération, agissant de ce fait comme s'il était le seul acteur pertinent et comme s'il pouvait imposer sa volonté politique en toute liberté. Cette attitude a incité plusieurs leaders autochtones, ainsi que tous les partis politiques du Québec, à se mobiliser sur une base régulière et à proposer de profonds changements politiques quant au fonctionnement de la fédéra-

* Professeur titulaire au Département de science politique de l'Université du Québec à Montréal, et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes. Le présent chapitre se veut une synthèse de plusieurs de mes arguments publiés à ce jour sur le sujet. Merci à Audrey Lord pour la traduction de la version anglaise à l'origine du présent texte, dont la première version a été rédigée à titre de conférencier principal lors de la 15^e conférence de l'Association israélienne d'études canadiennes, tenue à l'Université hébraïque de Jérusalem, du 23 au 25 mai 2016, dont le thème central était *Repenser la diversité et le multiculturalisme : les défis à l'échelle mondiale et locale*.

tion canadienne, afin de trouver des aménagements viables sur les plans constitutionnel, économique et politique. La nouvelle politique constitutionnelle, *Québécois, notre façon d'être Canadiens*, rendue publique par le gouvernement du Québec le 1^{er} juin 2017, s'inscrit dans ce sillon¹.

L'État multinational, que j'entends mettre en relief en tant qu'outil politique novateur, ouvre de nouvelles voies dans le discours démocratique en légitimant les revendications émanant des communautés nationales présentes dans les fédérations multinationales, tout en enrichissant le vivre-ensemble et en démocratisant les pratiques politiques. Il importe de mentionner que ceux qui ont été les premiers défenseurs du projet multinational ont eu tendance à critiquer l'État-nation unitaire et à appuyer le principe fédéral.

Au Canada, les analystes s'entendent généralement pour distinguer deux principales traditions fédérales : le fédéralisme territorial et le fédéralisme multinational. La première tradition, qu'il serait plus juste de qualifier de fédéralisme « mononational », est bien établie au Canada, hormis au Québec, et consiste à appliquer les politiques gouvernementales de manière uniforme sur l'ensemble du territoire, sous-entendant ainsi que le pays a été édifié sur la base d'une seule nation politique. Cette vision suggère que les États membres sont interchangeables, y compris eu égard à leurs obligations historiques et aux accords qui ont mené aux arrangements constitutionnels initiaux.

Or, il est difficile de concevoir un dénouement pleinement honorable du problème canadien sans que l'approche du fédéralisme par traités, proposée par les Premières Nations, ou le fédéralisme multinational, prôné par les tenants de la diversité profonde – ou par les membres de l'école de pensée québécoise de la diversité (Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales, GRSP) –, reviennent au centre des débats. En bref, je m'interroge à savoir si les objectifs de standardisation et d'homogénéisation ne sont pas désuets dans les environnements politiques complexes.

1. SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, *Québécois, notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2017.

Les exemples belge, britannique, indien et suisse méritent davantage d'attention, de sorte que les liens unissant les Canadiens ne privent pas les communautés nationales fondatrices de leur liberté d'action et d'autodétermination interne.

Pour discuter plus amplement de ces enjeux, je procéderai ici en trois étapes. Premièrement, j'examinerai ce que signifie le concept de diversité dans le contexte canadien et évaluerai dans quelle mesure certaines formes de diversité semblent compter plus que d'autres chez les acteurs politiques. Deuxièmement, j'analyserai les travaux de certains penseurs du fédéralisme qui ont consacré leur vie intellectuelle à trouver des façons ingénieuses d'accommoder la diversité culturelle et nationale. Troisièmement, je tirerai certaines leçons de leurs enseignements et verrai où cela devrait nous mener.

1 LE CONCEPT DE DIVERSITÉ

Il existe de nombreux types de minorités et de nombreuses formes de diversité. Celles-ci peuvent être d'origine culturelle, ethnique, linguistique, idéologique, raciale ou religieuse. Ces différents types de diversités revêtent une importance dans la mesure où ils peuvent mobiliser un appui (politique) au sein de la société civile, de même qu'au sein de l'État. Par conséquent, les groupes doivent parvenir à transformer un tel soutien en ressources politiques afin d'influencer le processus d'élaboration des politiques publiques.

Le défi le plus difficile que doit relever un pays comme le Canada est l'*obligation politique de trouver un équilibre* entre les revendications des nations fondatrices (les Anglais, les Français, les Amérindiens et les Acadiens) et celles des nombreuses minorités culturelles émergentes qui se sont établies au pays après sa fondation en 1867². Cette *étrange multiplicité*, pour reprendre l'expression de James Tully, a maintes fois été négligée – lorsqu'elle n'a pas été tout simplement ignorée – par l'État central qui cher-

2. Voir Eugénie BROUILLET, Alain-G. GAGNON et Guy LAFORÉST (dir.), *La conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard : comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2016.

chait à mettre de l'avant un seul et unique projet national bien précis et reposant sur des prémisses juridiques.

À certains égards, on peut affirmer que la diversité profonde a été initialement sacrifiée pour promouvoir un modèle qui a alimenté le libéralisme procédural. Telle était la solution de Pierre Elliott Trudeau pour assurer la coexistence de diverses identités collectives au sein d'un même État. Au moins trois politiques clés en matière de (re)construction identitaire ont été lancées sous sa gouverne : le livre blanc sur la politique indienne (en 1969), la politique du multiculturalisme (en 1971, puis revisitée en 1988 sous le gouvernement Mulroney) et la constitutionnalisation d'une charte canadienne des droits et libertés (en 1982). Drapées dans un discours identitaire que l'on disait être sensible à la diversité qui compose le Canada, ces initiatives politiques ont provoqué des mobilisations sans précédent, tant chez les peuples autochtones qu'au sein de la nation québécoise.

Le livre blanc sur la politique indienne a rapidement été abandonné en 1971, mais il s'est avéré être un catalyseur pour les peuples autochtones, qui sont devenus de plus en plus revendicateurs et de plus en plus politisés. La même année, le gouvernement Trudeau a adopté une politique relative au multiculturalisme dans l'optique de remettre en question la conception dominante du Canada qui existait à cette époque – du moins si l'on prend au sérieux le mandat confié par Lester B. Pearson à la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, dont les travaux se sont échelonnés de 1963 à 1971 –, soit d'être un pays constitué principalement de deux nations fondatrices.

Cette tentative de délaissier la définition biculturelle du pays au profit d'une vision multiculturelle a déclenché plusieurs épisodes de tensions politiques, parmi lesquels figurent les référendums tenus au Québec en 1980 et en 1995. Depuis lors, les Québécois francophones et les Premières Nations ont poursuivi, avec un succès mitigé, leurs efforts en vue de redéfinir le Canada comme étant une communauté politique « trinationale³ ».

3. Il convient de revenir à un texte clé publié par Alan C. Cairns, en 1994, dans lequel il reconnaissait l'émergence d'un Canada multinational : Alan C. CAIRNS, «The Charlottetown Accord: Multinational Canada v.

Notre collègue canadien et l'un des plus éminents spécialistes du fédéralisme, le regretté Alan C. Cairns, écrivait dans la foulée de l'échec de l'Accord de Charlottetown: «Les identités canadiennes, toutefois, ne sont plus adéquatement reflétées par la coexistence des identités provinciales et pancanadienne qui est toute naturelle pour un peuple fédéral. Elles sont enrichies et remises en cause par diverses identités nationales internes – à savoir les identités québécoise et autochtone ainsi que, de façon hésitante, celle du reste du Canada (*ROC, Rest of Canada*)⁴.»

Cette observation rejoint parfaitement un argument crucial soulevé par Charles Taylor selon lequel la diversité de premier niveau, soit la diversité qui repose sur une multiplicité d'indicateurs sociaux découlant du genre, de la région, de la religion, des origines multiculturelles de première ou de deuxième génération, ne suffit pas pour parvenir à faire face aux défis existentiels auxquels le Canada doit faire face.

Écrivant à la même période que Cairns, Taylor faisait remarquer que la dualité canadienne avait perdu sa pertinence aux yeux de nombreux citoyens, puisque leur propre expérience se déroulait au sein d'un environnement politique multiculturel. C'est dans ce contexte qu'a vu le jour un patriotisme ou un sens d'appartenance monolithique, faute duquel le pays risquait de ne pas survivre⁵. Taylor a répondu à cette prétention mononationaliste que ce qui était vraiment nécessaire pour la survie du pays, c'était d'être nettement plus accommodants dans notre façon d'être Canadiens.

Ce portrait de la société et de l'État situés au nord du 49^e parallèle nous permet d'établir une nette distinction entre les approches à la diversité mises de l'avant dans les milieux de recherche étatsunien et canadien. Charles Taylor est d'avis qu'aux États-Unis plusieurs adhèrent à un modèle de citoyenneté

Federalism», dans Curtis COOK (dir.), *Constitutional Predicament: Canada after the Referendum of 1992*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994, p. 26-29.

4. *Ibid.*, p. 26 (traduction libre de l'auteur).

5. Charles TAYLOR, «The Deep Challenge of Dualism», dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Quebec: State and Society*, 2^e éd., Scarborough, Nelson Canada, 1994, p. 93-94.

qui est uniforme⁶, un modèle qui n'est d'aucune utilité pour les sociétés qui sont traversées par une diversité profonde, comme la Belgique, le Canada, l'Espagne et le Royaume-Uni.

Contrairement à de nombreuses autres sociétés, il convient de souligner que les Canadiens ont continué à débattre ouvertement de leurs différences. Pensons à la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (commission Laurendeau-Dunton, 1963-1971) sur la scène fédérale et, plus près de nous, à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (commission Bouchard-Taylor, 2007-2008) au Québec. Comme en témoigne le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, même la possibilité qu'une entité constituante (le Québec) puisse faire sécession du pays a été débattue publiquement. Il faut donc ajouter que, contrairement aux États-Unis, le Canada peut être dépeint comme un « pays en constante négociation plutôt qu'un pays de révolution ou qu'une nation à majorité unique⁷ ».

Une réserve doit toutefois être formulée face à l'imposition d'un nouvel ordre constitutionnel au Canada, en 1982 – le moment où la conversation canadienne entre les Canadiens hors Québec et les Québécois s'est interrompue –, alors que la nation majoritaire a imposé sa volonté politique.

-
6. Garth STEVENSON soutient qu'il existe peut-être moins de différences que nous pourrions le penser entre les deux modèles puisqu'ils semblent avoir produit des résultats similaires: « De nombreux Canadiens en Ontario et dans les provinces de l'Ouest voulaient que toutes les minorités (y compris les Canadiens français) soient incorporées dans un creuset de cultures qui serait uniformément anglophone et culturellement homogène. Dans une large mesure, avec le concours de leurs gouvernements provinciaux, les tenants de l'homogénéité sont parvenus au type de Canada qu'ils souhaitaient, excepté au Québec. » Voir Garth STEVENSON, *Building Nations from Diversity: Canadian and American Experience Compared*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014, p. 262 (traduction libre de l'auteur).
 7. Alain-G. GAGNON et Richard SIMEON, « Canada », dans Luis MORENO et César COLINO (dir.), *Diversity and Unity in Federal Countries: A Global Dialogue on Federalism*, vol. 7, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2010, p. 111 (traduction libre de l'auteur).

Certains acteurs politiques considéraient que des négociations continues entre des partenaires risquaient d'exacerber les tensions par moments, mais, sur le long terme, je soutiens que ce sont précisément ces tensions qui contribuent à assurer une stabilité démocratique et à conférer à la démocratie toute sa vigueur au Canada⁸.

En d'autres termes, et il s'agit là du principal paradoxe du fédéralisme démocratique, les institutions fédérales peuvent effectivement contribuer à alimenter les tensions politiques dans certains cas, mais elles offrent également des mécanismes qui peuvent contribuer à donner une voix aux communautés politiques et, par conséquent, ces institutions deviennent des soupapes de sécurité cruciales⁹.

Cette idée rejoint certaines réflexions du juriste autrichien Hans Kelsen¹⁰. Dans sa théorie de la démocratie et de la pyramide des normes, Kelsen fait ressortir que ni la majorité ni la minorité ne peut prétendre détenir toute la vérité, chacune d'elles devant prêter attention aux arguments présentés par l'autre (l'autre étant une majorité ou une minorité qui s'avère pertinente). En fin de compte, Kelsen prône une culture du compromis qui est influencée par les tiraillements des délibérations démocratiques et qui conduit à des formes concrètes « d'intégration dynamique », moment auquel les points de vue de tous sont pris au sérieux.

8. Voir Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

9. Pour une élaboration étoffée de cet argument, voir Jan ERK et Lawrence ANDERSON, « The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions? », *Regional and Federal Studies*, vol. 19, 2009, p. 191.

10. Pour consulter deux excellents résumés de la philosophie de Hans Kelsen, en français et en anglais, voir Jorge CAGIAO Y CONDE, « Démocratie et théorie du droit fédératif chez Proudhon et Kelsen », dans Anne-Sophie CHAMBOST (dir.), *Proudhon: droit ou morale?*, Paris, Société P.-J. Proudhon, 2011, p. 82; Sandrine BAUME, *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, Colchester, European Consortium for Political Research Press, 2012.

2 LE DANGER DE FAIRE ABSTRACTION DE LA DIVERSITÉ PROFONDE

Ilan Peleg a écrit un ouvrage remarquable, intitulé *Democratizing the Hegemonic State: Political Transformation in the Age of Identity* (paru en 2007), dans lequel il nous invite à réexaminer les relations entre majorités et minorités au sein des sociétés divisées.

Le modèle hégémonique qui prévaut dans le monde occidental, dont je viens tout juste de traiter, est ouvertement promu par les États-Unis d'Amérique, ainsi que par des pays comme la France et l'Espagne, qui prônent des pratiques appartenant à une tradition bourbonnienne et jacobine. Ces modèles glorifient tous l'uniformité et l'unité puisque l'on présume que les pertes au chapitre de la diversité et de la légitimité sont regagnées au plan de l'efficacité et de la performance.

Je constate une opposition particulièrement vive dans la littérature étatsunienne face à la nécessité d'accommoder la diversité profonde. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il est question des « fédérations ethniques » et, par extension, des fédérations multinationales. On retrouve, parmi les auteurs dont les travaux sont souvent cités, Jack Snyder¹¹, Valerie Bunce¹² et Rogers Brubaker¹³. Ces auteurs soutiennent que « l'ethno-fédéralisme » entraîne l'émergence d'entrepreneurs ethniques locaux et alimente des orientations sécessionnistes. Contrairement à certains auteurs canadiens – parmi lesquels figurent Will Kymlicka, John McGarry, Charles Taylor et James Tully –, Snyder, Bunce et les membres de cette école de pensée étatsunienne, qui dominent ce champ d'études, sont très réticents à l'idée de concevoir des voies d'accommodement pour la diversité profonde, même si le but ultime est de mieux intégrer des communautés politiques à la communauté politique plus large.

11. Jack SNYDER, *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict*, New York, Norton, 2000.

12. Valérie BUNCE, « Peaceful versus Violent State Dismemberment: A Comparison of the Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia », *Politics & Society*, vol. 27, 1999, p. 217.

13. Rogers BRUBAKER, *Ethnicity without Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Les travaux de Taylor au sujet de la diversité culturelle et nationale – et, dans leur sillage, soulignons les recherches effectuées par Will Kymlicka, Michel Seymour, James Tully et Yael Tamir – ont influencé considérablement les écrits de nombreux chercheurs, bien que les États-Unis demeurent largement fermés à ces idées.

J’entends, à présent, porter davantage mon attention sur les travaux de pionnier menés par James Tully au sujet du constitutionnalisme ancien et moderne, puisque j’estime qu’ils n’offrent rien de moins qu’une interprétation porteuse pour le vivre-ensemble. Dans son ouvrage *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité*¹⁴, Tully examine longuement à quel point le constitutionnalisme moderne impose «une association juridique et politique uniforme et complète¹⁵», rendant impossible toute divergence par rapport à la norme.

Le peuple souverain des sociétés modernes [...] instaure une constitution qui est juridiquement et politiquement uniforme: une constitution formée de citoyens égaux qui sont traités de façon identique plutôt qu’équitable, d’un seul régime national d’autorité juridique et politique institutionnalisée plutôt que de plusieurs régimes, et une nation constitutionnelle égale en statut à toutes les autres. Cette caractéristique du monisme juridique et politique est parfaitement compréhensible. Elle est née de la centaine d’années de guerres dont l’Europe est sortie avec la guerre de Trente Ans, en 1618-1648¹⁶.

Alors, les idées fondamentales qui ont émané de cette période incroyablement violente s’opposaient à la présence même de pouvoirs constituants concurrents qui étaient susceptibles d’affaiblir le pouvoir nouvellement acquis de l’État mononational, tout en contestant la légitimité des empires, estimant qu’ils représentaient une forme de domination indésirable.

Dans un récent ouvrage destiné à souligner la contribution de Richard Simeon au domaine d’étude du fédéralisme, mon

14. James TULLY, *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité*, traduit de l’anglais par Jude DES CHÊNES, Québec, Les Presses de l’Université Laval, 1999.

15. *Ibid.*, p. 53.

16. *Ibid.*, p. 65.

collègue Alain Noël fait ressortir que, d'après les praticiens du fédéralisme au Canada, «il est plus probable que le fédéralisme soit implanté solidement s'il existe un vainqueur incontestable¹⁷» dans une situation d'après-conflit. Cependant, Noël poursuit son exposé en rappelant à ses lecteurs que, «[l]orsqu'un côté l'emporte, généralement la majorité, il peut s'avérer plutôt bien avisé de faire des concessions et de partager le pouvoir à l'intérieur d'une structure fédérale. Sinon, le conflit sous-jacent risque de perdurer et de miner la promesse globale du fédéralisme¹⁸».

La volonté ferme d'imposer une vision englobante a souvent nui au rapprochement des communautés politiques. Pour poursuivre avec l'exemple canadien, sous P. E. Trudeau, une forte tendance se manifestait pour édifier une nation pancanadienne et développer un seul centre d'allégeance nationale. Dans l'objectif d'unifier les Canadiens, Trudeau, plutôt curieusement, en a de plus en plus appelé au nationalisme et à l'émotion.

Son programme était axé sur le développement de l'individu et cherchait à promouvoir l'allégeance à l'endroit de ce qu'il décrivait comme une nation juridique. En bref, toute allégeance à un statut particulariste et collectif qui reposait sur une légitimité historique, culturelle ou territoriale était rejetée.

L'idéal de l'autonomie individuelle devait être garanti d'un océan à l'autre par l'État central, investi d'un sens de la droiture morale dans l'élaboration du statut de citoyenneté¹⁹. L'identité nationale qui existait au Québec, selon Pierre Elliott Trudeau, devait être reléguée au même espace formel au sein de la fédération que l'identité respective d'autres groupes ethnoculturels – ce qui contraste nettement par rapport à l'approche de Taylor.

17. Alain NOËL, «Ideology, Identity, Majoritarianism: on the Politics of Federalism», dans Grace SKOGSTAD, David CAMERON, Martin PAPILLON et Keith BANTING (dir.), *The Global Promise of Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 179.

18. *Ibid.*, p. 179 et 180.

19. Pour un développement plus détaillé, voir Alain-G. GAGNON, «Canada: Unity and Diversity», *Parliamentary Affairs. A Journal of Comparative Politics*, vol. 53, 2000, p. 12.

Les décideurs, à Ottawa, ont justifié cette position en ayant recours au langage des droits individuels, dans l'espoir que cela favorise le développement de motifs d'allégeance plus universels et que cela serve de contrepoids aux allégeances québécoise et autochtones. Il s'agissait effectivement d'une vision antagoniste de la société.

L'intention de Pierre E. Trudeau était de s'opposer coûte que coûte à la reconnaissance de la diversité profonde. À bien des égards, il partageait les objectifs assimilationnistes poursuivis aux États-Unis et la quête d'homogénéisation identitaire de ce pays, quoiqu'ils étaient jumelés à un certain relativisme culturel.

Toutefois, contrairement à ce qui se faisait aux États-Unis, la stratégie canadienne, adoptée par Trudeau, a été d'élever le statut des communautés culturelles au même niveau que celui des nations minoritaires. Cette stratégie était destinée à éviter de reconnaître des droits collectifs différenciés en fonction de l'appartenance à un groupe comme principe fondateur du fédéralisme. La politique a néanmoins eu des effets contre-productifs.

En forgeant une identité commune à travers tout le pays, on espérait que le repère identitaire de l'unité puisse être universel – c'est-à-dire l'égal reconnaissance de toutes les cultures au sein d'un régime de droits individuels et un bilinguisme institutionnel. En procédant d'une telle manière, l'adhésion à des attachements culturels particuliers pouvait être volontaire pour chaque individu, alors que l'ordre symbolique du Canada reposait sur la négation de toute définition culturelle particulière.

À cet égard, je me dois de dire quelques mots au sujet de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui a été constitutionnalisée au moment du rapatriement de la Constitution en 1982. Ce fut un geste fort, posé dans l'optique de jeter les bases de certains grands fondements universels de l'identité pancanadienne, mais cela a cependant contribué à créer de nouvelles tensions entre le Québec et le gouvernement central, ainsi qu'entre ce dernier et les nations autochtones.

Le gouvernement du Québec s'est toujours opposé à une philosophie prônée par les « promoteurs d'une conception rigide de l'unité canadienne, lesquels s'obstinent, au nom d'une vision abstraite et doctrinaire de l'égalité des personnes et des provinces, à laisser percer toute forme d'asymétrie dans notre système fédéral²⁰ ». On retrouvera également de nombreux passages de la même teneur dans la Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes, *Québécois, notre façon d'être Canadiens*²¹.

Or, comme nous le constaterons dans la prochaine partie de mon propos, les principales forces politiques du Québec ont refusé une application aveugle du principe des droits individuels à l'échelle pancanadienne. La raison est fort simple : cela empiéterait sur les prérogatives de l'Assemblée nationale du Québec, et minerait potentiellement les droits des collectivités socioculturelles territorialisées²². Il s'agit ici de l'un des principaux piliers sur lesquels s'appuie l'interprétation du fédéralisme au Québec²³.

3 RECOUVRER L'ESPRIT DU CONSTITUTIONNALISME ANCIEN ET PROMOUVOIR UN AUTHENTIQUE PROJET FÉDÉRAL

L'instrument le plus approprié pour donner un sens à la diversité dans des environnements politiques complexes²⁴ demeure le concept même de fédéralisme, défini comme *une idéologie politique* capable d'accommoder la diversité profonde. Il convient de

-
20. Claude RYAN, « L'entente sur l'Union sociale canadienne vue par un fédéraliste québécois », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *L'Union sociale canadienne sans le Québec : huit études sur l'entente-cadre*, Montréal, Les Éditions Saint-Martin, 2000, p. 314.
 21. Voir le chapitre de Gustavo Gabriel Santafé et Félix Mathieu dans ce même ouvrage.
 22. Eugénie BROUILLET et Louis-Philippe LAMPRON (dir.), *La mobilisation du droit et la protection des collectivités minoritaires*, Québec, Les Presses de l'Université du Québec, 2013.
 23. Pour un compte rendu exhaustif des traditions fédérales distinctes au Québec, se référer à Alain-G. GAGNON (dir.), *Fédéralisme canadien contemporain : fondations, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006.
 24. Voir Alain-G. GAGNON et Michael KEATING (dir.), *Political Autonomy and Divided Societies: Imagining Democratic Alternatives in Complex Settings*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

signaler qu'une fédération ne peut être confondue avec un État unitaire puisqu'il s'agit

d'un État fondé sur la reconnaissance constitutionnelle de la différence et de la diversité, sous leurs multiples formes, et qui découle essentiellement des traditions européennes des réformateurs protestants et du siècle des Lumières des XVII^e et XVIII^e siècles qui ont donné naissance à l'idée convaincante du constitutionnalisme européen ancré dans la double notion de la division du pouvoir et du gouvernement limité²⁵.

Le fédéralisme constitue un principe politique auquel on doit recourir pour permettre l'établissement d'institutions viables en vue d'encourager les rapports interétatiques, les liens intra-étatiques, les relations intercommunautaires et l'autodétermination interne.

Elazar est particulièrement connu en raison de sa contribution exceptionnelle au domaine d'étude du fédéralisme. Il est celui qui a le mieux compris la nécessité d'associer autonomie, diversité et solidarité dans les démocraties libérales. La description offerte par Elazar de l'autonomie et du *partage des responsabilités* comme étant le moyen optimal de gérer la diversité est fort pertinente dans les pays édifiés sur des fondements ethniques, linguistiques, religieux ou culturels. Cela est d'autant plus vrai dans le cas des fédérations multinationales démocratiques où les tensions politiques peuvent être atténuées grâce à un recours équilibré à l'autonomie et au partage des responsabilités²⁶.

25. Michael BURGESS, «Divided We Stand: Autonomy or Secession in Federation?», dans Eva Maria BELSER, Alexander FANG-BÄR, Nina MASSÜGER et Rekha Oleschak PILLAI (dir.), *States Falling Apart? Secessionist and Autonomy Movements in Europe*, Bern, Stämpfli Verlag, 2015, p. 15 et 16 (traduction libre de l'auteur).

26. Je me limiterai à deux importants recueils d'essais portant sur ce thème : d'abord, Michael BURGESS et John PINDER (dir.), *Multinational Federations*, Londres, Routledge, 2007, en particulier les chapitres signés par Ismail Bakar, Michael Burgess, Patrick Peeters et Ronald Watts, puis Michel SEYMOUR et Alain-G. GAGNON (dir.), *Multinational Federalism: Problems and Prospects*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, surtout les chapitres rédigés par Rajeev Bhargava, Raffaele Iacovino et Jan Erk ainsi que Philip Resnick.

Le principal défi que doivent relever les acteurs politiques consiste dès lors à trouver le juste équilibre entre les deux et à définir les règles de l'engagement politique afin (1) d'éviter que les communautés s'aliènent ou s'éloignent les unes des autres et (2) d'encourager les initiatives de collaboration entre les communautés vivant sur le même territoire²⁷.

Elazar estime que le principe fédéral est à la fois un pilier fondateur des États démocratiques modernes et une politique d'assurance qui permet aux communautés de développer encore davantage leurs pratiques démocratiques. Dans son illustre ouvrage *Exploring Federalism*, Elazar indique que l'objectif du fédéralisme *n'est pas la centralisation, mais que c'est plutôt la non-centralisation*. Il est d'avis que les compétences doivent être réparties entre plusieurs centres d'autorité politique pour s'assurer qu'aucune instance ne peut dominer la scène politique et constamment imposer ses positions aux autres. Selon Elazar, la poursuite de cet objectif peut contribuer à instaurer un climat de confiance entre des partenaires et conduire au développement d'un pacte évolutif qui garantit le respect entre tous ses membres. Une telle compréhension de la dynamique politique confirme que la non-domination²⁸, en tant qu'idéal politique, constitue un objectif déterminant qui doit être sans cesse poursuivi, en particulier dans le cas des sociétés divisées.

L'avènement d'un nouvel ordre constitutionnel au Canada, en 1982, a provoqué un affaiblissement du pacte fédéral et a contribué à miner la confiance entre le Québec et les autres partenaires de la fédération. En réponse à la vision de Pierre Elliott Trudeau, Simon Langlois soutient que le projet homogénéisant poursuivi par Ottawa a alimenté le désir du Québec de constituer une « société globale » francophone – une société où les Québécois

27. Faute de temps et d'espace, je dois vous inviter à consulter l'excellent ouvrage de Susan J. HENDERS, *Territoriality, Asymmetry, and Autonomy: Catalonia, Corsica, Hong Kong, and Tibet*, New York, Palgrave Macmillan, 2010.

28. Les travaux de Philip Pettit se révèlent particulièrement pertinents à notre propos ici. Voir le chapitre 3 de Philip PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, New York, Oxford University Press, 1997.

francophones pourraient assigner à leur langue et à leur culture un statut majoritaire dans toutes les sphères d'activité²⁹.

Faut-il donc s'étonner que le Québec soit peu à peu devenu protecteur à l'égard de son propre espace politique et de sa principale langue d'éducation, de travail, de communication et de création ?

Le philosophe politique James Tully a dépeint avec grande justesse un malaise grandissant et un déficit fédéral imposant qui affectent d'abord et surtout le développement politique du Québec. Voici ce qu'il avait à dire à la suite de l'adoption du nouvel ordre constitutionnel, en 1982, et de ses répercussions sur le Québec à titre de nation fondatrice :

Lorsque l'Assemblée nationale du Québec cherche à préserver et à accroître le caractère moderne et majoritairement francophone de la société du Québec, elle constate que sa souveraineté traditionnelle dans ce domaine est restreinte par une charte, en fonction de laquelle toutes ses mesures législatives doivent être rédigées et justifiées, mais de laquelle toute reconnaissance du caractère distinct du Québec a été complètement exclue. La charte a donc pour effet d'assimiler le Québec à une culture nationale pancanadienne, ce qui est exactement ce que l'instauration de la Constitution de 1867, selon lord Watson, était destinée à empêcher. Ainsi, de ce point de vue, la charte est « impériale » dans le sens précis du terme qui a toujours servi à justifier l'indépendance³⁰.

Le Canada et plusieurs autres États fédéraux ont adopté différentes stratégies en réponse aux conflits de revendications et aux conflits de préférences³¹ émanant des diverses communautés politiques qui leur confèrent une expression unique. Les types de fédérations ont un effet significatif sur les résultats attendus.

29. Simon LANGLOIS, «Le choc de deux sociétés globales», dans Louis BALTHAZAR, Guy LAFOREST et Vincent LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restauration du Canada, 1980-1992: enjeux et perspectives*, Montréal, Septentrion, 1991, p. 93.

30. James TULLY, «Let's Talk: The Quebec Referendum and the Future of Canada», *Austin and Hempel Lectures*, Dalhousie University et University of Prince Edward Island, 1995, p. 8 (traduction libre de l'auteur).

31. Je suis redevable à Jack Minz et à Richard Simeon pour ces deux concepts, voir « Conflict of Taste & Conflict of Claim in Federal Countries », *Discussion Paper n° 13*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 1982.

Ainsi, la forme d'une fédération revêt une grande importance, qu'elle soit territoriale, mononationale, multinationale ou asymétrique. Les deux principaux types de fédéralismes sont de nature territoriale et multinationale, comme je l'ai mentionné précédemment.

Le fédéralisme territorial correspond à la situation que l'on retrouve en Allemagne, aux États-Unis, en Autriche et en Australie. En général, cette forme de fédération est également mononationale. La répartition des compétences se dessine en fonction de considérations techniques, sans qu'une préoccupation soit accordée aux groupes ethnoculturels ou aux nations minoritaires, et en présumant qu'il existe une seule nation. Tous les États membres sont considérés comme des personnes juridiques identiques.

Par contraste, on retrouve le fédéralisme multinational dans des États-nations caractérisés par un pluralisme national : la Belgique et le Canada en sont deux exemples manifestes. Les communautés constitutives font valoir que le partage des pouvoirs doit découler des revendications communautaires.

La forme asymétrique permet à diverses communautés d'offrir à leurs citoyens la possibilité de se réaliser en misant sur l'enrichissement des contextes de choix supplémentaires, de sorte que chacune des grandes communautés (celles qui sont à l'origine du pacte politique³², pour reprendre le concept de Daniel Elazar) y trouve une forte adéquation par rapport à ses revendications.

Soutenir une asymétrie dans la mise en œuvre des politiques publiques n'entraîne pas un traitement inéquitable ; il s'agit plutôt d'une façon de s'assurer que tous sont traités équitablement : « L'égalité des citoyens ne requiert pas que toutes les unités fédérales aient des pouvoirs égaux. Au contraire, le statut asymétrique des unités fondées sur la nationalité peut être considéré comme un moyen de favoriser ce principe d'égalité morale sous-jacente,

32. Daniel J. ELAZAR, *Covenant and Civil Society: The Constitutional Matrix of Modern Democracy*, Londres, Transaction Publishers, 1998, p. 108 et suiv.

puisqu'il garantit que l'identité nationale des minorités recevra autant d'attention et de respect que la nation majoritaire³³. »

L'esprit fédéral enjoint les acteurs politiques à faire preuve de respect à l'égard des revendications légitimes de leurs partenaires politiques, plutôt que de chercher à en tirer profit à leurs dépens, de manière à éviter des tensions et des pressions politiques inutiles. Ce n'est pas une tâche facile étant donné que les fédérations ont, en général, une propension à centraliser les pouvoirs. Cette tendance a été particulièrement bien documentée par Edmond Orban lorsqu'il a examiné ce qu'il décrit comme « l'inévitable processus de centralisation ». Dans un livre intitulé *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral*, Orban constate que, dans les fédérations que l'on dit être les plus enclines à appuyer la décentralisation, à savoir le Canada, l'Allemagne, la Suisse et les États-Unis, la tendance, à long terme, a favorisé l'État central dans les domaines économiques, et que ce phénomène s'est accompagné d'une certaine centralisation administrative dans les quatre fédérations³⁴. Les acteurs de l'État central justifient généralement cela par un désir, premièrement, de concurrencer les autres États dans l'ordre économique mondial et, deuxièmement, de stimuler le développement économique dans différentes régions sans interférence en provenance des États membres.

Il importe de préciser, à ce stade-ci, que les acteurs politiques en position d'autorité souhaitent souvent plus s'emparer de pouvoirs additionnels que rechercher des moyens permettant d'accommoder les communautés politiques évoluant dans un État-nation donné, bien que cela puisse miner la stabilité politique au sein des sociétés fragmentées. En d'autres termes, l'entrée en scène d'un leadership politique « éclairé » s'avère urgente.

33. Will KYMLICKA, *La voie canadienne: repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 1998, p. 226.

34. Edmond ORBAN, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral: un processus irréversible?*, Montréal, Québec Amérique, 1984.

CONCLUSION

En somme, il se pourrait fort bien que les seuls qui croient encore au fédéralisme au Canada se trouvent au Québec. Will Kymlicka a rapporté qu'au cours des travaux menés par la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction, à laquelle il a été directement associé, un quasi-consensus se dégageait voulant que le gouvernement fédéral doive prendre les devants dans ce champ de compétence, bien qu'il existait un conflit de juridictions évident.

Dans l'optique de recouvrer l'esprit fédéral au sein des sociétés fragmentées et différenciées, il semble qu'il nous faille mobiliser trois considérations morales³⁵ : (1) la modération ou la retenue, (2) la moralité constitutionnelle et (3) un engagement de loyauté. La poursuite et la concrétisation de ces considérations ne constituent rien de moins qu'un ambitieux programme politique qui devrait être encouragé et perçu comme étant hautement souhaitable.

La première de ces considérations, c'est-à-dire *la modération ou la retenue*, a été mise de l'avant par mon collègue Michael Burgess qui la résume comme suit : « le devoir et l'obligation, à la fois du gouvernement fédéral et des gouvernements des entités constituantes, de tenir compte des intérêts des autres gouvernements dans l'exercice de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs³⁶ ». En d'autres termes, le cœur du débat porte sur deux questions : « *dans quelle mesure* » et « *de quelle manière* » toutes les parties sont-elles accommodées de façon équitable dans la poursuite de leurs objectifs légitimes respectifs ?

La nécessité de faire preuve d'empathie à l'égard des besoins des autres est essentielle pour instaurer ce qu'Avishai Margalit a qualifié, il y a quelques années, de *société décente*³⁷, c'est-à-dire

35. Je réitère ici les trois considérations morales qui sont au centre de mon livre *L'Âge des incertitudes : essais sur la diversité nationale et le fédéralisme*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2012.

36. Michael BURGESS, *In Search of the Federal Spirit: New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 20 (traduction libre de l'auteur).

37. Avishai MARGALIT, *The Decent Society*, traduit par Naomi GOLDBLUM, Cambridge, Harvard University Press, 1998. Margalit aborde aussi un

une société qui contribue à éradiquer différentes formes d'humiliation et à promouvoir la dignité humaine. Ainsi, selon Margalit, il importe de miser d'abord sur la décence parce que c'est par son intermédiaire que l'équité et la justice peuvent progresser. *La moralité constitutionnelle* est la deuxième de nos considérations éthiques. Souvent, le recours à la boîte à outils du fédéralisme ne sert qu'à trouver les moyens les plus efficaces de dispenser des services ou encore les façons les plus pratiques d'implanter des politiques publiques. Trop peu d'attention est accordée à la présence de la diversité profonde au sein de la société dans ces processus. Pour en revenir à l'exemple canadien, J.A. Corry a fait remarquer, il y a plusieurs années, que l'interprétation dominante du fédéralisme au Canada anglais a généralement omis de faire preuve de la sensibilité requise à l'endroit des besoins de ses partenaires. Selon Corry :

Les objections du Québec envers ceux-ci [les priorités fédérales et les modes de fonctionnement des programmes cofinancés] ne portent pas principalement sur la répartition des compétences en vertu des sections 91 et 92, mais plutôt sur l'empreinte des préférences et de la vision des Canadiens anglais sur pratiquement tout ce que le gouvernement fédéral entreprend³⁸.

C'était vrai au siècle dernier, et ce l'est toujours aujourd'hui.

La troisième considération éthique, en supposant que les deux premières considérations ont été satisfaites, est *l'importance d'obtenir un engagement de loyauté de la part de tous les protagonistes*. Dans la mesure où les nations majoritaires sont disposées à accommoder les nations minoritaires dans les environnements démocratiques complexes, puis que, pour ce faire, elles fassent tout en leur pouvoir, on s'attend à ce que les nations minoritaires démontrent leur loyauté et s'engagent dans un processus de renforcement des liens de confiance au niveau étatique qui peut

autre concept significatif en introduisant la notion de société civilisée, c'est-à-dire une société « dont les membres ne s'humilient pas entre eux » (p. 1) (traduction libre de l'auteur).

38. James A. CORRY, « The Uses of a Constitution », dans *The Constitution and the Future of Canada*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Toronto, Richard de Boo, 1978, p. 9 et 10 (traduction libre de l'auteur).

s'étendre à la société civile dans le cas d'une démocratie parlementaire.

Pour en revenir aux remarquables travaux de Hans Kelsen, auxquels j'ai fait référence précédemment, il est primordial de se rappeler que ces trois considérations éthiques (la modération/la retenue, la moralité constitutionnelle et un engagement de loyauté) sont essentielles à l'émergence d'une intégration dynamique dans laquelle la majorité et les minorités s'engagent graduellement les unes envers les autres. En somme, ces trois considérations éthiques sont des conditions nécessaires à l'avènement d'un État démocratique qui peut résister à l'épreuve du temps, dans la mesure où il repose sur un « compromis [perpétuellement] renégociable³⁹ ».

39. Voir S. BAUME, préc., note 10, p. 29 (traduction libre de l'auteur).

La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada

EUGÉNIE BROUILLET*

La légitimité est inhérente à toute étude du pouvoir puisqu'elle fonde son droit à commander et à imposer sa volonté¹. On peut définir la légitimité comme le « caractère moralement et socialement acceptable et accepté, au-delà de considérations strictement juridiques, d'une institution, d'une décision ou d'une chose² ». Elle n'est jamais définitivement acquise ou perdue : sa dimension évolutive en constitue une caractéristique incontournable³. Son évaluation ne saurait non plus être tranchée. Une institution (ou un pouvoir) sera en ce sens plus ou moins légitime⁴. On peut ainsi parler d'un spectre de légitimité.

La question de la légitimité du pouvoir judiciaire est loin d'être nouvelle⁵. Elle traverse sporadiquement toutes les sociétés

* Vice-rectrice à la recherche, à la création et à l'innovation, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce texte a été publié une première fois dans la *Revue générale de droit* en 2011 (vol. 41, n° 1, p. 279-293). Sa réimpression au sein de ce collectif permet d'aborder l'enjeu fondamental de la composition et de la légitimité du pouvoir judiciaire en contexte fédératif. Nous remercions par ailleurs la direction de la *Revue générale de droit* d'avoir consenti à ce que la présente version du manuscrit soit reproduite dans ce collectif.

1. Jean-Marc FÉVRIER, « Sur l'idée de légitimité », *Revue de la recherche juridique*, vol. 92, 2002, p. 367, aux pages 368 et 369.
2. Jacques FRÉMONT, « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », dans *Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé. Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 644, à la page 687.
3. *Ibid.*
4. Marc VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Éditions Labor, 2006, p. 49.
5. Édouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005.

démocratiques, puisqu'elle appelle une réflexion constante sur les façons de concilier démocratie et constitutionnalisme. Le Canada ne fait pas exception à cet égard, particulièrement depuis la modification constitutionnelle de 1982 par laquelle était insérée une charte des droits et libertés de la personne⁶ dans la Constitution. Cette réforme a entraîné un foisonnement d'écrits sur les rôles respectifs des pouvoirs politique et judiciaire⁷.

Le débat qui a cours au Québec et au Canada concernant le processus de nomination des juges des cours provinciales s'inscrit dans cette mouvance. Il soulève des questions cruciales puisqu'elles interpellent des principes juridiques fondamentaux de notre système politique : l'indépendance judiciaire, la démo-

6. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

7. Pour n'en nommer que quelques-uns : Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; Patrick MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Agincourt, Carswell, 1987 ; Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988 ; Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 ; Peter H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987 ; Joel C. BAKAN, « Constitutional Arguments: Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, 1989, p. 123 ; Stéphane BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2006, p. 165 ; Stéphane BERNATCHEZ, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et sociétés*, vol. 19, 2000, p. 89 ; Karim BENYEKHLEF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », *Revue de droit de McGill*, vol. 38, 1993, p. 91 ; Christopher R. MANFREDI, *Judicial Power and The Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Don Mills, Oxford University Press, 2001 ; Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996 ; Luc TREMBLAY, « The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 617 ; Yves-Marie MORISSETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 2000, p. 28 ; Frederick L. MORTON et Rainer KNOPFF, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992.

cratie, la primauté du droit, de même que ceux de transparence et d'imputabilité qui leur sont consubstantiels.

Nous avons toutefois choisi de traiter de la question du processus de nomination des juges sous l'angle du respect d'un autre principe juridique fondamental de notre structure constitutionnelle, celui du fédéralisme. Aux incessants questionnements sur la légitimité de la justice constitutionnelle en régime démocratique s'ajoute, au sein des fédérations, celui portant sur la légitimité fédérative. En contexte fédératif, les derniers tribunaux d'appel en matière constitutionnelle ou les cours spécialisées en cette matière sont investis du rôle d'arbitre ultime des différends juridictionnels qui ne manquent pas de naître entre les ordres de gouvernements fédéral et fédéré relativement aux sphères de compétence que leur réserve la Constitution.

Dans un récent article, nous avons élaboré un cadre analytique de la légitimité fédérative des cours constitutionnelles, articulé autour de trois axes : la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale, cadre que nous avons, dans le même article, appliqué au cas de la Cour suprême du Canada⁸. Nous soulignons alors la relation dialogique qui existe entre ces trois composantes qui sont largement interdépendantes. En effet, plus une Cour constitutionnelle jouera un rôle important dans l'évolution du régime fédératif, plus celle-ci devrait présenter des garanties institutionnelles d'indépendance et d'impartialité. En outre, la notion de légitimité revêt toujours une dimension sociale puisqu'elle repose en définitive « sur le consentement des sujets »⁹.

Dans la première partie, nous mettrons en exergue le rôle fondamental joué par les cours constitutionnelles en général, et par la Cour suprême du Canada en particulier, dans l'évolution du cadre constitutionnel fédératif. Dans la seconde partie, nous traiterons plus précisément de la question de la légitimité

8. Eugénie BROUILLET et Yves TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans Michel SEYMOUR et Guy Laforest (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 133.

9. J.-M. FÉVRIER, préc., note 1, p. 368 et 369.

du processus de nomination des juges à la plus haute cour canadienne. Enfin, nous esquisserons certaines propositions de modifications à cet égard.

1 LA COUR CONSTITUTIONNELLE COMME ARBITRE DES DIFFÉRENDS FÉDÉRATIFS

Mentionnons d'abord qu'aux fins du présent exercice nous utiliserons la locution « cours constitutionnelles » afin de désigner à la fois les tribunaux spécialisés en matière constitutionnelle et les derniers tribunaux d'appel en cette matière (cours suprêmes).

Par « différends fédératifs », nous entendons ici les conflits portant sur le partage des compétences législatives, de même que ceux qui mettent en cause des aspects fondamentaux de la structure fédérative de l'État, par exemple les procédures de modifications constitutionnelles, le statut juridique des entités fédérale et fédérées, le territoire de ces dernières, ou encore leur possible sécession.

Les États fédéraux disposent généralement d'une instance juridictionnelle qui prend en charge la résolution des différends fédératifs et, en particulier, qui s'assure que les règles relatives au partage des compétences sont dûment observées¹⁰. Il en est ainsi en raison bien sûr du principe d'autonomie de chacun des ordres de gouvernement dans leur sphère de compétence qui implique qu'aucun d'eux ne puisse modifier à son avantage les règles du jeu.

Dans l'exercice de sa fonction arbitrale, la Cour constitutionnelle est appelée à interpréter et à appliquer le contrat ou l'entente originaire conclue entre les parties. Elle doit de plus adapter ces règles en fonction de l'évolution des conditions sociétales. Dans ce cas, la Cour doit chercher à maintenir un certain équilibre entre les pouvoirs respectifs de chacun des ordres de gouvernement (équilibre fédéral/fédéré), et, en contexte multinational, entre majorité et minorités nationales.

Dans une fédération au sein de laquelle se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative

10. Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 242.

de la structure constitutionnelle est vital, puisqu'elle lui permet de traduire, sur les plans politique et juridique, son aspiration culturelle collective. Dès lors, lorsque coexistent au sein d'une même fédération des nationalismes majoritaire et minoritaire(s), la question de l'équilibre fédéral/fédéré se pose avec une acuité particulière. Ainsi, les cours constitutionnelles en régime fédératif sont appelées à exercer un rôle fondamental dans l'évolution de la structure constitutionnelle.

Dans le cas particulier de la Cour suprême du Canada, l'importance de cette fonction est accrue par la possibilité qui est offerte aux parlements de solliciter son avis lors de renvois sur des questions qui seraient autrement considérées comme non justiciables, en raison de la méthode d'interprétation évolutive nettement privilégiée par la Cour et qui l'affranchit en bonne partie des limites à l'exercice de sa discrétion judiciaire, et par le pouvoir du dernier mot qu'elle détient *de facto* en matière de différends fédératifs.

La procédure de renvoi soulève des questionnements en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de la légitimité fédérative, puisqu'elle mène en quelque sorte à un contrôle juridictionnel *a priori* des normes¹¹, c'est-à-dire avant qu'elles soient dûment promulguées par les organes politiques de l'État. La ligne de démarcation entre les fonctions judiciaire et politique devient dans ce contexte plus mince, plus difficile à définir. Une telle procédure amène la Cour dans un type d'exercice qu'elle ne s'autoriserait pas à effectuer dans le contexte d'un litige particulier. La procédure de renvoi permet par exemple au gouvernement de requérir l'avis de la Cour relativement à la constitutionnalité de projets de loi, de lui poser des questions théoriques ou encore qui ont une teneur politique importante¹². Tel fut le cas notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, rendu en 1998.

11. Fabien GÉLINAS, «La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle», *Revue du barreau canadien*, vol. 57, 1988, p. 455, à la page 459.

12. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 25:
Dans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d'être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d'un projet de texte législatif, entraîne

La légitimité du pouvoir judiciaire en régime démocratique tient à ce qu'il n'ait pas le dernier mot en matière constitutionnelle. Or, en matière de différends fédératifs, la Cour suprême possède *de facto* un tel pouvoir. En cette matière, la seule façon de contourner l'interprétation donnée par la Cour suprême à une disposition constitutionnelle consiste à la convaincre de changer d'idée dans une décision ultérieure, ou encore à modifier la Constitution de façon à neutraliser les effets de sa jurisprudence.

Au Canada, le pouvoir constituant est pour ainsi dire paralysé. Cet état de fait est attribuable, d'une part, à la rigidité des principales procédures de modification elles-mêmes¹³ et, d'autre part, au développement de visions concurrentes de l'avenir de la fédération canadienne chez les Québécois et les autres Canadiens. Généralement, les Canadiens hors Québec sont plutôt en faveur d'une évolution centralisatrice de la fédération canadienne et de la symétrie sur le plan des pouvoirs législatifs provinciaux, alors que les Québécois sont en général favorables à une plus grande décentralisation des pouvoirs et à l'instauration d'un fédéralisme asymétrique¹⁴. On peut donc affirmer que cette dernière bénéficie en quelque sorte d'un pouvoir du « dernier mot », sinon *de jure*, du moins *de facto*.

Aux fins de la préservation de sa légitimité fédérative, la grande importance du rôle joué par la Cour suprême en matière fédérative appellerait normalement l'existence de solides garanties d'indépendance et d'impartialité sur le plan institutionnel.

la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d'un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez « mûres » pour faire l'objet d'un recours judiciaire.

13. La grande majorité des modifications constitutionnelles requiert soit le consentement unanime des assemblées législatives fédérales et provinciales, soit celui du Parlement fédéral et des assemblées législatives de sept provinces dont la population représente 50 % de la population canadienne : *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 6, partie V, art. 38, 41 et 42.
14. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2005, p. 376-378.

Or, la plus haute cour canadienne souffre selon nous d'un déficit à ce chapitre, notamment et en particulier sur le plan du processus de désignation de ses membres.

2 LA LÉGITIMITÉ DU PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

De façon générale, la légitimité institutionnelle tient à ce que la Cour constitutionnelle soit perçue comme étant impartiale et indépendante. En contexte fédératif, elle doit présenter des garanties d'objectivité ou de neutralité suffisantes afin qu'elle ne puisse être assimilée en exclusivité aux organes de l'entité fédérale ou des entités fédérées. Au cœur de cette dimension institutionnelle de la légitimité fédérative se trouve la question du processus de désignation des juges.

Au Canada, le pouvoir judiciaire est la fonction étatique qui reflète le moins bien la nature fédérative du pays. Un seul ordre de gouvernement, le gouvernement fédéral, a le pouvoir discrétionnaire de nommer tous les juges des cours supérieures du pays, y compris ceux de la Cour suprême¹⁵.

Dès l'époque pré-fédérative, certains parlementaires du Canada-Est¹⁶ avaient exprimé leurs craintes et leur opposition à la création d'une cour générale d'appel dotée de vastes pouvoirs et dont le processus de nomination des membres pourrait être déterminé selon le bon vouloir du Parlement fédéral¹⁷. Cette question fit aussi l'objet, dans les premières années de la fédération, d'une grande opposition qui en retarda la création jusqu'en 1875¹⁸. Aujourd'hui, l'indépendance institutionnelle de la Cour

15. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 96 et 101; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 4 (2).

16. Nom de la province de Québec sous le régime d'Union (1840-1867).

17. *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux Imprimeurs parlementaires, 1865, p. 693 et 861 (Antoine-Aimé Dorion, chef des libéraux du Bas-Canada); p. 897 et 898 (Henri E. Taschereau).

18. Roger CHAPUT, «La Cour suprême et le partage des pouvoirs : rétrospective et inventaires», *Revue générale de droit*, vol. 12, 1981, p. 35. Voir également : Alexandre A. REGIMBAL, *De sa création à sa consécration en tant que tribunal*

suprême par rapport au pouvoir central continue de soulever de nombreuses critiques¹⁹.

Au chapitre de l'indépendance et de l'impartialité, le processus unilatéral de nomination des juges génère d'importants problèmes eu égard à sa légitimité en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs. Il ne permet pas aux juges d'être perçus comme indépendants de l'ordre de gouvernement fédéral. En régime fédératif, généralement, les entités fédérées participent au processus de nomination des membres du tribunal appelé à trancher en dernier ressort les différends fédératifs. Il s'agit là d'une condition essentielle à l'apparence de neutralité que doit afficher l'arbitre judiciaire. Plusieurs auteurs ont donc conclu que cette absence de participation des provinces canadiennes au processus de nomination des juges de la Cour suprême constitue un accroissement important au principe fédératif²⁰.

Cette question a notamment fait l'objet de propositions de modifications constitutionnelles dans les Accords du lac Meech et de Charlottetown. Ceux-ci prévoyaient que le gouvernement fédéral devait nommer les membres du plus haut tribunal du

de dernière instance : la Cour suprême du Canada telle qu'imaginée, instaurée et modifiée par les parlementaires de la Chambre des communes 1867-1949, essai présenté lors du stage de la Fondation Jean-Charles-Bonenfant, Assemblée nationale du Québec, 2008, [En ligne], [www.fondationbonenfant.qc.ca/stages/essais/2008/2008Regimbal.pdf].

19. Le développement jurisprudentiel du contenu des principes d'indépendance et d'impartialité au cours des années 1980 n'est certainement pas étranger à cet intérêt porté à la question de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour suprême : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 ; *La Reine c. Beauguard*, [1986] 2 R.C.S. 56. Des décisions ultérieures sont venues préciser et rappeler les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire : voir notamment *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale*, [1997] R.C.S. 3 ; *Canada c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 ; *Barreau de Montréal c. P.G du Québec*, (2001) R.J.Q. 2058 (C.A.).
20. Voir notamment : Kenneth Clinton WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 55, 56 et 71 ; Jacques BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 123 ; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, « Études », Montréal, Thémis, 1994, p. 546 ; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 411 et 412.

pays sur proposition des gouvernements provinciaux. Les deux accords auraient également enchâssé dans la Constitution la disposition actuelle de la *Loi sur la Cour suprême* qui prévoit qu'au moins trois des neuf juges de la Cour sont choisis au Québec.

Notons ici que la pratique instaurée en 2006 par le gouvernement fédéral de permettre à un comité parlementaire de questionner la personne choisie avant sa désignation formelle comme juge n'a aucun effet en ce qui a trait à la légitimité fédérative de la Cour, les gouvernements provinciaux étant toujours exclus du processus de nomination. Ainsi en est-il également de la mise en place de comités consultatifs ayant pour mandat d'extraire une courte liste de trois candidats potentiels à partir de candidatures présélectionnées par le ministre de la Justice fédéral, après consultation des procureurs généraux des provinces et territoires, des juges en chef et des membres éminents de la collectivité juridique²¹. Le gouvernement fédéral détient encore seul le pouvoir décisionnel.

Soulignons que les propositions de réformes constitutionnelles de Meech et de Charlottetown n'auraient pas comblé le déficit de légitimité institutionnelle de la Cour au chapitre du processus de désignation de ses membres. En effet, étant donné que le gouvernement fédéral possède également le pouvoir exclusif de nommer tous les juges des cours supérieures et d'appel provinciales²² et que, dans la très grande majorité des cas, les membres de la Cour suprême sont choisis parmi ceux-ci, une véritable réforme du processus de nomination des juges à la Cour suprême devrait également viser celui des juges des cours supérieures provinciales. Une procédure conjointe de nomination pour l'ensemble de ceux-ci par les gouvernements fédéral et provinciaux nous semble être la seule voie possible pour combler le déficit de légitimité fédérative de la Cour à ce chapitre.

Outre ce problème de légitimité lié au processus unilatéral de désignation des membres de la Cour suprême, plusieurs observateurs ont souligné sa nature essentiellement politique. En 1978,

21. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, CANADA, *Proposition en vue de reformer le processus des nominations à la Cour suprême du Canada*.

22. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 15, art. 96.

le juge Bora Laskin écrivait que, sans être prépondérantes dans le choix du juge, les opinions politiques du candidat ne sont pas sans conséquence²³. Certaines déclarations, dont celle du juge en chef de la Cour d'appel du Québec concernant la nomination de personnes qui ont affiché des convictions souverainistes, sont venues attiser un doute déjà existant sur la place qu'occupent des considérations politiques partisans dans le processus de nomination fédéral²⁴.

Une chose est sûre, l'opacité du processus ne permet pas à la Cour d'être raisonnablement perçue comme indépendante²⁵ et de faire naître dans l'esprit des citoyens la conviction que les juges jouissent de toute la neutralité nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, en particulier en matière de différends fédératifs²⁶.

-
23. « Les opinions politiques du magistrat n'ont pas vraiment d'importance; tout au plus peut-on croire que, entre deux juristes de valeur égale, le parti politique au pouvoir choisira probablement celui dont les opinions sont les plus conformes à la philosophie du parti »: Bora LASKIN, « La Cour suprême du Canada », *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 139, à la page 141, cité dans Marie-Laure GELY, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, thèse de doctorat, Université Laval et Université de Montpellier I, 1998, p. 170. Le professeur Jacques Fremont partage cet avis: « Dans les faits, la composante politique demeure encore importante pour les nominations et les affinités récentes ou plus anciennes jouent un rôle certain », J. FRÉMONT, préc., note 2, p. 656.
24. Le 26 avril 2005, le juge Robert avait déclaré, sur les ondes de Radio-Canada: « Pour être nommé, pour occuper une fonction dans la magistrature de nomination fédérale, je pense que c'est une sorte de 'prérequis': on ne doit pas être souverainiste. Enfin, je pense que c'est l'opinion qui est généralement tenue par l'ensemble des juges au Canada. » Michel Robert a été président du Parti libéral du Canada de 1986 à 1990. Cette sortie faisait suite à des allégations d'un ancien directeur général de l'aile québécoise du Parti libéral du Canada, Benoit Corbeil, qui avait soutenu que des avocats avaient été nommés juges grâce à leurs convictions politiques. La déclaration du juge en chef Robert a été dénoncée dans une motion adoptée à la majorité des voix par la Chambre des communes, qui l'associait à de la « discrimination basée sur l'opinion politique ».
25. Il s'agit du critère adopté par la Cour suprême en matière d'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine*, préc., note 19, 689.
26. Voir notamment l'article publié par neuf collègues dans le journal *Le Devoir*, le 17 mai 2005, intitulé: « Mode de nomination des juges – Un tabou dans la communauté juridique », [En ligne], [www.ledevoir.com/

Ce problème est d'autant plus criant qu'au Canada ce tribunal exerce des fonctions fort importantes dans l'évolution du régime fédératif. À l'inverse, on peut avancer que l'orientation jurisprudentielle plutôt centralisatrice de la Cour quant au partage des compétences législatives n'est probablement pas étrangère au caractère unilatéral et politique²⁷ du processus de nomination de ses membres. Voilà pourquoi cet aspect institutionnel de la Cour suprême comme arbitre ultime des différends fédératifs doit être réformé.

3 PERSPECTIVE QUÉBÉCOISE SUR LA LÉGITIMITÉ DU PROCESSUS DE NOMINATION À LA COUR SUPRÊME ET ESQUISSES DE PROPOSITIONS DE RÉFORMES

Nous l'avons déjà mentionné, la légitimité repose en définitive sur la reconnaissance publique. Il aurait été intéressant et pertinent de sonder, grâce au recours à des méthodes empiriques, l'appui dont bénéficie la Cour suprême à titre d'arbitre ultime des différends fédératifs dans la société civile et la communauté juridique canadiennes. Une telle démarche déborde toutefois le cadre de notre présentation. Nous nous contenterons ici de tenter d'apprécier le degré de légitimité sociale dont bénéficie la Cour suprême, à travers une lorgnette restreinte, donc imparfaite, celle des prises de position gouvernementales québécoises qu'elle a suscitées au cours des dernières décennies au chapitre du processus de nomination de ses membres. Cela nous mènera à esquisser quelques pistes de réforme.

Depuis la fin des années 1940, tous les gouvernements du Québec, peu importe le parti politique au pouvoir, ont formulé des demandes de modifications constitutionnelles à l'égard de la plus haute cour canadienne²⁸. Ces revendications touchent sa

opinion/idees/81940/mode-de-nomination-des-juges-un-tabou-dans-la-communauté-juridique].

27. Le professeur Jacques Brossard affirmait ce qui suit quant à cette question : « Il semble y avoir souvent coïncidence entre le mode de nomination des membres de l'organe suprême de contrôle et la tendance plus ou moins centralisatrice de ses décisions. » J. BROSSARD, préc., note 20, p. 242.

28. SECRETARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, « Positions du Québec dans les domaines constitutionnel

dimension tant institutionnelle que fonctionnelle. Celles-ci ont trait au processus de désignation de ses membres, à sa composition et à sa juridiction générale d'appel.

En ce qui a trait au processus de désignation de ses membres, le gouvernement du Québec réclame dès 1947 que ceux-ci soient nommés conjointement par les autorités provinciales et fédérales. À l'époque, le projet d'abolir les appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres bat son plein sur la scène fédérale et, si la grande majorité des parlementaires fédéraux sont plutôt favorables à l'idée, plusieurs s'inquiètent des effets qu'aura un tel changement au chapitre de la neutralité de l'arbitrage des différends fédératifs. Le Parti progressiste-conservateur fédéral de l'époque, qui forme alors l'opposition officielle, réclame une consultation des provinces sur le sujet, ce à quoi s'oppose le Parti libéral au pouvoir²⁹. C'est dans ce contexte que Maurice Duplessis, premier ministre du Québec de 1944 à 1959, fixe pour ainsi dire la barre des revendications constitutionnelles du Québec quant à l'institution qui sera chargée d'arbitrer en dernier ressort les différends fédératifs :

Les membres du tribunal canadien qui serait créé pour remplacer le Conseil privé devraient être nommés par les gouvernements fédéral et provinciaux. Il n'est pas raisonnable et il n'est pas conforme à l'unité nationale bien comprise que le gouvernement fédéral s'arroge le droit de choisir de façon unilatérale les arbitres appelés à décider des droits respectifs de chacune des parties. Le Québec estime que la Cour suprême du Canada, en matière constitutionnelle et de relations intergouvernementales canadiennes, doit réunir toutes les conditions exigées d'un tiers arbitre³⁰.

Depuis, la nécessité d'une telle procédure conjointe de nomination est constamment revenue dans les positions constitutionnelles du Québec. Daniel Johnson, premier ministre du Québec de 1966 à 1968, plaidait pour la création d'une cour constitutionnelle dont les deux tiers des juges seraient nommés par les gouver-

et intergouvernemental de 1936 à mars 2001», [En ligne], [www.sqrc.gouv.qc.ca/rerelations-canadiennes/positions-historiques/positions-quebec-1936-2001.asp] (ci-après «*Positions du Québec*»).

29. A.A. REGIMBAL, préc., note 18, p. 29-33.

30. Cité dans *Positions du Québec*, préc., note 28, p. 22 et 23.

nements provinciaux, «la composition de ce tribunal [devant] refléter, selon lui, le caractère fédératif des institutions communes et la dualité culturelle canadienne³¹». L'idée d'une proportion des deux tiers des juges de nomination provinciale a par la suite été reprise par d'autres premiers ministres québécois³².

Au fil des décennies, cette demande a cédé le pas à une nomination par le gouvernement du Québec des trois juges québécois ou d'une nomination par le gouvernement fédéral avec «contribution significative³³» ou «participation directe³⁴» du Québec, pour les juges en provenance de son territoire.

En ce qui concerne la composition de la Cour, une question liée à celle du processus de désignation de ses membres, le gouvernement québécois a également mis de l'avant le principe de l'alternance linguistique (francophone/anglophone) à la présidence de la Cour suprême³⁵. Plus récemment, en 2008, l'Assemblée nationale adoptait à l'unanimité une résolution affirmant que «la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada³⁶». Enfin, les gouvernements n'ont eu de cesse de réclamer l'enchâssement formel dans la Constitution de la présence de trois juges québécois³⁷.

Ainsi, nous sommes d'avis que les modifications suivantes devraient être apportées au processus actuel de nomination de

31. *Ibid.*, p. 36.

32. Gouvernement de Jean-Jacques Bertrand (1968-1970); Gouvernement de René Lévesque (1976-1980), dans *ibid.*, p. 40 et 55 (respectivement).

33. Gouvernement de Pierre-Marc Johnson (1985); Gouvernement de Robert Bourassa (1985-1990), dans *ibid.*, p. 68 et 73 (respectivement).

34. Benoit PELLETIER, ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes et aux Affaires autochtones du gouvernement du Québec, «L'avenir du Québec au sein de la fédération canadienne», allocution prononcée lors du symposium de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes, *Dynamiques et enjeux politiques du fédéralisme canadien*, octobre 2004 (gouvernement de Jean Charest, 2003-2007).

35. Gouvernement de René Lévesque (1980-1985); Gouvernement de Pierre-Marc Johnson (1985), dans *Positions du Québec*, préc, note 28, p. 63 et 68 (respectivement).

36. Adoptée le 21 mai 2008.

37. *Positions du Québec*, préc, note 28.

juges à la Cour suprême du Canada, dans une perspective fédérative :

1. L'enchâssement formel dans la Constitution canadienne de la nomination de trois juges québécois³⁸.
2. La nomination de ces juges par le gouvernement du Québec ou par le gouvernement fédéral sur la base d'une courte liste fournie par la province.
3. La participation directe des provinces au processus de nomination des juges des cours supérieures provinciales.

CONCLUSION

Le rôle fondamental que joue la Cour dans l'évolution du régime fédératif canadien, donc dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des ordres de gouvernement fédéral et provincial, explique l'attention soutenue qu'elle a toujours suscitée au Québec. Le principe fédératif et son corollaire essentiel, celui de l'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives, constituent pour le Québec beaucoup plus qu'une simple technique de gouvernance, mais bien la garantie de son épanouissement en tant que collectivité nationale au sein de la fédération canadienne. Il lui apparaît ainsi vital de faire en sorte que l'institution dont dépend en bonne partie son devenir collectif présente certaines garanties d'indépendance, donc de neutralité fédérative.

Il reste cependant qu'une réforme purement institutionnelle de la Cour suprême, notamment du processus de désignation de ses membres, ne saurait à elle seule combler le déficit de légitimité fédérative dont elle souffre, du moins au Québec. En effet, comme le faisaient remarquer bien à propos les professeurs Morin et Woehrling, une telle réforme

38. Depuis la publication initiale de cet article dans la *Revue générale de droit* en 2011, la Cour suprême du Canada a reconnu que la composition actuelle de la Cour, notamment la présence de trois juges du Québec, est constitutionnalisée et requiert le consentement unanime des provinces et du fédéral pour être modifiée : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

donnerait à la Cour une légitimité fédérative qui lui fait actuellement défaut et pourrait donc avoir pour effet paradoxal de la mettre davantage à l'abri des critiques, sans véritablement modifier la portée centralisatrice de son intervention, celle-ci tenant à des facteurs économiques, sociaux et politiques autrement plus profonds que les simples modalités de désignation des juges. Aussi n'est-il pas impossible de prétendre qu'une cour suprême fédérale est en mesure d'exercer son rôle centralisateur d'autant mieux qu'elle bénéficie d'un degré élevé de légitimité fédérative³⁹.

Si le fédéralisme signifie toujours quelque chose en droit constitutionnel canadien, nous sommes d'avis qu'une réforme institutionnelle doit être accompagnée d'une théorisation jurisprudentielle du principe fédératif qui tend à un meilleur équilibre des pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provinciaux. Ce n'est qu'ainsi que la Cour suprême acquerra ses lettres de noblesse au Québec en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs.

39. J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 20, p. 546 et 547.

Les récits du fédéralisme au Parti libéral du Québec

GUSTAVO GABRIEL SANTAFÉ ET FÉLIX MATHIEU*

Il existe plusieurs approches dans la littérature pour comprendre et interpréter le fédéralisme. À cet égard, les chercheurs au Québec et au Canada ont significativement contribué à raffiner les contours théoriques du fédéralisme. De même, comme les directeurs de l'ouvrage l'ont indiqué dans le chapitre introductif, la Cour suprême du Canada a elle aussi participé à cet effort, notamment avec le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. En effet, à l'image de ce que nous pouvons observer dans la plupart des sociétés complexes, multinationales et fragmentées, les dynamiques et les rapports intercommunautaires ont provoqué un intérêt considérable pour (re)penser les modalités du vivre-ensemble. Ce faisant, des universitaires de premier plan se sont mis à réfléchir à la manière dont le fédéralisme peut permettre une cohabitation harmonieuse entre différentes communautés nationales au sein d'un même État¹.

* Respectivement candidat à la maîtrise et doctorant en science politique, Université du Québec à Montréal.

1. Voir André BERNARD, «Le fédéralisme dans les pays multinationaux : avantages et limites», dans Roman SERBYN (dir.), *Fédéralisme et nations*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1976; Charles TAYLOR, *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, textes présentés par Guy LAFOREST, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993; Will KYMLICKA, *La voie canadienne : repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003; Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, coll. «Débats», 2008; Alain-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2011; Guy LAFOREST, *Pour la liberté d'une société distincte*, Sillery, Septentrion, 2003; Guy LAFOREST, *Un Québec exilé dans la fédération. Essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Montréal, Québec Amérique, coll. «Débats», 2014; Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Septentrion, 2005; Alain-G. GAGNON (dir.),

Au Canada comme ailleurs, diverses conceptions du fédéralisme sont mobilisées par les universitaires et par les acteurs politiques afin de justifier la pertinence de leur vision dans le but de (ré-)imaginer l'association politique dans laquelle ils évoluent. Depuis les années 1960, qu'il ait été au pouvoir ou dans l'opposition, le Parti libéral du Québec (PLQ) – principale force politique fédéraliste dans le paysage politique québécois contemporain – est le seul parti à avoir produit et inspiré plusieurs documents dans lesquels il expose sa vision du fédéralisme et son application.

À la suite de la publication du Livre blanc sur la souveraineté-association par le Parti québécois (PQ) en 1979, et du référendum de 1980 sur l'indépendance du Québec, Claude Ryan – alors chef du PLQ – travailla avec les instances de son parti à la publication d'*Une nouvelle fédération canadienne*. Ce document, communément appelé « Livre beige », propose une « vision renouvelée » du fédéralisme canadien comme solution de rechange au projet indépendantiste du PQ. Or, les débats constitutionnels des années 1980 et 1990, qui font suite à cette invitation en vue de repenser le fédéralisme canadien, laisseront en héritage des plaies qui peineront à cicatriser.

Près de quatre décennies après la publication du Livre beige, et trente ans après la ronde constitutionnelle du lac Meech, le premier ministre du Québec et chef du PLQ relance le débat dans l'espoir de mettre fin à « l'exil intérieur des Québécois² » au sein de la fédération canadienne. En effet, le 1^{er} juin 2017, le gouvernement de Philippe Couillard publie *Québécois, notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*

Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, en particulier les chapitres de François ROCHER, de Linda CARDINAL et Marie-Joie BRADY, et de Marc CHEVRIER; Michel SEYMOUR et Alain-G. GAGNON (dir.), *Multinational Federalism: Problems and Prospects*, Londres, Palgrave-Macmillan, 2012; Félix MATHIEU, *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2017, coll. « Politeia ».

2. G. LAFOREST, préc., note 1. Tel que nous le verrons subséquemment, il s'agit d'une phrase clef que les membres du caucus libéral vont emprunter à Guy Laforest pour résumer l'objectif de la démarche de leur gouvernement.

– ci-après le « Livre bleu³ ». Piloté par le ministre responsable des Relations canadiennes et de la Francophonie canadienne, Jean-Marc Fournier, ce document vise à (ré)affirmer le caractère national et distinct du Québec au sein de la fédération. De même, pour reprendre les mots du ministre Fournier, il a pour vocation de « semer le printemps » pour un renouvellement des relations canadiennes, après le long hiver du « tabou constitutionnel » qui dure depuis les échecs de Meech et de Charlottetown.

Trente-sept ans séparent la publication de ces deux documents. Néanmoins, ils participent tous les deux à proposer aux Québécois une nouvelle perspective du fédéralisme canadien. Par ailleurs, bien que le Livre beige soit un document partisan et que le Livre bleu soit un document gouvernemental, il ne fait aucun doute que le PLQ comme force politique a joué un rôle déterminant dans l'orientation donnée au second document⁴. Pour cette raison, une comparaison entre ces textes demeure fortement instructive pour observer l'évolution des orientations du PLQ en matière de fédéralisme.

Dans ce chapitre, nous nous inspirerons de la méthode de l'analyse thématique afin de comparer le Livre beige de 1980 et le Livre bleu de 2017. Tout en s'intéressant au contenu de ces deux textes, ainsi qu'à leurs contextes respectifs, le présent chapitre a pour but de rendre compte de l'évolution des répertoires discursifs dont ils sont porteurs. En bref, en offrant une analyse des différents axes et thématiques qui structurent ces deux documents, nous défendons la thèse selon laquelle la vision du PLQ, en particulier en ce qui concerne le fédéralisme canadien et le renouvellement de son ordre constitutionnel, a évolué d'une perspective *binationale* à une perspective *plurinationale*.

D'abord, pour éviter toute ambiguïté, (1) nous ferons une brève clarification conceptuelle, afin de distinguer succinctement

3. Nous reprenons ici le nom commun attribué au document du PLQ par le sociologue Simon Langlois dans son dernier ouvrage. Voir Simon LANGLOIS, *Refondations nationales au Québec et au Canada*, Québec, Septentrion, 2018.

4. Voir Félix MATHIEU, « Prêt, pas prêt, on y va? Affirmation du Québec et mûrissement du fruit constitutionnel au Canada », dans Dave GUÉNETTE, Marc VERDUSSEN et Patrick TAILLON (dir.), *La modification constitutionnelle dans tous ses états. Expériences belges, canadiennes et européennes* [à paraître].

les principales déclinaisons théoriques du fédéralisme. Ensuite, au moyen d'une analyse thématique, (2) nous présenterons les thèmes structurants du répertoire discursif du Livre beige, puis du Livre bleu, selon les principaux axes qui les traversent, soit (2.1) l'esprit fédéral et la déclinaison théorique du fédéralisme mobilisés; (2.2) les fondements sociopolitiques sur lesquels repose la fédération canadienne; (2.3) les préférences institutionnelles véhiculées; (2.4) les réformes constitutionnelles proposées; et (2.5) les principaux acteurs identifiés. Cette grille d'analyse permettra de broser un tableau comparatif et synthétique des éléments saillants sur lesquels s'appuient ces deux visions du fédéralisme canadien. Enfin, en revenant sur les résultats de notre comparaison, (3) nous défendrons notre thèse centrale, à savoir que la vision du PLQ est passée d'une perspective binationale (Livre beige de 1980) à une perspective plurinationale (Livre bleu de 2017) lorsqu'il propose un renouvellement du fédéralisme canadien et de son ordre constitutionnel.

1 LES DÉCLINAISONS THÉORIQUES DU FÉDÉRALISME

Il est désormais commun de distinguer la fédération du fédéralisme. Une fédération renvoie surtout à l'appréciation descriptive d'un *type* particulier de régime politique. Elle est reconnaissable au fait qu'elle partage la souveraineté de l'État entre au moins deux ordres de gouvernement. Ce partage, qui est normalement formalisé à l'intérieur d'un texte constitutionnel écrit, fait en sorte que chaque ordre de gouvernement possède un ensemble défini de compétences constitutionnelles; certaines compétences peuvent aussi être partagées entre les ordres de gouvernement. En principe, ces derniers sont également reconnus comme étant à la fois distincts, et non subordonnés l'un à l'autre, en ce sens où ils sont «souverains» à l'intérieur de leurs propres champs de compétences.

Quant au fédéralisme, il s'agit plutôt de l'*idée*, ou de la théorie politique normative qui sous-tend et justifie pourquoi le modèle fédéral serait préférable aux autres modèles – par exemple, l'État unitaire ou le modèle de type consociatif. La conception «classique» du fédéralisme revient *grosso modo* à défendre la pertinence des éléments que nous devrions normalement retrouver

au sein d'un État fédéral. Cela dit, de multiples déclinaisons du fédéralisme sont mises de l'avant afin de promouvoir certaines caractéristiques ou dispositions particulières⁵.

Dans un travail remarquable de cartographie des principales visions théoriques et normatives du fédéralisme, le politologue Dimitrios Karmis distingue les conceptions *universaliste*, *communautaire* et *pluraliste*⁶. La première, le fédéralisme universaliste, fait référence surtout à un modèle dans lequel est accordée «une supériorité morale aux institutions communes au sens où ce sont ces dernières qui permettent de pacifier les relations entre des entités constituantes porteuses de tendances particularistes et belliqueuses⁷». Ici, l'entité fédérale devient l'héritière d'un rôle prépondérant par rapport aux entités fédérées. Cette déclinaison du fédéralisme a aussi tendance à favoriser la centralisation maximale des compétences constitutionnelles. De même, sa *plus-value* consiste surtout à répartir l'autorité politique au sein d'un vaste territoire, de sorte que l'efficacité politique et administrative soit optimisée. Suivant cette rationalité, le fédéralisme universaliste est généralement allergique à toute forme d'asymétrie institutionnelle entre les parties fédérées⁸.

Quant au fédéralisme communautaire, il se situe à maints égards aux antipodes des normes associées à la perspective universaliste. En effet, cette conception du fédéralisme tend plutôt à accorder une «supériorité morale» aux institutions des États fédérés. De même, pour les partisans de cette approche, la pertinence du fédéralisme repose sur sa capacité «de préserver les intérêts fondamentaux des communautés qui constituent les États contre la tyrannie de la majorité qui pourrait s'exercer par la voie des institutions centrales⁹». Cette conception se rapproche alors d'une vision *confédérale*, en ce sens où les parties sont plus

5. Voir le projet *50 déclinaisons du fédéralisme*: [En ligne], [capcf1.wixsite.com/accueil/1st-project].

6. Dimitrios KARMIS, «Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien», dans A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 1, p. 66.

7. *Ibid.*, p. 66.

8. *Ibid.*, p. 70.

9. *Ibid.*, p. 74 et 75.

importantes, ou prépondérantes par rapport à l'ensemble. Les promoteurs du fédéralisme communautaire sont également très à l'aise avec la possibilité que l'architecture des institutions fédérales soit asymétrique, si cela favorise la pérennisation d'une ou de quelques communautés constitutives de l'association politique. Au Québec et au Canada, le fédéralisme communautaire est généralement présenté tel un fédéralisme *dualiste* ou *binational*, en ce sens où il existe essentiellement deux communautés qui intéressent ses promoteurs : la communauté québécoise d'ascendance canadienne-française, d'une part, puis la communauté anglo-canadienne, de l'autre.

Enfin, la conception *pluraliste* du fédéralisme se distingue du fait qu'elle cherche à rompre avec toute « conception moniste de la culture et de l'identité qui domine la modernité. À l'idée qu'une culture est isolée, limitée et intérieurement uniforme, le fédéralisme pluraliste oppose la perspective de cultures qui se superposent, sont interactives et font l'objet de négociations internes¹⁰ ». Par ailleurs, cette conception du fédéralisme fait généralement reposer les assises de l'association politique sur une théorie du pacte entre partenaires, laquelle tend à se vouloir la plus inclusive possible¹¹. Plus que toutes les autres variantes du fédéralisme, celle-ci fait de l'asymétrie institutionnelle le mécanisme par excellence pour penser les relations entre les populations (*demoi*) constitutives de l'association politique. En effet, le fédéralisme pluraliste « se caractérise par une ouverture sans ambiguïté au pluralisme politique et juridique¹² ». Pour ces raisons, et aux fins de ce chapitre, par fédéralisme pluraliste, nous entendons également ses variantes multinationale et plurinationale.

2 ANALYSE COMPARÉE DU LIVRE BEIGE ET DU LIVRE BLEU

Le PLQ a été un acteur déterminant dans l'évolution des débats constitutionnels au Québec. La vision qu'il a défendue a cependant évolué au fil du temps et des circonstances. Bien que celle-ci englobe nécessairement une multitude d'enjeux de nature

10. *Ibid.*, p. 78.

11. *Ibid.*, p. 79.

12. *Ibid.*, p. 80.

constitutionnelle concernant les collectivités québécoise et canadienne, la présente étude se concentre sur ce qui se rapporte au fédéralisme. La nature de notre analyse est d'ordre qualitatif, dans la mesure où nous cherchons à situer ainsi qu'à interpréter les idées qui traversent le Livre beige et le Livre bleu. La présente démarche permet ainsi une meilleure compréhension des thèmes qu'ils rassemblent.

Principalement, ces deux documents proposent un renouvellement de l'architecture institutionnelle et constitutionnelle du Canada¹³. Bref, en nous inspirant des travaux de Michael Burgess, nous nous intéressons au type «d'esprit fédéral» dont ils sont porteurs¹⁴. Nous ferons ressortir les manières dont les rapports politiques entre les partenaires de la fédération sont perçus et imaginés. Nous présenterons aussi la principale déclinaison théorique du fédéralisme portée par les deux documents à l'analyse, pour ensuite décortiquer les répertoires qui composent leurs discours.

2.1 Esprit fédéral et déclinaison théorique du fédéralisme

Dans le livre beige, le Parti libéral du Québec présente «l'esprit qui doit convenir» à une refonte du fédéralisme au Canada. Il est suggéré que «les partenaires devront être persuadés qu'il y a dans la réalité de ce pays un actif précieux que nous avons intérêt à conserver et à développer», que «le fédéralisme est la seule forme de gouvernement qui puisse, à ce stade de développement, convenir à la réalité et aux aspirations des divers éléments qui composent ce pays¹⁵». Pour le PLQ de 1980, «l'obligation de rechercher des solutions qui reposent vraiment sur le consentement libre de chaque partenaire¹⁶» constitue un principe

13. À noter que le ministre Fournier a indiqué que le Livre bleu n'était pas, à proprement dit, une «politique constitutionnelle».

14. Voir Michael BURGESS, *In Search of the Federal Spirit: New Theoretical and Empirical Perspective in Comparative Federalism*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

15. COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980, p. 26 (ci-après «LIVRE BEIGE»).

16. *Ibid.*, p. 26.

cardinal. En effet, « [p]lus les accords auxquels on en viendra éventuellement seront le fruit de conversations en profondeur et de conclusions librement arrêtées par chaque partenaire en toute connaissance de cause, plus ils auront les chances de durer et d'être bienfaisants dans leurs effets¹⁷ ». Ainsi, « les conversations » doivent se dérouler entre « partenaires » et non entre « adversaires ».

Bref, nous retenons que l'esprit fédéral qui traverse le Livre beige est marqué par la recherche d'un *bien commun*, lequel doit reposer sur le consentement libre et éclairé de chaque partenaire. Il est également caractérisé par une quête du respect mutuel et d'une véritable honnêteté ou bonne foi afin de bien mener les négociations.

En ce qui concerne le Livre bleu, nous y retrouvons, dès les mots introductifs du ministre Fournier, une présentation succincte de l'esprit fédéral préconisé : l'idée consiste à « [p]romouvoir un fédéralisme ouvert à la pluralité des appartenances » qui permet « d'additionner plutôt que d'uniformiser¹⁸ ». Cela doit favoriser une ouverture « à la réalité québécoise, tracer une piste au renouvellement de nos relations avec les Autochtones, [et] permettre au Canada d'offrir au monde un modèle de collaboration respectueux où chacun a sa place¹⁹ ».

Sans surprise, le fédéralisme doit alors favoriser l'accommodement des « identités nationales, culturelles et linguistiques²⁰ ». De même, en reprenant une formule chère au politologue Alain-G. Gagnon, le fédéralisme qui est défendu dans ce document est présenté comme « un mode de gestion optimal de la cohabitation de différentes communautés nationales au sein d'un même État²¹ ».

17. *Ibid.*, p. 26.

18. SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, *Québécois, notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2017, p. v (ci-après « LIVRE BLEU »).

19. *Ibid.*, p. v.

20. *Ibid.*, p. 12.

21. *Ibid.*, p. 94.

Cela étant, pour mieux comprendre les nuances et les significations accordées aux idées structurantes de l'esprit fédéral promu respectivement par le Livre beige et par le Livre bleu, nous distinguerons maintenant les différentes dimensions et composantes qui caractérisent leur vision, en commençant par la déclinaison théorique et normative du fédéralisme dont ils sont porteurs.

Si le fédéralisme a généralement pour vocation de reconnaître et d'habiliter la diversité, les deux documents à l'étude n'entendent pas nécessairement la « diversité » de la même manière. Nous avons vu avec Karmis que plusieurs déclinaisons théoriques du fédéralisme sont défendues dans la littérature. *A priori*, il semble raisonnable de rejeter la variante universaliste en vue de cerner le type de fédéralisme que les documents promeuvent : dans les deux cas, il n'est guère question de faire l'apologie du gouvernement central ou de minimiser l'importance symbolique et politique de l'ordre de gouvernement provincial.

À l'inverse, l'accent est mis sur l'importance de négocier de bonne foi entre partenaires pour en venir à définir le bien commun dans la fédération. Ainsi, le prisme à partir duquel la diversité qui caractérise l'association politique est présentée nous invite plutôt à considérer les variantes communautarienne (ou *binationale*) et pluraliste (ou *plurinationale*) du fédéralisme. Par ailleurs, rappelons que ces deux conceptions du fédéralisme favorisent les interactions et les négociations constantes entre les partenaires. De même, loin d'une conception du fédéralisme qui imposerait de manière fixe et uniforme les règles du jeu politique, les fédéralismes de type communautarien et pluraliste suggèrent que la capacité d'adaptation face au changement doit être la norme, afin de veiller au plus grand respect des parties constituantes de l'association politique.

Dès lors, ces deux conceptions du fédéralisme rejettent l'idée suivant laquelle toute entreprise pour une réforme constitutionnelle n'est qu'une boîte de pandore qu'il importe de ne pas ouvrir. Or, si nous retrouvons dans les deux documents une certaine ouverture pour des changements institutionnels profonds, la manière dont la diversité est représentée ainsi que les partenaires légitimes appelés à prendre part aux négociations, eux, diffèrent. En résumé, la déclinaison théorique du fédéralisme

qui est comprise dans le Livre beige se rapproche principalement d'une conception *communautarienne* ou *binationale*, alors que le Livre bleu s'ancre dans une logique fondamentalement *pluraliste* ou *plurinationale*.

Dans le Livre beige, les rapports politiques entre les partenaires sont avant tout de nature dualiste ou binationale. Le document met l'accent sur la collaboration et l'interdépendance entre *deux* parties constitutivement différentes, mais également importantes. Dès le premier chapitre du Livre beige, on insiste sur l'importance d'« affirmer l'égalité foncière des deux peuples fondateurs qui ont donné et confèrent encore à ce pays sa place originale dans la famille des peuples²² ». Le PLQ indique également que, dans une refonte du fédéralisme canadien, « [l]a constitution [devrait énoncer] le principe selon lequel les organismes fédéraux, exerçant une fonction réglementaire et de surveillance dans des secteurs-clés de l'activité canadienne ou qui possèdent un certain pouvoir à caractère politique, doivent refléter dans leur organisation le caractère dualiste ou régional du pays²³ ».

En ce qui a trait au Livre bleu, il est caractérisé plutôt par une conception pluraliste ou plurinationale du fédéralisme. Sans détour, il y est affirmé qu'

il est possible de reconnaître la Nation québécoise sans que l'équilibre entre les partenaires fédératifs en soit menacé. Cette reconnaissance de la Nation québécoise pourrait cependant jouir d'une assise plus solide dans le tissu constitutionnel et ainsi permettre de faire évoluer le Canada vers une conception davantage pluraliste du fédéralisme²⁴.

Alors que le Livre beige projette que le Canada est issu d'un pacte entre deux peuples fondateurs, le Livre bleu met de l'avant un pacte fondateur qui se veut davantage « inclusif ». En plus de considérer la nation ou le groupe majoritaire anglo-canadien et la nation québécoise, les revendications autochtones ainsi que celles de l'Acadie et de la francophonie canadienne hors Québec figurent toutes au chapitre de la « diversité » qu'il incombe au

22. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 22.

23. *Ibid.*, p. 52.

24. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 47.

fédéralisme canadien d'habilitier. En effet, le Livre bleu «souhaite la présence d'un forum qui se fera l'écho de la diversité collective du Canada : la diversité nationale du Québec, des Premières Nations et des Inuits ainsi que la diversité communautaire des Acadiens et de la francophonie canadienne²⁵».

2.2 Les fondements sociopolitiques de la fédération canadienne

En plus de s'inscrire dans l'horizon de deux déclinaisons théoriques différentes du fédéralisme, nous observons que le Livre beige et le Livre bleu imaginent différemment les fondements sociopolitiques sur lesquels devrait reposer la fédération canadienne. En résumé, le prisme d'interprétation du Livre beige est celui du binationalisme, alors que le plurinationalisme est l'angle privilégié par le Livre bleu.

Dans le Livre beige, cette conception binationale pour penser les fondements de l'association politique canadienne s'observe clairement :

la première et la plus urgente source d'inquiétude au sujet de l'avenir du Canada émane d'un problème vieux comme la fédération, mais qui n'a jamais été vraiment résolu et revêt aujourd'hui des accents plus décisifs : celui des rapports entre les deux peuples fondateurs. Seuls des rapports fondés sur une égalité franchement acceptée de part et d'autre eussent pu assurer que chacun serait raisonnablement satisfait²⁶.

Dans le Livre bleu, l'adoption d'une perspective plurinationale²⁷ est évidente à maints égards. Par exemple, en revenant sur les événements qui entourent l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il est question de «l'émergence d'un

25. *Ibid.*, p. 122.

26. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 14.

27. Pour certains auteurs, le « plurinationalisme » renvoie à une réalité différente de celle du « multinationalisme » (voir en particulier Michael KEATING, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001). Toutefois, cela ne semble pas nécessairement être le cas pour le Livre bleu. En effet, lorsqu'il est temps de définir le « fédéralisme plurinational », on réfère directement aux travaux de Will Kymlicka et d'Alain-G. Gagnon, auteurs qui se réclament d'une conception multinationale du fédéralisme.

projet plurinational au Canada²⁸». De même, il est indiqué que «[l]e Canada a été l'un des tout premiers États à se doter d'une formule fédérale en raison de sa réalité plurinationale. Le choix d'une union fédérale, il y a 150 ans, n'était pas le fruit du hasard ; il s'agissait de l'option la mieux adaptée à cette réalité²⁹».

En mobilisant le prisme du plurinationalisme lorsqu'il est question de la diversité nationale, le Livre bleu insiste sur le fait que le Québec, tout comme le Canada, est traversé par une multiplicité des modalités d'appartenance. Le Livre bleu rompt donc clairement avec une conception «moniste» de la culture et de l'identité, héritée d'une conception westphalienne de l'État-nation: «Cette multiplicité d'appartenances, loin d'être vue comme une contradiction, se doit plutôt d'être valorisée³⁰.»

2.3 Les préférences institutionnelles véhiculées

Afin de mieux cerner la rationalité inspirant les deux documents à l'étude, il importe maintenant de décrire les préférences institutionnelles qui permettent d'articuler, concrètement, les conceptions d'abord dualiste et binationale, puis pluraliste et plurinationale du fédéralisme que promeuvent respectivement le Livre beige et le Livre bleu. Pour ce faire, nous allons aborder les préférences en matière de dynamiques institutionnelles préconisées dans les deux documents en question: souplesse / symétrie, pour le Livre beige et flexibilité / asymétrie, pour le Livre bleu³¹.

Dans le Livre beige, nous observons clairement l'idée de la souplesse institutionnelle lorsqu'il est question du statut et du rôle particuliers du Québec:

En tant que foyer premier de la vie française au pays, le Québec doit posséder certaines prérogatives qui correspondent à ses responsabilités. Déjà, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, dans certaines de ses dispositions, reconnaissait la spécificité du

28. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 9.

29. *Ibid.*, p. 93.

30. *Ibid.*, p. 74.

31. À noter que «souplesse» et «flexibilité» renvoient effectivement à des réalités institutionnelles similaires. S'agissant néanmoins des concepts respectivement mobilisés par les deux documents, nous avons repris le même vocabulaire pour les décrire.

Québec. [La Constitution canadienne] devra toutefois contenir des dispositions assez *souples* pour que dans son fonctionnement concret la fédération renouvelée puisse tenir compte de ces différences et les respecter³².

De même, au moment de réfléchir au principe de l'«égalité» au sein de la fédération, et de la façon dont elle se déploie sur le plan institutionnel, une préférence en faveur d'une symétrie de traitement est mise de l'avant. En effet, malgré que le fédéralisme dualiste du Livre beige suggère la nécessité de construire une relation plus juste entre les deux peuples fondateurs du Canada, on comprend les provinces comme étant «juridiquement égales entre elles, c'est-à-dire qu'elles ont les mêmes pouvoirs, les mêmes droits, les mêmes obligations³³».

Observons maintenant les préférences institutionnelles associées au fédéralisme pluraliste tel qu'il est défendu dans le Livre bleu. Tout d'abord, il est suggéré que la flexibilité et l'asymétrie sont les deux caractéristiques institutionnelles clefs qui rendent possibles l'autonomie et l'égalité entre les partenaires. Ainsi, ces dynamiques institutionnelles doivent permettre à toutes les entités constitutives de la fédération canadienne de mettre en valeur leurs particularités sociétales. Cette vision est palpable dans le document de 2017 :

le fédéralisme asymétrique est souvent présenté comme la solution institutionnelle à privilégier au sein d'États fédéraux où coexistent différentes réalités nationales. [En effet,] la recherche de l'asymétrie n'est pas incompatible avec la notion d'égalité entre les provinces. Dans le contexte de l'accommodement d'une réalité nationale minoritaire, l'asymétrie reflète la recherche d'équilibre et d'équité et non l'idée du privilège fondé sur l'iniquité³⁴.

Autrement dit, «la pratique du fédéralisme asymétrique permet la poursuite d'objectifs communs tout en respectant les priorités et les façons de faire du Québec. [Il s'agit] d'une manière de faire flexible qui facilite l'adhésion du Québec aux projets communs³⁵».

32. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 43 et 44 (nos italiques).

33. *Ibid.*, p. 43.

34. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 113.

35. *Ibid.*, p. 115.

2.4 Les réformes constitutionnelles proposées

Dans le contenu du Livre beige et du Livre bleu, plusieurs chantiers sont mis de l'avant en vue de réformer l'architecture institutionnelle et constitutionnelle canadienne. À cet égard, le Livre beige contient trois principales propositions de réforme : l'introduction d'une charte canadienne des droits et libertés, l'introduction d'un conseil fédéral pour l'amélioration des relations intergouvernementales et l'implantation de dynamiques politiques devant présider à tout renouvellement de l'ordre constitutionnel.

C'est au chapitre 3 du document de 1980 que l'introduction d'une charte canadienne des droits et des libertés est évoquée. Cette charte devait veiller à la protection des libertés et des droits fondamentaux de la population du Canada. Elle servait également à mettre en place des balises constitutionnelles en matière de protection des droits linguistiques qui iraient au-delà des dispositions présentes à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En quelque sorte, cette charte avait alors pour vocation de consolider partout au Canada l'esprit de l'article 23 de la loi du Manitoba en matière de droits linguistiques, laquelle promulgue que le français et l'anglais jouissent d'un statut officiel dans les institutions (politiques et judiciaires) de la province³⁶.

Dans la même veine, au chapitre 9 du Livre beige, on propose la création d'un conseil fédéral. En raison de la multiplication des relations intergouvernementales au Canada, certaines tensions émergent naturellement entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Cela est particulièrement vrai pour tout ce qui concerne le partage des champs de compétence. Ces frictions politiques motivent le PLQ à proposer un encadrement qui peut reposer « sur la concertation et la collaboration intergouvernementales³⁷ », plutôt que sur une dynamique d'affrontement. Par conséquent, dans le Livre beige, on suggère d'édifier une nouvelle institution qui permettrait aux provinces de donner leur avis sur les politiques fédérales qui concernent l'ensemble du pays. Celle-ci servirait aussi de socle afin d'asseoir un nouvel

36. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 34.

37. *Ibid.*, p. 54.

espace de dialogue intergouvernemental axé sur la participation égale de tous et permettant de favoriser les échanges mutuels. Or, le Conseil fédéral, cette nouvelle institution que le PLQ propose,

serait composé[e] de délégations des provinces agissant selon les instructions de leur gouvernement respectif. [De plus,] [l]e gouvernement central n'aurait pas de délégué habilité à voter au Conseil fédéral. Le gouvernement central déléguerait cependant ses représentants qui feraient valoir son point de vue à la table du Conseil³⁸.

Enfin, le chapitre 28 du Livre beige est tout aussi éclairant lorsqu'il est question des dynamiques qui devraient présider à tout processus de renouvellement de l'ordre constitutionnel au Canada. S'inscrivant dans un contexte pré-1982, on émet alors les recommandations suivantes :

1. La constitution sera rapatriée dans le cadre d'un accord global portant sur le contenu et la procédure d'adoption d'une nouvelle constitution ;
2. Les gouvernements provinciaux et le gouvernement central assumeront l'initiative politique de la réforme constitutionnelle ;
3. Le mécanisme à utiliser pour mener à bien la réforme constitutionnelle sera une conférence fédérale-provinciale extraordinaire ;
4. Cette conférence constitutionnelle sera précédée d'un geste d'engagement de toutes les législatures et du Parlement fédéral ;
5. Une fois les travaux terminés, la nouvelle constitution sera soumise pour approbation aux législatures des provinces et au Parlement fédéral³⁹.

Dans le livre bleu, trois grands chantiers de réforme constitutionnelle sont également présentés : la mise en œuvre d'une politique québécoise distincte pour l'aménagement de la diversité (l'interculturalisme), l'introduction d'une nouvelle structure institutionnelle afin de stimuler les relations canadiennes, puis, encore une fois, l'adoption de dynamiques politiques qui devraient présider à tout renouvellement de l'ordre constitutionnel.

38. *Ibid.*, p. 54. Deux décennies plus tard, en 2003, le gouvernement libéral de Jean Charest met en place une institution apparentée au Conseil fédéral proposé dans le Livre beige : le Conseil de la fédération. Voir à ce propos, QUÉBEC, *Le Conseil de la fédération : un premier pas vers une nouvelle ère de relations intergouvernementales au Canada*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2004.

39. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 138.

Dans le livre bleu, le désir d'implanter formellement un modèle québécois pour l'aménagement de la diversité ethnoculturelle est à l'ordre du jour. En ce sens, le livre bleu indique que

[l]e modèle de l'interculturalisme [...] repose sur un principe de réciprocité [qui] vise à assurer l'équilibre entre, d'une part, l'ouverture à la diversité et, d'autre part, la continuité et la vitalité du caractère distinct et francophone du Québec. [De plus, il aurait] pour vocation de s'inscrire au cœur de notre cadre civique commun, fondé sur la démocratie, les droits et libertés de la personne et le français comme langue commune de la vie publique, et qui unit les Québécois de toutes origines⁴⁰.

Au sujet des relations canadiennes, le livre bleu évoque la nécessité d'organiser une conversation continue entre les partenaires de la fédération. Sans équivoque, la finalité de ce dialogue consiste à « établir de nouvelles manières de faire, fondées sur le respect et la coopération ». Cette conversation repose ainsi « sur une volonté de s'affirmer, d'agir et de s'ouvrir à l'autre⁴¹ ». En raison de ce désir de (re)construire des relations canadiennes dans lesquelles les parties sont disposées à reconnaître la diversité nationale inhérente de la fédération canadienne, le gouvernement du Québec prend l'initiative de mettre en place une nouvelle structure institutionnelle qui assurera la construction de ce « dialogue inclusif » : le Secrétariat du Québec aux relations canadiennes (SQRC).

Prenant le relais du Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes (SAIC), le SQRC mise sur la promotion de relations canadiennes plurielles. Cela implique de délaissier l'expression « relations intergouvernementales » au profit des « relations canadiennes », car cette première ne mettrait pas assez l'accent sur le caractère pluriel du Canada, et ne tiendrait pas suffisamment compte de l'importance de la société civile⁴².

La mise en place de dynamiques politiques qui devraient présider à tout « renouvellement de l'ordre constitutionnel » est finalement la dernière proposition réformatrice du Livre bleu, du

40. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 70 et 72.

41. *Ibid.*, p. 125.

42. *Ibid.*, p. 136.

moins en ce qui concerne l'avenir de la fédération canadienne. Le gouvernement de Philippe Couillard est succinct lorsqu'il affirme que «le Québec convie l'ensemble des citoyens et ses partenaires fédératifs à un nouveau dialogue. L'objectif de ce dialogue est de parvenir à une compréhension commune des éléments fondamentaux que le Québec souhaite voir un jour formellement intégrés dans la Constitution⁴³».

Nous interprétons ces postulats comme étant la conviction du gouvernement Couillard de mettre fin à une impasse constitutionnelle qui dure depuis quelques décennies déjà. Cela signifie, dans le Livre bleu, d'œuvrer à émanciper la nation québécoise de son sentiment d'être un exilé de l'intérieur au sein de la fédération, pour reprendre la formule de Guy Laforest.

2.5 Les principaux acteurs

La dernière dimension qui nous intéresse a trait aux principaux acteurs identifiés dans les deux documents. Pour ce qui concerne le Livre beige, les principaux acteurs sont regroupés en trois catégories, allant de la plus importante à la moins significative: les provinces, le gouvernement fédéral et les Amérindiens. Dès lors, il importe d'indiquer que, selon la rationalité du document, les «Amérindiens» ne semblent pas aussi importants que les deux autres acteurs – en effet, sa première mention n'arrive qu'à la page 85.

Sans aucun doute, dans le Livre beige, les provinces sont les principaux acteurs à partir desquels une réforme du fédéralisme canadien peut et doit s'opérer. On indique alors que «les provinces doivent être souveraines et autonomes dans leurs champs de compétence. Cela signifie que, sauf par amendement constitutionnel ou avec leur consentement exprimé au Conseil fédéral, le champ d'activités gouvernementales sur lequel elles peuvent agir en exclusivité demeure intangible⁴⁴».

En ce qui a trait au gouvernement fédéral, il est souligné que «[l]a Chambre des communes continuera d'être le lieu de l'expression de la volonté démocratique de l'ensemble des Canadiens

43. *Ibid.*, p. 125.

44. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 43.

au regard des matières qu'ils ont choisi de mettre en commun⁴⁵». Un peu plus loin dans le document, le PLQ propose également d'abolir le Sénat; puis, on indique que c'est le pouvoir exécutif qui doit refléter la dualité et le régionalisme canadiens⁴⁶.

Finalement, bien qu'il ait fallu attendre au chapitre 17 du Livre beige pour qu'une section du document traite des peuples autochtones, ceux-ci figurent *in fine* au rang des «acteurs» identifiés par la proposition du PLQ. Utilisant alors le qualificatif d'«Amérindiens» pour les désigner, voici un extrait qui résume bien la place qu'ils sont appelés à jouer dans un nouveau cadre fédératif canadien :

Dans une réforme constitutionnelle, les Amérindiens doivent devenir les auteurs de leur propre destin et non de simples objets de compétence. [On] devrait aussi leur accorder des droits spécifiques en matière de langue et d'éducation [et on] pourrait prévoir que les traités négociés avec les Amérindiens aient primauté sur les lois. Enfin, [une réforme constitutionnelle] devrait respecter leurs droits spéciaux de chasse et de pêche⁴⁷.

Dans le Livre bleu, les acteurs déterminants pour l'édification d'un nouveau fédéralisme sont également présentés dans un ordre déterminé et précis, allant du plus important au plus générique: la société civile, les partenaires de la fédération et le gouvernement fédéral. D'entrée de jeu, le document évoque que la société civile représente le groupe d'acteurs le plus significatif au Canada. Misant sur les interactions et les rapprochements citoyens, le document semble prioriser une certaine dynamique politique de la base vers le sommet: «[I]es liens qui unissent les Québécois et les autres Canadiens, avant d'être gouvernementaux ou institutionnels, sont d'abord des relations entre individus et la société civile dans son ensemble. C'est sur cette base que doit préalablement être construit un véritable dialogue sur l'avenir de notre pays⁴⁸. »

45. *Ibid.*, p. 49.

46. *Ibid.*, p. 52.

47. *Ibid.*, p. 86.

48. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 145.

Par ailleurs, le gouvernement Couillard compte édifier une politique proactive de dialogue qui sera mise en pratique de la façon suivante :

Le Québec compte accroître sa présence sur la scène canadienne et ainsi se faire entendre, pour mieux se faire comprendre. [II] utilisera toutes les tribunes qu'il juge appropriées pour promouvoir sa vision d'un Canada qui favorise les appartenances plurielles en se fondant sur l'ouverture, la reconnaissance mutuelle et le respect des identités individuelles et collectives⁴⁹.

Un autre acteur important dans cette vision du fédéralisme pluraliste s'avère être *l'ensemble* des partenaires de la fédération. La multiplication des intervenants et des membres constitutifs du cadre fédératif canadien suppose, bien entendu, la participation des provinces anglophones et des territoires, du Québec, mais aussi des minorités francophones hors Québec et des Premières Nations et des Inuits :

Les relations du Québec dans l'ensemble canadien ne se limitent pas aux relations fédérales-provinciales, mais elles se situent également dans une longue tradition de relations avec les autres provinces et les territoires⁵⁰.

Le Gouvernement du Québec est plus que jamais déterminé à faire la promotion de la francophonie de façon à contribuer à la reconnaissance des droits des 2,6 millions de francophones et francophiles à l'extérieur du territoire québécois⁵¹.

Le Gouvernement du Québec travaille de manière concrète à consolider ses rapports avec les Premières Nations et les Inuits. Il entend notamment jouer un rôle plus important dans le renforcement du développement social, culturel et économique de ces nations afin qu'elles puissent assumer en ces domaines de plus grandes responsabilités⁵².

Enfin, nous retrouvons le gouvernement fédéral au titre d'acteur déterminant pour le bon fonctionnement de la fédération canadienne. Dans le but d'établir un dialogue respectueux de « gouvernement à gouvernement », le gouvernement québé-

49. *Ibid.*, p. 144.

50. *Ibid.*, p. 139.

51. *Ibid.*, p. 142.

52. *Ibid.*, p. 143.

cois demande la mise en place d'arrangements institutionnels qui auraient pour objectif d'affirmer les intérêts de la nation québécoise. Pour en venir à consolider une telle relation d'ouverture et de réciprocité, le gouvernement de Philippe Couillard souligne que

[d]ans ses relations avec le gouvernement fédéral, le Gouvernement du Québec compte participer activement aux forums intergouvernementaux et exercer un leadership dans le développement de rapports constructifs, harmonieux et mutuellement bénéfiques. Il cherchera à élargir le dialogue avec l'ensemble des acteurs fédéraux afin de mieux faire connaître sa vision du fédéralisme⁵³.

Ci-dessous, le *Tableau 1 : Comparaison entre le Livre beige de 1980 et le Livre bleu de 2017*, présente de manière synthétique la façon dont les deux documents ont construit un répertoire discursif particulier pour articuler leurs propositions pour un renouvellement du fédéralisme et de l'ordre constitutionnel canadiens.

Tableau 1 : Comparaison entre le Livre beige de 1980 et le Livre bleu de 2017

Axes structurants	Livre beige (1980)	Libre bleu (2017)
Esprit fédéral et déclinaison théorique du fédéralisme	Fédéralisme « communautarien » et dualiste	Fédéralisme « pluraliste »
Fondements sociopolitiques de la fédération canadienne	Binationalisme	Plurinationalisme
Principes structurants	Souplesse Symétrie	Flexibilité Asymétrie
Réformes constitutionnelles proposées	Charte de droits et libertés Relations intergouvernementales Nouvelles dynamiques politiques et constitutionnelles	Modèle d'aménagement de la diversité (l'interculturalisme) Relations canadiennes Nouvelles dynamiques politiques et constitutionnelles
Acteurs identifiés	Gouvernement fédéral Provinces Amérindiens	Société civile Partenaires de la fédération Gouvernement fédéral

53. *Ibid.*, p. 138.

3 D'UN FÉDÉRALISME *BEIGE* À UN FÉDÉRALISME *BLEU*

Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'idée fédérale portée par le PLQ a fait l'objet d'une évolution considérable. Elle illustre un passage allant du binationalisme vers le plurinationnalisme, qui s'observe notamment dans les visions du fédéralisme défendues par le PLQ dans ces deux documents. Cette métamorphose est certes tributaire d'un changement de contexte – près de quarante ans séparent les deux documents –, mais cela témoigne aussi d'une profonde mutation dans les imaginaires sociaux.

Comme le note Gérard Bouchard, les imaginaires collectifs renvoient à «l'ensemble des symboles qu'une société produit et grâce auxquels ses membres donnent un sens à leur existence⁵⁴». Il s'agit donc de la trame narrative commune qui permet aux sociétés de se représenter, pour ensuite pouvoir se projeter dans le futur. Une des dimensions structurantes des imaginaires sociaux repose, toujours selon Bouchard, sur des «schémas culturels», c'est-à-dire des «représentations collectives socialement produites⁵⁵».

Plus simplement, nous pouvons comprendre ces «schémas culturels» comme des «répertoires» pour penser l'action collective⁵⁶. Ajoutons que son contenu est nécessairement construit en fonction du contexte particulier dans lequel il évolue.

Or, d'une part, nous soutenons que, selon le Livre beige, le binationalisme correspond au principal répertoire discursif et identitaire définissant la «diversité» au Canada en 1980. Les deux peuples fondateurs – la nation québécoise d'ascendance canadienne-française et la nation ou groupe majoritaire anglo-canadien – forment ensemble le substrat nationalitaire de la Confédération. En effet, c'est «sur l'égalité loyalement reconnue des deux peuples qui ont fondé le Canada moderne et lui confèrent encore sa physionomie originale dans la famille des peuples⁵⁷» que doit être pensée la refonte du régime fédératif canadien. Il

54. Gérard BOUCHARD, *Raison et déraison du mythe. Au cœur des imaginaires collectifs*, Montréal, Boréal, 2014, p. 21.

55. *Ibid.*, p. 24.

56. *Ibid.*, p. 25.

57. LIVRE BEIGE, préc., note 15, p. 144.

importe toutefois de nuancer ce portrait en rappelant que les «Amérindiens» font ultimement partie des acteurs concernés par le Livre beige. Ces derniers n'ont toutefois pas vu leur place reconnue parmi les membres fondateurs du pacte fédératif tel qu'il est entendu dans les pages du Livre beige. Cela tend à corroborer notre interprétation suivant laquelle ce document promeut une perspective binationale et dualiste du fédéralisme canadien.

D'autre part, le plurinationalisme constitue, d'après les postulats du Livre bleu, un nouvel horizon à la fois discursif et identitaire pour le Canada. On ne considère plus le mythe des deux peuples fondateurs pour parler du pacte constitutionnel canadien. Plutôt, s'appuyant sur un imaginaire social et sociétal qui accorde une voix aux peuples autochtones ainsi qu'aux minorités francophones et anglophones vivant un peu partout au pays, le gouvernement de Philippe Couillard semble aspirer à projeter une image plus inclusive de ce qu'est la «diversité profonde⁵⁸» et de ce qu'implique la mise en place «d'un débat public commun entre entités nationales et citoyens de divers horizons qui partagent une destinée et un but communs⁵⁹».

Comment pouvons-nous interpréter cette mutation? Nous soutenons que cela s'explique – en partie du moins – par le fait que les peuples autochtones et les autres minorités constitutives de la Confédération doivent désormais être invités à participer concrètement à la vie politique canadienne; ils ne doivent plus être de simples «objets» juridiques, mais de véritables sujets politiques. Empruntant la formule de Jean-Charles St-Louis⁶⁰, nous dirons que la «mise en récit» de l'identité canadienne dans le discours porté par le PLQ a intégré à son «répertoire» l'idée d'une multiplicité des modalités d'appartenance au projet politique canadien.

58. Charles TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994.

59. LIVRE BLEU, préc., note 18, p. 153.

60. Jean-Charles ST-LOUIS, «Les débats sur l'identité et la citoyenneté au Québec», dans Alain-G. GAGNON et David SANSCHAGRIN (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, 2^e éd., Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2017, coll. «Politeia», p. 93.

Soulignons qu'il ne s'est pas produit une « rupture » profonde dans les imaginaires entre la parution du Livre beige et celle du Livre bleu. Plutôt, nous suggérons que le contexte sociopolitique a continuellement et graduellement changé, de même que l'horizon de son répertoire discursif et identitaire. Du moins, c'est ainsi que nous interprétons la transition, chez le PLQ, d'une perspective binationale (Livre beige) à une perspective plurinationale (Livre bleu) pour penser le fédéralisme et le renouvellement de l'ordre constitutionnel canadiens.

Ainsi, le mythe du pacte entre les deux peuples fondateurs promu par le Livre beige est, près de quarante ans plus tard, ré-imaginé dans le Livre bleu de manière à inclure des voix qui étaient auparavant absentes du « répertoire ». Cette évolution n'est pas uniquement le fruit d'un changement au chapitre de la compréhension du principe fédératif ou du fédéralisme, cela témoigne aussi d'une transformation de la manière d'apprécier la signification des principes de la démocratie, du constitutionnalisme et de la protection des minorités.

En effet, une conception foncièrement pluraliste du fédéralisme suppose à son tour la force de son répertoire discursif et identitaire pour penser les trois autres « prémisses inexprimées » sur lesquelles repose l'édifice politique et constitutionnel canadien. D'autant plus si le fédéralisme est compris comme le principe cardinal, à partir duquel les autres principes doivent être compris – c'est notamment l'interprétation du politologue Guy Laforest, du fait que le fédéralisme soit le premier principe à être présenté par la Cour dans son *Renvoi* de 1998⁶¹.

En ce qui concerne le principe démocratique, une conception pluraliste et plurinationale du fédéralisme nécessite que le *demos* canadien soit en fait compris tel un ensemble de *demoi*, une association de collectivités politiques qui décide de partager certaines

61. Il ne s'agit toutefois pas d'une lecture qui est partagée par toutes et tous. Par exemple, pour le juriste Louis-Philippe Lampron, c'est plutôt la protection des minorités qui doit être comprise comme le principe cardinal énoncé par la Cour. Voir le chapitre du professeur Lampron dans cet ouvrage.

compétences, tout en demeurant autonomes dans leurs champs juridictionnels propres⁶².

En toute logique, cela imposerait ensuite une compréhension tout aussi particulière du principe du constitutionnalisme et de la règle de droit. Entre autres, une conception pluraliste et plurinationale du fédéralisme et de la démocratie impose l'approfondissement du « pluralisme juridique », qui irait au-delà de la cohabitation entre les traditions de la common law et du droit civil codifié⁶³. En particulier, le pluralisme juridique devrait s'ouvrir aux traditions légales autochtones pour repenser « les fondations constitutionnelles canadiennes⁶⁴ ».

Enfin, pour ce qui est du principe de la protection des minorités, il semble que nous devrions faire une distinction claire, aux conséquences légales et politiques également claires, entre les minorités ethnoculturelles et issues de l'immigration – lesquelles exigent des formes d'accommodement pour *intégrer* une société d'accueil – et les minorités issues des peuples autochtones et de la diversité nationale – lesquelles exigent des formes d'accommodement pour *faire* société, pour reprendre l'expression de Joseph Yvon Thériault⁶⁵, à partir de leurs propres appareils institutionnels⁶⁶. À ce titre, cette deuxième catégorie de minorités serait mieux comprise au titre de « partenaires constitutifs » de l'association politique canadienne⁶⁷.

62. Voir le chapitre de Geneviève Nootens dans le présent ouvrage pour une discussion plus approfondie de ce phénomène.

63. Voir Ghislain OTIS, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2013.

64. John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 15. Voir également le chapitre de Martin Papillon dans le présent ouvrage.

65. Joseph Yvon THÉRIAULT, *Faire société: société civile et espaces francophones*, Sudbury, Prise de parole, 2007.

66. Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale des droits des minorités*, Montréal, Boréal, 2001; F. MATHIEU, préc., note 1.

67. Voir les chapitres d'Alain-G. Gagnon et de Jean-Olivier Roy dans le présent ouvrage.

CONCLUSION

Dans ce chapitre, nous avons proposé une analyse thématique comparée du Livre beige de 1980 et du Livre bleu de 2017, le premier étant un document partisan rédigé par le PLQ, le second étant un document gouvernemental assurément influencé par le PLQ. En nous intéressant à ces deux textes, mais aussi à leur contexte respectif, nous avons décortiqué leur contenu et le répertoire discursif dont ils sont porteurs. Plus précisément, nous avons porté notre attention sur ce qui concerne le fédéralisme et le renouvellement de l'ordre constitutionnel canadiens dans ces deux documents.

Tout d'abord, en nous inspirant des travaux du politologue Dimitrios Karmis, nous avons distingué les principales déclinaisons théoriques du fédéralisme qui sont mobilisées dans la littérature et dans les débats politiques. Par la suite, nous avons présenté et comparé les axes structurants du Livre beige et du Livre bleu, soit l'esprit fédéral et la déclinaison théorique du fédéralisme, les fondements sociopolitiques, les préférences institutionnelles, les réformes constitutionnelles et les principaux acteurs. Enfin, en discutant des résultats de notre analyse, nous avons défendu la thèse suivant laquelle la vision du PLQ a évolué de la perspective du binationalisme (Livre beige de 1980) à celle du plurinationnalisme (Livre bleu de 2017), en matière de renouvellement du fédéralisme canadien et de son ordre constitutionnel.

Évidemment, plusieurs éléments entrent nécessairement en jeu pour expliquer cette mutation entre le Livre beige et le Livre bleu. Pour notre part, nous croyons qu'une des principales variables qui permet d'interpréter ce phénomène a trait à l'évolution des imaginaires sociaux. En mobilisant les travaux du sociologue et historien Gérard Bouchard, nous avons alors discuté des changements qui ont eu lieu entre la parution du Livre beige en 1980 et celle du Livre bleu en 2017. Bref, nous observons un changement important au chapitre du répertoire discursif et identitaire à partir duquel le PLQ en vient à articuler son projet pour un renouvellement du fédéralisme et, plus largement, de l'ordre constitutionnel canadien.

Fédéralisme et langues autochtones : les risques d'une assimilation tranquille

CATHERINE VIENS*

Le fédéralisme correspond à l'une des quatre « prémisses inexprimées » de l'ordre constitutionnel canadien que mentionne la Cour suprême dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (ci-après *Renvoi*). La Cour soutient alors que les pratiques politiques et constitutionnelles au Canada ont toujours respecté le principe fédéral. Elle affirme également avoir souvent utilisé ce principe pour appuyer son interprétation des textes constitutionnels¹. Qui plus est, elle présente le fédéralisme comme un principe inhérent à la structure des arrangements institutionnels canadiens, évoquant même qu'il constitue « l'étoile qui les a guidés depuis le tout début² ».

D'une part, dans le *Renvoi*, la Cour mentionne que « le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique³ » du Canada. D'autre part, elle soutient qu'il facilite « la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité⁴ ». Certes, cette lecture peut être justifiée si l'on se situe du point de vue des ordres de gouvernement fédéral et provincial, ou encore selon la perspective des citoyens qui s'identifient fortement à ceux-ci. Toutefois, force est de constater qu'eu égard au caractère véritablement multinational du Canada, en particulier par rapport aux points de vue des peuples autochtones, ce postulat fait jaillir plusieurs questionnements.

* Doctorante en science politique, Université du Québec à Montréal.

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55.

2. *Ibid.*, par. 56.

3. *Ibid.*, par. 57.

4. *Ibid.*, par. 58.

Or, il importe de se questionner sur la valeur réelle du principe fédéral, sur les multiples déclinaisons possibles de celui-ci et sur l'utilisation qui en est faite au sein de l'ordre constitutionnel canadien. De quel fédéralisme est-il question au Canada? À l'endroit de qui ou de quelle ou quelles communautés ce fédéralisme se montre-t-il accommodant et habilitant?

À peu près au même moment où la Cour rendait le *Renvoi*, en 1998, on assistait au lancement de la stratégie «Rassembler nos forces: le plan d'action du Canada pour les questions autochtones». Celle-ci faisait la promotion de plusieurs pratiques politiques visant à favoriser une réconciliation entre les nations autochtones et la société majoritaire. Près de deux décennies plus tard, en 2016, le gouvernement fédéral de Justin Trudeau a annoncé sa volonté d'adopter une loi sur les langues autochtones, venant poursuivre en quelque sorte le programme qui s'était dessiné avec la stratégie «Rassembler nos forces». Il a même évoqué que cette loi serait élaborée en collaboration avec les communautés concernées⁵. On note ainsi une certaine ouverture de l'État canadien vers le sentier de la réconciliation.

Toutefois, parallèlement à cette avenue, le courant de pensée de la résurgence autochtone s'est considérablement développé au cours des dix dernières années, notamment par l'entremise de l'action de plusieurs auteures et auteurs issus des Premières Nations, des Inuits et des Métis⁶. Pour le dire simplement, la «résurgence» se traduit par des pratiques quotidiennes, mises en œuvre par les communautés elles-mêmes, afin de faire renaître l'identité autochtone et de remettre en cause toute approche étatique qui participe à maintenir la relation de domination coloniale⁷. L'uti-

5. GOUVERNEMENT DU CANADA, «Travailler en collaboration pour préserver, promouvoir et revitaliser les langues autochtones», [En ligne], [www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/legislation-langues-autochtones/travailler-collaboration.html].

6. Nicolas PAQUET, «La résurgence autochtone, un passage nécessaire vers une réconciliation: l'exemple de l'alimentation traditionnelle», *Cahiers du Ciéra*, n° 13, 2016, p. 79, à la page 80.

7. Jeff CORNTASSEL, «Re-envisioning resurgence: Indigenous pathways to decolonization and sustainable self-determination», *Decolonization: Indigeneity, Education & Society*, vol. 1, 2012, p. 89.

lisation quotidienne des langues ancestrales autochtones s'inscrit dans l'horizon de ce type de pratiques de résurgence.

Ainsi, un paradoxe émerge: d'un côté, l'État canadien souhaite développer des politiques de réconciliation et, par conséquent, cherche à aller de l'avant avec l'adoption d'une loi sur les langues autochtones. De l'autre, la revitalisation des langues est perçue et comprise par les peuples autochtones comme une forme de lutte pour s'émanciper de l'identité exogène imposée par le pouvoir colonial. Dans ce contexte, comment justifier et défendre l'idée selon laquelle le fédéralisme serait une réponse adéquate aux diverses réalités du contexte sociétal et politique au Canada, alors qu'une grande partie de sa diversité profonde développe des pratiques qui visent justement à faire contrepoids à l'État canadien? Est-il légitime pour le gouvernement canadien de s'engager dans les actes de résurgence autochtone? Est-ce que les conceptions du fédéralisme qui nourrissent la structure fédérale canadienne ouvrent véritablement un espace pour une revitalisation des langues autochtones? En d'autres termes, le fédéralisme canadien peut-il paver la voie à une réelle autonomie pour les peuples autochtones?

Dans le contexte où l'État canadien s'apprête à reconnaître et à mettre en œuvre des actions permettant une meilleure autodétermination des peuples autochtones, ces questions méritent d'être abordées et d'être discutées avec tout le sérieux qui s'impose. Ce faisant, ce chapitre s'inscrit directement dans le sillon des objectifs qui animent le présent ouvrage, c'est-à-dire réfléchir aux principes mentionnés dans le *Renvoi*, puis soulever des pistes de réflexion quant aux manières qui nous permettent de penser et d'imaginer le Canada autrement.

En partant du principe du fédéralisme tel qu'il est présenté dans le *Renvoi*, j'illustrerai, par l'entremise de l'initiative de la revitalisation des langues autochtone, l'incapacité du fédéralisme canadien (dans sa forme actuelle, du moins) à déployer un véritable espace de liberté pour les Autochtones. À cet égard, je soutiendrai qu'il y a un risque important qu'une forme d'« assimilation tranquille » s'opère (ou continue de s'opérer) si la revitalisation des langues autochtones devait être prise en charge par l'État canadien. En effet, faut-il rappeler que les fondements

mêmes de la fédération canadienne reposent sur la domination des nations autochtones⁸. De plus, quand les conditions de la liberté⁹ des groupes minoritaires sont définies par le partenaire dominant, elles sont rarement porteuses des promesses d'autonomie qui ont procédé à leur mise en place.

À partir d'angles tant normatifs que descriptifs et analytiques, j'exposerai brièvement d'abord (1) le principe du fédéralisme ainsi que sa déclinaison pratique dans le contexte canadien, tout en précisant les liens existant entre le fédéralisme et la diversité linguistique autochtone au Canada. Ensuite (2), je présenterai le contexte social et politique dans lequel s'inscrit le mouvement de la revitalisation des langues autochtones, du point de vue tant de l'État canadien que de la perspective autochtone, notamment véhiculée par l'entremise des «mouvements de résurgence». Puis (3), je discuterai des fondements institutionnels et normatifs sur lesquels repose la fédération canadienne eu égard aux droits linguistiques autochtones. Cela me permettra, notamment, de dresser un portrait critique du cadre contemporain de domination coloniale qui subsiste envers les Autochtones. À la lumière de cette analyse, je conclurai en soutenant que le fédéralisme canadien contemporain pose un risque réel d'«assimilation tranquille» pour les peuples autochtones.

1 FÉDÉRALISME ET LANGUES AUTOCHTONES : LE PRINCIPE FÉDÉRATIF ET SA DÉCLINAISON CANADIENNE

Comme le soutient Alain-G. Gagnon, un des principaux avantages du fédéralisme est «sa capacité de générer un équilibre approprié entre des communautés politiques à la fois souve-

8. N'étant pas une femme autochtone, je n'ai en aucun cas pour objectif de parler au nom des nations autochtones. Je souhaite plutôt remettre en cause les principes qui sous-tendent la fédération canadienne à la lumière de la littérature issue, notamment, d'autrices et d'auteurs autochtones, mais également des autrices et auteurs qui ont abordé ces enjeux dans le contexte canadien. À ce titre, je considère que le présent ouvrage constitue une belle occasion d'ouvrir la réflexion et de lancer des débats.

9. Voir James TULLY, «Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales», *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 2, 1999, p. 13.

raines et intégrées¹⁰ ». Tant pour assurer que chacune d'elles soit considérée de manière équitable dans l'élaboration des politiques gouvernementales, que pour empêcher qu'une communauté majoritaire impose sa seule volonté sur celles des autres, cette capacité reconnue du fédéralisme a le potentiel de permettre et de favoriser « un développement significatif de la diversité nationale¹¹ ». En ce sens, la Cour suprême, dans son *Renvoi*, soulève des éléments importants lorsqu'elle présente le principe du fédéralisme comme étant une réponse adéquate au contexte sociétal et politique, en plus de le décrire comme un mécanisme favorisant la participation à la démocratie. Cela est d'autant plus approprié dans le contexte d'une société multinationale.

Malgré cette capacité théorique du fédéralisme à favoriser un « équilibre entre les forces qui tendent à la diversité et celles qui poussent à l'unité¹² », on constate toutefois que l'application de ce principe, dans plusieurs pays, s'illustre par « une tendance assez claire à la centralisation, à la consolidation nationale et à l'homogénéisation des pratiques, des valeurs et des croyances¹³ ». Ainsi, dans le contexte de sociétés culturellement et ethniquement diversifiées, il importe d'autant plus de développer et de mobiliser des leviers institutionnels visant à contrebalancer ces forces centripètes¹⁴.

Dans le contexte canadien, néanmoins, c'est surtout la volonté de « garantir l'unité du pays tout en tolérant, d'une part, l'expression de diverses formes de diversité (surtout celles de nature culturelle) et, d'autre part, en atténuant les formes de diversité

10. Alain-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes : essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011, p. 24.

11. *Ibid.*

12. Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 81.

13. Jorge CAGIAO Y CONDE, « L'autorité de la doctrine en droit. L'exemple du fédéralisme », dans Jorge CAGIAO Y CONDE (dir.), *La notion d'autorité en droit*, Paris, Éditions le Manuscrit, 2014, p. 117.

14. Jan ERK, *Explaining Federalism: State, Society and congruence in Austria, Belgium, Canada, Germany, and Switzerland*, Londres, Routledge, 2008.

nationale qui pourraient menacer son avenir politique¹⁵» qui constitue, depuis longtemps, la tendance lourde. Dans sa déclinaison canadienne, le fédéralisme participe ainsi à promouvoir *une* citoyenneté canadienne et *une* communauté civique, au détriment des autres communautés nationales présentes sur son territoire¹⁶. On fait ainsi face à une distribution inégale de l'influence politique¹⁷, ce qui se transpose, pour les Autochtones, en l'absence de mécanismes formels leur permettant de participer aux échanges et à l'élaboration des politiques. Ultimement, cela nuit inévitablement au développement de leurs cultures sociétales¹⁸.

À cet égard, tel que le soutient avec justesse Martin Papillon, le cas des peuples autochtones dans le contexte fédéral canadien est très différent de celui d'autres communautés nationales minoritaires dans des circonstances similaires – le Québec par exemple –, pour une raison évidente : les Autochtones n'exercent (pratiquement) aucun contrôle sur les unités institutionnelles de la fédération¹⁹. Les peuples autochtones doivent donc être davantage « proactifs pour affirmer leur propre autorité juridictionnelle en tant que souverains coexistant aux côtés²⁰ » des autorités provinciales et fédérales. Pour mobiliser le langage de la nation et de l'autodétermination, ceux-ci « contestent la portée territoriale et les limites légales²¹ » du cadre fédéral canadien.

Toutefois, au niveau tant politique que juridique, n'étant pas considérés comme des partenaires fédératifs à part entière au sein du Canada, les peuples autochtones ont peu de points d'accès

15. E. BROUILLET et A.-G. GAGNON, préc., note 12, p. 81.

16. Joyce GREEN, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme : pour une relecture autochtone du palimpseste canadien », *Politique et société*, vol. 23, 2004, p. 9.

17. John BORROWS, « Living between Water and Rocks: First Nations, Environmental Planning and Democracy », *University of Toronto Law Journal*, vol. 47, 1997, p. 420.

18. Félix MATHIEU, *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 184-206.

19. Martin PAPILLON, « Adapting Federalism: Indigenous Multilevel Governance in Canada and the United States », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 42, n° 2, 2011, 290.

20. *Ibid.* (traduction libre de l'auteur).

21. *Ibid.*

pour contester de l'intérieur les structures et l'architecture du pays²². Le cadre institutionnel limite effectivement les « réponses possibles aux revendications d'autonomie des autochtones²³ ».

Enfin, la capacité du fédéralisme à assurer l'équilibre entre les forces centripètes et centrifuges s'exprime par l'entremise de ses régimes linguistiques, ceux-ci permettant d'illustrer les tensions créatrices au cœur d'une fédération²⁴. Cependant, le cas des Autochtones au Canada est particulièrement singulier à cet effet, en ce que les Premières Nations ne possèdent pas de véritables bases institutionnelles pour exprimer leurs revendications sur le terrain proprement politique. Les mouvements autochtones et gouvernementaux pour la revitalisation des langues et les fondements institutionnels des droits linguistiques autochtones deviennent ainsi des repères d'analyse pertinents pour étudier le potentiel d'habilitation de la diversité que promet le fédéralisme.

2 LA REVITALISATION DES LANGUES AUTOCHTONES : QUEL CONTEXTE ?

Les enjeux qui opposent les populations francophones et anglophones constituent une variable structurante des fondements et de l'évolution de la fédération canadienne. Toutefois, au-delà de ces deux langues, on omet depuis trop longtemps de mettre en lumière la présence d'une douzaine de langues autochtones qui, bien avant les langues de Molière et de Shakespeare, étaient parlées sur l'actuel territoire canadien. On compte présentement quelque 60 langues autochtones au Canada. Celles-ci découlent de 12 familles linguistiques différentes : les 10 Premières Nations, les Métis et les Inuits²⁵. Selon une étude de l'Unesco, la plupart de ces langues sont dans une situation précaire et plusieurs risquent même de disparaître à moyen terme²⁶.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. A.-G. GAGNON, préc., note 10, p. 24.

25. UNESCO, *Atlas of the World's Languages in Danger*, [En ligne], [www.unesco.org/languages-atlas/index.php].

26. *Ibid.*

2.1 Mouvement de réconciliation

Après les travaux réalisés par la Commission royale du Canada sur les peuples autochtones dans les années 1990, la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR) a constitué le fer de lance du mouvement de réconciliation²⁷. Créée officiellement en 2008 dans le cadre de la Convention de règlement relatif aux pensionnats indiens, la CVR s'intéresse aux méfaits historiques ainsi qu'aux conséquences des pensionnats sur la situation contemporaine des communautés autochtones. Parmi ses principaux objectifs figurent notamment la publication d'un rapport dressant le portrait de l'expérience des Autochtones, ainsi que la formulation de recommandations concrètes au gouvernement canadien pour favoriser la réconciliation avec les communautés autochtones²⁸.

Après plusieurs années de travail, la CRV a publié en 2015 le rapport *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*. Documentant les expériences d'environ 150 000 élèves ayant fréquenté les pensionnats indiens, cet ouvrage propose 94 recommandations au gouvernement du Canada. Parmi celles-ci, une section est destinée aux enjeux liés aux langues et aux cultures autochtones. Les recommandations qui y sont faites peuvent se résumer ainsi : (1) reconnaître des droits linguistiques aux communautés autochtones, (2) adopter une loi qui vise à reconnaître que les langues sont une composante fondamentale de la culture, qu'il est urgent de les préserver, qu'il est de la responsabilité du gouvernement canadien de fournir les fonds suffisants à leur revitalisation et que le financement octroyé doit refléter la diversité des conditions autochtones, (3) voir à la nomination d'un commissaire aux langues autochtones et (4) créer des programmes et rendre possible l'attribution de diplômes en langues autochtones dans

27. Colleen SHEPPARD, «Indigenous Peoples in Canada: Understanding Divergent Conceptions of Reconciliation», *Institute for the Study of International Development Aboriginal Policy Study Papers*, 2013, p. 9.

28. *Indian Residential Schools Settlement Agreement*, «Schedule N: Mandate for the Truth and Reconciliation Commission», 8 mai 2006 (résumé des objectifs inspiré du texte de C. SHEPPARD, préc., note 27).

les établissements d'enseignement postsecondaire²⁹. Ces recommandations semblent avoir été bien accueillies par les peuples autochtones. C'est d'ailleurs ce qui en amène plusieurs à exiger leur mise en œuvre³⁰, notamment « pour comprendre les conséquences de l'impérialisme, de la colonisation et l'assimilation sur l'érosion des langues et des cultures³¹ ».

C'est à la suite de la publication de ce rapport que le gouvernement de Justin Trudeau a décidé de mettre de l'avant une série d'initiatives visant à entamer le processus de réconciliation entre l'État canadien et les peuples autochtones. Dans ce contexte, celui-ci a réitéré sa volonté d'adopter une loi sur les langues autochtones, laquelle serait élaborée conjointement avec les communautés concernées³². Cela s'inscrit également dans une réflexion plus générale où le premier ministre insiste sur l'importance des relations avec les premiers peuples, évoquant d'ailleurs qu'« [i]l est temps de renouveler la relation de nation à nation avec les peuples autochtones pour qu'elle soit fondée sur la reconnaissance des droits, le respect, la collaboration et le partenariat³³ ».

À cet égard, le lancement d'un guide de consultation en 2018 sur l'élaboration d'une loi relative aux langues autochtones permet de bien saisir les contours de la vision de l'État canadien relativement à cet enjeu. D'abord, le gouvernement y reconnaît l'importance de la langue comme marqueur identitaire fort, ainsi que la nature intrinsèque des liens entre droits linguistiques et autres types de droits³⁴. Bien que « l'appui par l'intermédiaire de programmes et de politiques [soit] une mesure importante³⁵ », le gouvernement est clair quant au fait que ceux-ci n'offrent

29. COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir: sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 350 (résumé à la lumière des recommandations de la Commission).

30. Ellen GABRIEL (Katsi'tsakwas), « Revitaliser les langues et cultures autochtones », *Revue de la Ligue des droits et libertés*, 2015, p. 38 (traduit de la langue mohawk par Aurélie Arnaud).

31. *Ibid.*

32. GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 5, p. 1.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*, p. 4.

35. *Ibid.*, p. 5.

« aucune garantie à plus long terme, contrairement à des mesures législatives³⁶ ». Or, une action législative en la matière offrirait une réelle reconnaissance de l'importance fondamentale que revêtent les langues autochtones au Canada, tout en permettant de tenir compte

du statut constitutionnel des langues autochtones et de leur importance régionale, des préjudices infligés par le passé aux langues autochtones par certaines politiques et pratiques gouvernementales, ainsi que de la nécessité d'adopter des approches multidimensionnelles³⁷.

Plus encore, une telle action législative pourrait « prévoir les mesures politiques, les mesures programmatiques et les mesures fondées sur les droits nécessaires pour bien soutenir la préservation, la promotion et la revitalisation³⁸ » des langues autochtones.

Parmi les éléments mentionnés comme pouvant faire partie d'une éventuelle loi, le gouvernement souligne l'importance de développer une logique asymétrique pour le traitement des langues, tout en insistant sur l'idée suivant laquelle l'utilisation des langues autochtones soit reconnue en tant que partie intégrante des droits ancestraux, de même qu'en tant qu'élément essentiel de l'identité autochtone³⁹. Il réaffirme en outre le caractère fondamental de ces langues pour l'autodétermination des peuples autochtones⁴⁰.

Ainsi, la flexibilité du cadre juridique, les possibilités d'harmonisation « des lois fédérales relatives aux droits linguistiques autochtones avec celles des provinces et territoires⁴¹ », de même que la possibilité de s'inspirer du développement de programmes et de politiques établies dans certaines provinces pour les appliquer à plus grande échelle, doivent faire partie intégrante de la réflexion⁴². À cet égard, le cas du Nunavut, où la *Loi sur les langues officielles* attribue un statut officiel à six langues autoch-

36. *Ibid.*, p. 5.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 7.

42. *Ibid.*

tones, constitue un exemple intéressant⁴³. De plus, il est pertinent de souligner que l'ancienne ministre du Patrimoine canadien, Mélanie Joly, conclut la présentation de son document de consultation en suggérant que « [l]e message général que l'on peut dégager de toutes ces recommandations est une invitation à décentraliser le financement fourni par le gouvernement fédéral, afin d'accorder aux peuples autochtones plus de contrôle et de pouvoirs décisionnels⁴⁴ ».

À la lumière de ce document, il convient de reconnaître que la perception de l'État canadien face à la revitalisation des langues autochtones se comprend effectivement par l'entremise de « droits » et, plus concrètement, par l'adoption d'une loi permettant d'encadrer et de soutenir la préservation, la promotion et la revitalisation des langues des Premières Nations, des Inuits et des Métis. Ayant pour trame de fond le mouvement de réconciliation entamé par le gouvernement canadien, il est raisonnable d'interpréter cette initiative comme l'un des moyens mobilisés par l'État pour revigorer ses relations avec les nations autochtones.

2.2 La résurgence autochtone

Être indigène aujourd'hui signifie de lutter pour réclamer et régénérer son existence relationnelle basée sur le lieu en défiant les forces destructrices de la colonisation⁴⁵.

Le paradigme de la résurgence autochtone part de l'idée que les Autochtones devraient rétablir et revitaliser leur identité eux-mêmes, et selon leurs moyens⁴⁶. Par définition, la résurgence concerne « l'ensemble des gestes initiés par et pour les indigènes sans que l'État ou le groupe majoritaire ne soit directement impliqué⁴⁷ ». La résurgence a ainsi pour objectif de se détourner de l'Autre – dans ce cas-ci, l'État canadien et la ou les sociétés majoritaires –, en tentant de faire contrepoids aux pratiques qui

43. A.-G. GAGNON, préc., note 10, p. 43.

44. *Ibid.*, p. 12.

45. J. CORNTASSEL, préc., note 7, p. 88 (traduction libre de l'auteure).

46. Alfred Gerard TAIIAIAKE, *Wasáse: Indigenous Pathways of Action and Freedom*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, p. 32.

47. N. PAQUET, préc., note 6, p. 52.

maintiennent le rapport de domination⁴⁸. Elle s'inscrit dans un mouvement qui va du bas vers le haut⁴⁹. Ainsi, le paradigme de la résurgence s'intéresse à la résistance et aux initiatives de revitalisation, considérées comme faisant partie du processus de décolonisation, en ce sens où elles permettent de « modifier la dimension subjective de la relation coloniale en transformant l'identité indigène⁵⁰ ».

Concrètement, le courant de pensée de la résurgence indigène met de l'avant la revitalisation sélective d'éléments clés⁵¹, de façon à (re)créer une identité et un cadre institutionnel qui est autant enraciné dans la tradition qu'adapté « à la réalité politique moderne⁵² ». En ce sens, les initiatives de revitalisation des langues autochtones par les peuples eux-mêmes sont intrinsèquement liées à la résurgence indigène. Pour l'universitaire mohawk Taiaiake Alfred, les langues autochtones sont porteuses de connaissances et de façons de penser originales pour comprendre la terre et les histoires spirituelles, mais aussi pour interpréter le sens des fêtes et des cérémonies⁵³. Il va de soi que ces connaissances seront perdues si rien n'est fait pour préserver les langues qui les véhiculent.

Pour bien comprendre la place qu'occupe la revitalisation des langues autochtones dans la résurgence, il convient de se référer aux réflexions d'Edward Spicer et de Robert K. Thomas⁵⁴. Ceux-ci proposent une « matrice » ou grille d'analyse, composée de quatre éléments qui sont étroitement liés, interdépendants et

48. *Ibid.*, p. 47.

49. *Ibid.*, p. 84.

50. *Ibid.*, p. 52.

51. Alfred Gerard TAIAIAKE, *Heeding the Voices of Our Ancestors: Kahnawake Mohawk Politics and the Rise of Native Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 179.

52. N. PAQUET, préc., note 6, p. 46.

53. A.G. TAIAIAKE, préc., note 46.

54. Edward H. SPICER, *The Yakuis: A Cultural History*, Tucson, University of Arizona Press, 1980, p. 576-580; Robert K. THOMAS, « The Tap-Roots of Peoplehood », dans Daphne J. ANDERSON, *Getting to the Heart of the Matter: Collected Letters and Papers*, Vancouver, Native Ministries Consortium, 1990, p. 25-32.

en interrelation continuelle⁵⁵. Ces éléments sont le langage, l'histoire sacrée, la connexion à la terre et les cycles de cérémonie. Cette matrice est utile en ce qu'elle permet de distinguer la pensée des peuples autochtones en tant que groupes distincts et de les classer séparément des autres groupes minoritaires en Amérique du Nord⁵⁶.

Dans cette matrice, la langue est vue comme l'élément qui permet d'emmagasiner les connaissances liées à l'histoire sacrée et aux cérémonies. C'est également le médium qui permet de nourrir la relation avec la terre et l'environnement. Inscire la langue dans cette matrice permet alors de comprendre l'importance que leur revitalisation peut avoir pour les nations autochtones, ainsi que pour la résistance. Dès lors, même si plusieurs de ces langues sont aujourd'hui dans une situation critique, cela ne change rien au fait qu'elles continuent d'être vitales pour les communautés⁵⁷. En participant à la subversion de l'idée selon laquelle les nations autochtones se définissent d'abord dans leur relation avec l'État canadien, cela contribue également à cerner la revitalisation des langues autochtones comme un acte d'anti-impérialisme⁵⁸. De plus, en se réappropriant leur langue ancestrale, ses locuteurs affirment leur vision d'eux-mêmes, de leur monde et de leur culture, d'une manière qui limite la capacité de l'État à contrôler leurs pensées, leurs valeurs, leur identité et leurs croyances⁵⁹.

Par ailleurs, une importante différence de « nature » existe entre les langues autochtones au Canada et la langue majoritaire. D'une part, les langues autochtones sont fondées sur l'action, contrairement à l'anglais, qui est plutôt basée sur la dénomination et la catégorisation des personnes, des lieux et des choses⁶⁰. D'autre part, les langues des Premières Nations, des Inuits et des Métis sont « structurées différemment des langues nées ailleurs,

55. Tamie COLEMAN, *Idle No More: Indigenous Resurgence as Revitalization*, thèse de doctorat, Université de Waterloo, Ontario, 2016.

56. *Ibid.*, p. 62.

57. *Ibid.*, p. 64.

58. A.G. TAIAIAKE, préc., note 46, p. 248.

59. T. COLEMAN, préc., note 55, p. 80.

60. *Ibid.*, p. 75.

parce qu'elles sont fondées sur les relations⁶¹ ». Cela signifie que la langue, la culture, les valeurs spirituelles et le sentiment d'identités de ces nations sont des concepts inséparables et qu'il est impossible de favoriser la préservation de l'un de ces éléments pris à part⁶².

Par exemple, cela se transpose concrètement dans le fait que les connaissances sont intégrées dans la langue elle-même⁶³. Les recherches de Tamie Coleman offrent un témoignage intéressant de cet aspect des langues autochtones. Citant l'activiste mohawk Amy Smoke, elle donne l'exemple d'une langue parlée en Colombie-Britannique, pour laquelle le mot gingembre se traduit littéralement par « dispositif pour le cœur⁶⁴ », ce qui est relatif à l'idée selon laquelle le gingembre est bon pour la santé du cœur. Le langage des Micmacs offre par ailleurs une multitude d'exemples similaires, notamment pour ce qui est des concepts liés aux écosystèmes et à la résolution de conflits⁶⁵.

Ainsi, la revitalisation des langues apparaît comme un outil indispensable pour permettre aux nations autochtones de décoloniser leur pensée en remodelant leur compréhension du monde selon leurs propres paramètres⁶⁶. L'utilisation des langues ancestrales s'avère une façon de réclamer leur manière d'être et de vivre leur existence indigène libre des repères imposés par le colonisateur⁶⁷.

3 UNE DOMINATION NORMATIVE

Quelques éléments suffisent pour comprendre que les conceptions normatives des Autochtones à l'égard du fédéralisme n'ont

61. GROUPE DE TRAVAIL SUR LES LANGUES ET LES CULTURES AUTOCHTONES, *Premier rapport en vue d'une stratégie de revitalisation des langues et des cultures des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, p. ii.

62. *Ibid.*

63. T. COLEMAN, préc., note 55, p. 75.

64. *Ibid.*, p. 74.

65. Laurence J. KIRMAYER et autres, « Rethinking Resilience from Indigenous Perspectives », *La Revue canadienne de psychiatrie*, vol. 56, n° 2, 2011, p. 84, à la page 86.

66. A.G. TAIATAKE, préc., note 46, p. 245.

67. T. COLEMAN, préc., note 55, p. 80.

pas informé la structure fédérale canadienne. D'abord, mentionnons l'absence de délégués autochtones lors des conférences de Charlottetown et de Québec en 1864 durant les discussions qui ont servi à établir les fondements de la fédération canadienne⁶⁸. Ensuite, rappelons que l'article 91 (24) de *Loi constitutionnelle de 1867* stipule que « les Indiens et les terres réservées aux Indiens » sont de *compétence* fédérale. Dans la même lignée, la perception dominante à l'époque voulait que les Autochtones se résument à un « problème à résoudre ». Ces exemples illustrent bien le fait que les dirigeants de l'époque ne souhaitaient pas intégrer les Autochtones dans le processus de définition de l'être et du devenir canadien. Plus encore, ils montrent que ces nations étaient bel et bien considérées comme des objets, et non comme des sujets à part entière pouvant légitimement participer à l'édification de la fédération canadienne⁶⁹.

Ces quelques éléments suffisent pour comprendre que la fédération canadienne s'est construite notamment par la domination des peuples autochtones. Or, en plus d'avoir cherché à contrôler leurs vies et à contenir l'autonomie dont ils pouvaient disposer, on peut aussi affirmer que la fédération canadienne s'est construite par l'entremise d'une « domination normative ». C'est-à-dire que le Canada s'est bâti à partir des conceptions normatives de certains groupes, en faisant taire celles d'autres groupes, et en prétendant même pouvoir contrôler les façons de penser de ces derniers.

3.1 La *Loi sur les Indiens*

C'est dans ce contexte que la *Loi sur les Indiens* a été promulguée. Avec pour principaux objectifs de « civiliser, protéger et assimiler » les populations autochtones, cette loi, dont les origines remontent à 1876, est intrinsèquement liée à la conception normative englobante qui guidait les actions du gouvernement du

68. Martin PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 464.

69. *Ibid.*

Canada. Comme l'explique bien Ken Coates, les objectifs de cette loi

étaient liés au fait que le gouvernement du Canada considérait les Autochtones comme des pupilles de l'État, que les collectivités et les gouvernements autochtones étaient incapables de gérer leurs affaires, que la nation a fini par chercher à intégrer les cultures autochtones à la société canadienne, et que les premiers peuples devaient être séparés du reste de la société canadienne jusqu'à ce qu'ils soient prêts pour la transition⁷⁰.

En fait, la *Loi sur les Indiens* a permis au gouvernement fédéral de centraliser les pouvoirs nécessaires pour contrôler la vie des Autochtones⁷¹. Entre autres, elle confère à Ottawa les pouvoirs nécessaires pour aménager leurs terres, leurs ressources et leur commerce⁷². Elle permet même au gouvernement fédéral d'influencer significativement le développement de leurs cultures, et ainsi d'augmenter leur dépendance à son égard⁷³. Considérant les Autochtones comme des «êtres inférieurs», cette loi leur conférait en outre moins de droits qu'aux autres Canadiens.

La structure actuelle des gouvernements autochtones, tout comme le système des réserves, est également issue de la *Loi sur les Indiens*⁷⁴. Les pouvoirs que les chefs et les conseillers de bande possèdent leur sont conférés en vertu de cette loi ; ils proviennent donc d'une norme adoptée par l'État canadien, plutôt que de leurs propres systèmes politiques traditionnels.

Malgré cela, il demeure que, pour plusieurs Autochtones au Canada, la *Loi sur les Indiens* définit, par défaut, «le seul mode de gouvernance et de gestion viable des affaires autochtones, si on fait exception des traités modernes⁷⁵». En d'autres mots, elle établit l'ensemble du cadre institutionnel concernant la gouvernance des Autochtones au Canada.

70. Ken COATES, «La Loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada», *Papier de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières Nations* (CNGPN), 2008, p. 2.

71. *Ibid.*, p. 4.

72. *Ibid.*, p. 3.

73. *Ibid.*, p. 4.

74. *Ibid.*, p. 11.

75. *Ibid.*

Ainsi, bien que ce système soit grandement critiqué par les Autochtones eux-mêmes, il reste que, pour plusieurs, la *Loi sur les Indiens* ne peut être abolie qu'«après la mise en place d'un système contrôlé par les Autochtones et appuyé par des engagements financiers et légaux fermes et constants de la part du gouvernement fédéral⁷⁶». Son abrogation pourrait potentiellement ouvrir la porte à ce que l'État canadien détienne encore plus de pouvoirs sur les Autochtones.

À cet égard, il est important de noter que la *Loi sur les Indiens* a été à la source de plusieurs mobilisations autochtones au cours du xx^e siècle⁷⁷. Les multiples protestations politiques, pétitions et contestations juridiques engagées par les Autochtones illustrent donc que la résistance n'est pas quelque chose de nouveau. Par contre, au début des années 1960, les mobilisations autochtones attiraient peu l'attention médiatique et populaire. Il convient toutefois de constater que, depuis la fin du xx^e siècle – et, surtout, depuis le début du xxi^e siècle –, le paysage politique canadien est marqué par un intérêt plus prononcé pour les enjeux autochtones⁷⁸.

Or, on observe désormais que la *Loi sur les Indiens* ne revêt plus la même importance aux yeux des acteurs autochtones. D'importants changements sont discutés et se mettent lentement en place. Ceux-ci permettent de plus en plus de délaisser l'importance de cette loi. Ils participent également à changer la structure politique et administrative des nations autochtones⁷⁹. Par exemple, on peut mentionner le remplacement des réserves au Yukon – régies par la *Loi sur les Indiens* – par des terres octroyées grâce à des ententes entre l'État canadien et les «Indiens⁸⁰». La mise en place d'un gouvernement régional consensuel à la Baie-James s'inscrit dans une mouvance similaire⁸¹.

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*, p. 5.

78. Voir à cet effet le chapitre de Jean-Olivier Roy dans le présent ouvrage.

79. K. COATES, préc., note 70, p. 33.

80. *Ibid.*, p. 18.

81. Geneviève MOTARD, «Le Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie James: une forme novatrice de gouvernance consensuelle au Canada», dans Loleen BERDAHL, Carolyn TUOHY et André JUNEAU (dir.), *Régions*,

Malgré ces changements, il reste que la *Loi sur les Indiens* a eu et a toujours un effet considérable et néfaste sur les Autochtones du Canada. Elle demeure la « pierre angulaire de la politique canadienne visant les Autochtones⁸² ». En effet, peu importe les changements qu'on semble vouloir apporter, elle est « à la fois un symbole de domination culturelle et politique [...], la cause de bien des souffrances et de bien des découragements chez les Autochtones, ainsi que de la perte de leur culture⁸³ ».

3.2 Les droits ancestraux et les droits linguistiques

De même, lorsqu'on s'intéresse aux enjeux autochtones, on ne peut passer à côté de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Celui-ci confirme l'existence de droits particuliers pour les peuples autochtones et en commande le respect. Concrètement, il prévoit que « [l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Toutefois, le contenu de ces droits n'est pas précisé, ce qui laisse une importante marge de manœuvre aux tribunaux⁸⁴.

Considérant que les droits liés à la culture sont reconnus, il serait néanmoins possible de comprendre les langues comme étant corollaires de ceux-ci⁸⁵. La Cour suprême reconnaît d'ailleurs dans son *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* que la langue joue un rôle essentiel dans la vie des individus. Plus encore, le principe de protection des minorités présenté dans le *Renvoi* permettrait d'interpréter l'article 35 de façon à y reconnaître des droits pour les langues autochtones⁸⁶. La jurisprudence canadienne permet également de soutenir que les droits ancestraux confèrent des droits linguistiques aux Autochtones⁸⁷.

ressources et résilience: état de la fédération 2012, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 145.

82. K. COATES, préc., note 70, p. 32.

83. *Ibid.*, p. 20.

84. André BRAËN, «Le statut des langues autochtones au Canada: le cas de l'Inuit au Nunavut», *Revue du Barreau canadien*, vol. 87, n° 3, 2006, p. 749.

85. *Ibid.*, p. 749.

86. *Ibid.*, p. 750.

87. Charlotte SERVANT-L'HEUREUX, «Protection constitutionnelle des droits linguistiques des autochtones eu égard aux obligations internationales du

En principe, la Constitution canadienne ne limite donc pas l'octroi de droits supplémentaires à d'autres langues que l'anglais et le français⁸⁸. En fait, la *Loi sur les langues officielles* « ne fait point obstacle au maintien et à la valorisation de ces autres langues⁸⁹ », alors que l'article 35 « fixe le cadre juridique applicable aux langues autochtones⁹⁰ ». L'octroi de droits supplémentaires à une autre langue que les deux langues officielles ne serait donc pas contraire à la Constitution. Plutôt, une telle mesure trouverait des bases juridiques solides dans le cadre constitutionnel canadien.

Dans la même lignée, bien que la compétence fédérale énumérée au paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* rende le gouvernement fédéral « responsable de l'adoption des lois portant sur l'indianité ou la *quiddité indienne* », cela n'empêche pas que les provinces assurent une protection juridique aux Autochtones⁹¹. Malgré cela, il demeure que peu de provinces et d'autorités fédérales accordent une protection juridique suffisante, et encore moins satisfaisante, aux langues autochtones⁹².

3.3 Les cas du Nunavut et du Québec

Les cas du Nunavut et du Québec permettent de bien illustrer les effets potentiels de la mise en place d'actions législatives visant la préservation des langues autochtones. Le cas du Nunavut constitue d'abord un objet d'étude intéressant pour comprendre l'influence que peut avoir l'attribution d'un statut égal à une langue autochtone face aux langues française et anglaise. La reconnaissance de la langue inuite en 2008 comme langue officielle sur le territoire du Nunavut a constitué une avancée importante, sur le plan juridique, pour les Premières

Canada », *Observatoire national en matière de droits linguistiques*, [En ligne], [odl.openum.ca/servantlheureux/].

88. A. BRAËN, préc., note 84, p. 751.

89. *Ibid.*, p. 750.

90. *Ibid.*

91. Geneviève MOTARD et Mathieu-Joffre LAINÉ, « Territoire, espace public et langues autochtones : le cas du Québec », dans A.-G. GAGNON et P. NOREAU (dir.), préc., note 12, p. 262.

92. *Ibid.*, p. 260.

Nations⁹³. Toutefois, le déclin de cette langue autochtone au profit de l'anglais sur ce territoire semble contredire les bienfaits d'une telle avancée dans le contexte canadien. Pour Alain-G. Gagnon, c'est «la force d'attraction de l'anglais [qui] constitue un des plus grands défis pour ces communautés en quête de repères identitaires⁹⁴». Ainsi, les retombées des actions législatives pour la préservation des langues autochtones demeurent questionnables dans un contexte fédéral où la langue de la majorité, l'anglais, constitue l'avenue la plus prometteuse, donc la plus attirante, pour les jeunes générations autochtones⁹⁵.

Dans le cas du Québec, on retrouve d'abord plusieurs énoncés de principe qui permettent d'attribuer une reconnaissance symbolique aux langues autochtones qui sont parlées dans la province⁹⁶. Bien qu'ils aient une portée interprétative importante, ceux-ci «n'obligent cependant pas l'État à prendre des actions concrètes empêchant de porter atteinte aux droits linguistiques des peuples autochtones [...] ni de favoriser la connaissance et la transmission d'une ou des langues autochtones⁹⁷». On retrouve en outre de multiples mesures de soutien et des programmes gouvernementaux visant, soit directement, soit indirectement, les langues autochtones. Ceux-ci réussissent à avoir une influence significative sur la revitalisation et la préservation des vernaculaires⁹⁸.

À titre d'exemples, le programme de la Commission de toponymie du Québec ainsi que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les Autochtones* participent au renforcement des cultures autochtones⁹⁹. Néanmoins, comme le soutiennent Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé, ces programmes sont parfois mal ficelés et manquent souvent de financement¹⁰⁰. En fait, bien que l'on reconnaisse les droits linguistiques fondamentaux des peuples autochtones, «quand il s'agit de passer

93. A.-G. GAGNON, préc., 10, p. 44.

94. *Ibid.*, p. 45.

95. *Ibid.*

96. G. MOTARD et M.-J. LAINÉ, p. 264-267.

97. *Ibid.*, p. 267.

98. *Ibid.*, p. 268 et 269.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*, p. 270.

à l'action, les dispositions sur les langues autochtones restent vagues, sans directives claires pour les mettre en pratique ni pour les financer¹⁰¹». Couplé à leur «quasi-invisibilité dans l'espace public¹⁰²», la reconnaissance des droits linguistiques peine à suffire pour assurer une pleine revitalisation des langues autochtones.

3.4 La position du gouvernement fédéral

Les propositions du gouvernement canadien dans son document de consultation de 2018 ne semblent pas constituer une promesse d'action, alors que ses initiatives de revitalisation des langues s'inscrivent quant à elles dans un processus contemporain de domination envers les Autochtones. À la lumière des cas du Québec et du Nunavut, l'approche du gouvernement canadien devrait donc susciter quelques questionnements. D'un côté, la reconnaissance de droits linguistiques au Québec ne semble pas tout à fait se traduire en actions concrètes. De l'autre, l'attribution d'un statut officiel à la langue inuite ne semble pas être suffisante pour contrebalancer l'attrait pour la langue majoritaire, l'anglais. En ce sens, est-ce que l'adoption d'une loi par le gouvernement fédéral aurait réellement les répercussions positives escomptées ?

Plus fondamentalement encore, la question qui devrait nous préoccuper est celle-ci : l'adoption de telles mesures législatives à l'échelle canadienne, de façon unilatérale par le gouvernement central, est-elle légitime en contexte fédéral ? Bien que tout ce qui concerne les Autochtones soit de «compétence» fédérale, n'est-il pas problématique que le gouvernement central tente de mettre en place un cadre législatif qui devra par la suite être appliqué – du moins partiellement – par les provinces ? En plus de ne pas assurer une prise d'actions concrètes, cette entreprise ressemble davantage à celle d'un partenaire qui délègue ses responsabilités (et les coûts qui s'ensuivent), tout en souhaitant s'appropriier les mérites de la réconciliation. Cela constitue l'illustration parfaite d'une communauté majoritaire qui impose sa façon de faire aux communautés minoritaires. Plus encore, cela témoigne de l'in-

101. *Ibid.*, p. 278.

102. *Ibid.*

capacité du fédéralisme canadien à assurer le plein essor de sa diversité nationale profonde et constitutive.

À cet égard, Motard et Lainé écrivaient en 2017 que le gouvernement fédéral finance depuis longtemps des programmes visant à revitaliser les langues autochtones¹⁰³, mais qu'en contrepartie ces programmes « ne sont malheureusement pas toujours récurrents et [que] la pérennité de leur financement n'est pas assurée¹⁰⁴ ». C'est d'ailleurs ce qui les amène à soutenir que seule une autodétermination accrue des peuples autochtones permettrait d'assurer la survie de leur langue. En ce sens, il semble d'un grand optimisme de croire qu'une loi, à elle seule, pourrait changer cette situation de manière satisfaisante ; que du jour au lendemain l'État canadien assurera un financement continu de la revitalisation des langues autochtones.

Par ailleurs, la volonté d'adopter des lois, de mettre en place des programmes et de décentraliser le financement semble s'inscrire en parfaite continuité avec la tendance centralisatrice canadienne à l'égard des Autochtones : délimiter le champ des possibilités, faire administrer ses propres lois par les groupes minoritaires sans que ceux-ci soient directement engagés dans le processus d'élaboration des politiques publiques, ainsi que faire taire les revendications d'autodétermination. En plus d'imposer sa vision, il semble que le gouvernement canadien cherche à camoufler les véritables demandes d'autonomie par l'octroi de droits qui ne changent en rien le *statu quo*¹⁰⁵.

Or, il faut insister sur l'importance, pour le mouvement de résurgence autochtone, que la revitalisation des langues autochtones vienne de pair avec l'attribution de droits territoriaux conséquents¹⁰⁶. Les langues autochtones ont effectivement « besoin d'un espace d'autonomie afin de se maintenir sur les

103. *Ibid.*, p. 270.

104. *Ibid.*

105. Voir à cet égard la lettre ouverte de Joyce GREEN et Gina STARBLANKET, « Recognition of Rights Framework risks terminating rights for Indigenous Peoples », *Regina Leader-Post*, [En ligne], [leaderpost.com/opinion/columnists/recognition-of-rights-framework-risks-terminating-rights-for-indigenous-people].

106. G. MOTARD et M.-J. LAINÉ, préc., note 91, p. 278.

territoires où elles sont bel et bien employées et de retrouver un jour leur vigueur¹⁰⁷ ». La prise en compte des perspectives autochtones à l'égard de leur langue, qui se traduit précisément dans le mouvement de la résurgence, est essentielle pour assurer le développement de cette diversité nationale. Pour cette raison précise, le fédéralisme canadien devrait garantir cette prise en compte. De plus, une pleine reconnaissance de droits de peuples autochtones, tant linguistiques que territoriaux, serait, à mon avis, un pas significatif vers le renouvellement d'une véritable relation « de nation à nation » avec ceux-ci.

CONCLUSION : L'INCAPACITÉ DU FÉDÉRALISME CANADIEN ET LA VOIE VERS LA DÉCOLONISATION

Le fédéralisme canadien ne se montre pas accommodant à l'endroit de l'ensemble de sa diversité constitutive. À cet égard, le cas des communautés autochtones confirme ce constat. La mise en tension de la perspective canadienne avec celle des Autochtones, qui est véhiculée par l'entremise du mouvement de résurgence, a permis de constater que l'adoption de lois visant la revitalisation des langues autochtones semble davantage s'inscrire dans une volonté du gouvernement canadien de définir, encore une fois, le terrain de la lutte. En plus de ne pas permettre aux Autochtones d'exercer le contrôle sur une ou des unités constituantes de la fédération, la structure institutionnelle fédérale canadienne limite, de façon importante, les réponses possibles que le fédéralisme peut offrir.

Des gestes de résurgence autochtone, dont la revitalisation de leurs langues, ont ainsi été déployés afin de lutter contre ce cadre institutionnel limitatif, mais également afin d'échapper aux forces culturelles et politiques de la communauté majoritaire et dominante. Cela constitue, en soi, l'argument le plus crédible pour souligner à quel point le groupe majoritaire doit cesser d'essayer de contrôler et de déterminer les conditions dans lesquelles les Autochtones peuvent agir et évoluer. Sans soutenir que l'État canadien ne doit rien faire, l'idée est plutôt d'insister sur la nécessité que le fédéralisme canadien soit repensé de façon à attribuer

107. *Ibid.*, p. 292.

aux peuples autochtones un véritable espace d'autonomie. Cela est nécessaire pour que ceux-ci puissent de nouveau affirmer leur identité distincte.

Dans sa forme actuelle, bien plus que d'être un véritable levier d'habilitation pour la diversité profonde, le fédéralisme canadien continuera d'imposer des limites significatives aux peuples autochtones. Comme le montre le cas de la revitalisation de leurs langues, il y aura toujours un risque « d'assimilation tranquille » si le fédéralisme canadien n'est pas ré-imaginé en tenant pleinement compte des perspectives autochtones.

Dès lors, il m'apparaît insensé de soutenir que le fédéralisme canadien réponde adéquatement aux réalités sociétales et politiques. Plus encore, il me semble incongru d'affirmer que la fédération canadienne offre un cadre institutionnel qui permet aux nations autochtones de s'épanouir et de développer leurs projets sociétaux. Il est même inquiétant de penser que la conception normative du fédéralisme qui a nourri l'architecture institutionnelle canadienne soit perçue comme ayant facilité la participation à la démocratie.

Le risque d'une « assimilation tranquille » des peuples autochtones est-il insurmontable ? Les idées et les représentations qui ont façonné l'architecture institutionnelle peuvent être déconstruites et reconstruites de façon à mettre en place un système fédéral qui répondra plus fidèlement au contexte sociétal et politique de l'association politique canadienne. Autrement dit, malgré les risques que fait courir le fédéralisme canadien pour l'épanouissement des langues autochtones, il demeure nécessaire et urgent de les revitaliser. Dans le contexte actuel, où les Autochtones occupent une place importante dans les débats publics et politiques, et où les dynamiques de résurgence autochtone prennent de l'ampleur, la conjoncture semble favorable pour que de nouvelles manières de concilier les différentes perspectives qui bouillonnent dans cet État multinational soient discutées sereinement et sérieusement. Les principes signalés par le *Renvoi* offrent à cet égard un terrain fertile pour ré-imaginer un Canada qui s'élèverait au-dessus d'une vision binationale, voire mononationale.

À ce titre, je suis d'avis que cette réflexion doit se réaliser par l'entremise d'un prisme décolonial. L'idée serait alors de toujours

tenir compte de la réalité et du passé colonial envers les peuples autochtones qui évoluent dans le contexte canadien. D'un côté, le fait d'adopter une position décoloniale assure la remise en cause des fondements normatifs de la fédération canadienne et permet, ultimement, d'en (re)construire de nouveaux, qui seraient plus équitables. De l'autre, en soulignant l'importance de «décoloniser» le Canada, cette lentille théorique a pour vocation de subvertir la réalité coloniale afin qu'elle devienne une force et un lieu où il est possible de déterminer des pistes de solutions en vue d'une reconstruction plus hospitalière à l'endroit de toutes et tous.

PARTIE 2

LE PRINCIPE DÉMOCRATIQUE AU CANADA,
DU POUVOIR CONSTITUANT À LA DÉMOCRATIE AUTOCHTONE

Démocratie et pouvoirs constituant dans les sociétés plurinationales : quelques problèmes de théorie politique

GENEVIÈVE NOOTENS*

Le pouvoir constituant est asservi à la forme constitutionnelle, dans la seule compréhension « réaliste » du constitutionnalisme, la compréhension qui garantit un ordre qui ne remet en cause ni son affiliation, en dernier ressort, aux structures étatiques ni son affinité avec les structures capitalistes.

Emilio CHRISTODOULIDIS¹

Qu'est-ce que cela pourrait signifier que de reconstruire le monde juridique et politique sans référer aux conceptualisations, idéalizations et postulats conventionnels liés au paradigme de l'État et de la souveraineté ?

Mathias KUMM²

L'ouvrage dans lequel s'inscrit ce chapitre veut favoriser, à l'occasion du 20^e anniversaire du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³, une réflexion sur les principes fondamentaux présentés par la Cour suprême comme les « prémisses inexpri-

* Professeure en science politique au Département des sciences humaines, Université du Québec à Chicoutimi.

1. Emilio CHRISTODOULIDIS, « Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus », dans Martin LOUGHLIN et Neil WALKER (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 189 (traduction libre de l'auteure).
2. Mathias KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism In and Beyond the State », dans Jeffrey L. DUNOFF et Joel P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 261 (traduction libre de l'auteure).
3. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après « Renvoi »).

mées» de l'ordre constitutionnel canadien: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. L'intention de cet ouvrage est de réfléchir sur ces principes afin d'en actualiser la pertinence pour imaginer le Canada sur des bases proprement multinationales. On se rappellera en effet que la Cour stipule dans le *Renvoi* que ce sont ces principes qui doivent guider l'appréciation globale des droits et obligations qui entreraient en jeu «si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession⁴». La Cour considère ces principes comme implicites de par la nature même d'une constitution; de plus, elle précise qu'aucun de ces principes n'est absolu, et qu'aucun ne peut exclure les autres.

La présente contribution porte plus précisément sur le principe de démocratie. Avant de proposer une réflexion sur la manière dont on peut actualiser le principe de démocratie pour imaginer un Canada qui embrasse pleinement son caractère multinational, soulignons qu'on peut retenir du *Renvoi* essentiellement quatre éléments concernant le principe de démocratie en tant que tel:

- I. Il s'agit d'une «valeur fondamentale de notre culture juridique et politique⁵».
- II. Il comporte un aspect institutionnel (les corps législatifs librement élus) et un aspect individuel. «En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage populaire⁶.» La démocratie renvoie donc au droit de voter et d'être candidat aux élections. Autrement dit, elle signifie «le mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu'électeurs⁷».
- III. Le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion, qui est exprimé dans la *Loi constitutionnelle de 1982* par le fait de conférer à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une propo-

4. *Ibid.*, par. 148.

5. *Ibid.*, par. 61.

6. *Ibid.*, par. 65.

7. *Ibid.*

sition de modification constitutionnelle⁸. Ce droit impose aux autres participants l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles « pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre⁹ ». La Cour suprême précise d'ailleurs que « la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les autres parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé¹⁰ ».

- IV La démocratie exprime la volonté souveraine du peuple¹¹. Cependant, l'expression de cette volonté doit être considérée dans le contexte des trois autres principes. Ainsi,
- i. aucune majorité n'est plus ou moins légitime que les autres (quoique les conséquences de son expression varieront selon la question en jeu¹²). Le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique; le fédéralisme permet aux citoyens « de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral¹³ »;
 - ii. « la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le respect du principe de la primauté du droit¹⁴ ». « C'est la loi qui crée le cadre dans lequel la "volonté souveraine" doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques¹⁵ »;
 - iii. la constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada, mais elle est placée hors de portée de la règle de la majorité simple. Prétendre que le peuple peut, dans l'exercice de la souveraineté populaire, faire sécession par un vote majoritaire revient à méconnaître le

8. *Ibid.*, par. 69.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, par. 88.

11. *Ibid.*, par. 66.

12. *Ibid.*, par. 66.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, par. 67.

15. *Ibid.*

sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle¹⁶. La Cour invoque ici le principe voulant que notre système ne soit pas régi par la seule règle de la majorité; elle affirme aussi que les représentants politiques du peuple (des gens) d'une province peuvent, au nom de cette dernière, s'engager à respecter les règles constitutionnelles qui définissent la majorité devant être consultée quand on veut modifier les règles fondamentales. Les règles constitutionnelles peuvent être modifiées, « mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la constitution¹⁷ »;

- iv. le pouvoir constituant appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement¹⁸;
- v. l'État canadien représente l'ensemble du ou des peuples résidant sur son territoire, sans discrimination, et respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes¹⁹.

Dans ce chapitre, je défendrai l'idée que le *Renvoi* table sur un certain nombre de postulats qui, en réalité, contribuent à freiner la démocratisation de la fédération canadienne. Je vais d'abord souligner certains de ces postulats, qui mettent en lumière trois partis pris qui traversent le *Renvoi* – des partis pris qui, de mon point de vue, constituent des obstacles à une démocratisation plus poussée de la fédération canadienne. Je présenterai ensuite trois enjeux importants de théorie politique relatifs à ces partis pris, des enjeux qu'il faut exposer explicitement pour pouvoir réfléchir sur la démocratisation des communautés politiques hétérogènes. Enfin, à la lumière de ces enjeux, je proposerai quelques pistes de réflexion quant à la démocratisation de la politique publique dans les sociétés plurinationales.

16. *Ibid.*, par. 75.

17. *Ibid.*, par. 76.

18. *Ibid.*, par. 88. Notons que la version anglaise parle de *constitution-making* et non de *constituent power*. Les deux expressions ne sont pas nécessairement équivalentes en anglais.

19. *Ibid.*, par. 154.

1 UN « PRINCIPE DE DÉMOCRATIE » ?

Au moins cinq aspects du *Renvoi* imposent d'interroger la portée du principe de démocratie invoqué par la Cour. Le premier concerne la règle de la majorité. L'idée que la démocratie ne se réduit pas à la règle de la majorité est relativement peu contestée. Comme l'explique J. Ober, *kratos* réfère en effet au pouvoir entendu au sens de capacité de réaliser des choses, et *demos* au corps constitué, à un « "public" collectivement capable de reconstituer le domaine public par l'action²⁰ ». On est également en terrain sûr lorsqu'on insiste sur le respect des droits individuels et des minorités comme étant une composante incontournable de la démocratie – à cet égard, le rôle des tribunaux est fondamental. La démocratie consiste en effet en des relations larges, égales, protégées et contraignantes entre les pouvoirs publics et ceux qui y sont soumis ; un régime qui ne respecte pas les droits individuels et autorise que les inégalités sociales défavorisant les minorités se traduisent en inégalités politiques ne se qualifie pas de démocratique, de ce point de vue²¹. Ce qui pose problème dans le *Renvoi*, en fait, c'est plutôt le fait qu'il défende des institutions qui perpétuent l'asymétrie des rapports de pouvoir, une asymétrie qui désavantage systématiquement certaines minorités (dans ce cas-ci, la nation québécoise). Autrement dit, il contient un parti pris majoritaire qui bénéficie à la société dominante et au pouvoir central.

Deuxièmement, la Cour réduit le principe démocratique essentiellement au fonctionnement des institutions représentatives. Or, l'exercice démocratique dépend d'un exercice de participation populaire qui se prolonge jusqu'aux frontières de la politique institutionnalisée et parfois au-delà, dans la contestation même des termes de l'inclusion à la communauté politique. Ce n'est qu'après coup, dans la formulation de nouveaux compromis et de leur institutionnalisation, que ces revendications sont parfois incluses dans notre définition de la démocratie ;

20. Josiah OBER, « The Original Meaning of "Democracy": Capacity to Do Things, Not Majority Rule », *Constellations*, vol. 15, n° 1, 2008, p. 7.

21. Bien entendu, il faut considérer la question non pas en termes absolus (démocratique/non démocratique) mais plutôt sur un éventail de positions se situant entre ces deux extrêmes.

pensons par exemple au mouvement pour les droits civiques ou encore aux luttes qui ont permis aux femmes d'obtenir le droit de vote. Les institutions représentatives ne sont qu'un aspect de la vie démocratique. De plus, sous leur forme particulière, elles ne représentent qu'une manière possible d'incarner la participation politique des citoyens (la démocratie libérale est une forme de démocratie). Le *Renvoi* véhicule donc une conception relativement limitative de la démocratie.

Troisièmement, la Cour passe sous silence l'existence de nations minoritaires; la seule allusion à une nation est à celle qui fut créée en 1867²². Le Québec est ramené à une minorité culturelle ou linguistique qui constitue la majorité dans une province donnée²³. Il s'agit là d'une stratégie utilisée par les États pour minimiser les répercussions des revendications des nations minoritaires puisqu'on nie alors leur statut politique (la revendication à l'autodétermination qui est au cœur même de la nation) en présentant la nation minoritaire comme un groupe culturel ou linguistique²⁴. Dans la mesure où l'autogouvernement démocratique constitue un bien relié au sentiment de former une nation (dont on ne peut pas présumer qu'elle coïncide avec l'État englobant) et où il comporte une représentation de ce qui fait d'un groupe de gens une communauté politique (pas simplement un agrégat d'individus), ne pas reconnaître ce statut constitue un déni de démocratie.

Quatrièmement, la Cour reconnaît le dialogue constitutionnel comme faisant partie de l'exercice démocratique continu, mais ne balise pas cet exercice autrement que par les règles constitutionnelles existantes, qui sont traversées par un parti pris profitant à l'État fédéral et à la société dominante – un parti pris dont elle ne prend pas acte. De nouveau, elle laisse donc le sort de certains groupes aux mains de la société dominante.

22. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 43.

23. *Ibid.*, par. 59.

24. Geneviève NOOTENS, «Can Non-Territorial Autonomy Bring an Added Value to Theoretic and Policy-Oriented Analysis of Ethnic Politics?», dans Tove H. MALLOY et Francesco PALERMO (dir.), *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 39 et 40; Tove H. MALLOY, *National Minority Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Enfin, signalons aussi que la Cour ne développe pas explicitement de théorie du pouvoir constituant, sauf pour dire que ce sont les représentants démocratiquement élus du peuple qui doivent l'exercer. Elle pose donc la question du pouvoir constituant dans une perspective étatiste, c'est-à-dire dans laquelle son exercice est soumis à son incarnation dans l'État. Or, il y a différentes manières de comprendre le pouvoir constituant et son rapport à l'État. Par exemple, pour certains, on devrait simplement éviter cette idée, puisqu'elle ne se poserait que du point de vue d'une théorie qui nierait que la légalité possède des qualités normatives intrinsèques et maintiendrait donc un dualisme entre le droit et le politique²⁵. Pour d'autres, cette idée est importante, mais se fonde dans l'État. Ainsi, pour M. Loughlin, le pouvoir politique ne peut être généré que lorsque «le peuple» est distingué «de la réalité existentielle d'une masse d'individus particuliers (la multitude)²⁶», lorsque dans un acte symbolique les gens se reconnaissent comme formant une unité. La fonction première du pouvoir constituant est de spécifier dans le langage constitutionnel la source ultime de l'autorité dans l'État. Mais dans cette perspective, le pouvoir constituant n'exprime pas le pouvoir du peuple (il ne signifie pas que le peuple est souverain) : il génère la relation de pouvoir politique qui lie gouvernants et gouvernés dans un ordre constitutionnel. La constitution est valide parce qu'elle provient de cette volonté unifiée de gens se reconnaissant comme formant une unité fondée non pas dans les normes, mais dans l'existence de l'État²⁷. Pour d'autres encore, le pouvoir constituant se manifeste plutôt nécessairement dans la rupture, dans l'acte qui ne correspond pas à la logique de sa représentation ; il demeure donc toujours irréductible au constitué²⁸. Et pour A. Negri, le pouvoir constituant est une activité révolutionnaire latente, présente en permanence ; et il ne passe pas nécessairement

25. David DYZENHAUS, «The Politics of the Question of Constituent Power», dans M. LOUGHLIN et N. WALKER (dir.), préc., note 1, p. 129 ; David DYZENHAUS, «Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power», *Global Constitutionalism*, vol. 1, n° 2, 2012, p. 229.

26. Martin LOUGHLIN «The Concept of Constituent Power», *European Journal of Political Theory*, vol. 13, n° 2, 2014, p. 228.

27. *Ibid.*

28. E. CHRISTODOULIDIS, préc., note 1.

par la représentation (le pouvoir constituant, c'est la multitude²⁹). Ce n'est évidemment pas la compréhension qu'on peut lire dans le *Renvoi*, qui me semble plutôt se rapprocher d'une interprétation dominante qui tend à soumettre l'exercice du pouvoir constituant à l'existence de l'État et aux formes institutionnalisées.

Ces remarques permettent de mettre en lumière le fait que le *Renvoi* est traversé par au moins trois partis pris qui constituent des obstacles à une démocratisation plus poussée de la fédération canadienne. Il est traversé par un parti pris favorisant les institutions représentatives au détriment des pratiques démocratiques plus largement comprises. Il est traversé par un parti pris majoritaire, qui transparaît notamment dans la non-utilisation du terme « nation québécoise », dans le poids différent accordé au vote démocratique par rapport à l'ordre constitutionnel canadien³⁰, et dans le fait que l'obligation de négocier ne comporte pas de précision quant à l'équité du résultat de la négociation ni de réflexion sur l'asymétrie des rapports de pouvoir dans le cadre constitutionnel canadien³¹. Finalement, le *Renvoi* est aussi traversé par un parti pris étatiste.

29. Paolo CARROZZA, « Constitutionalism's Post-Modern Opening », dans M. LOUGHLIN et N. WALKER (dir.), préc., note 1, p. 169.

30. La Cour argue que le vote démocratique n'a aucun effet juridique et ne pourrait pas écarter les trois autres principes. Mais elle ne dit pas que l'ordre constitutionnel ne peut pas écarter le vote démocratique : elle dit plutôt que l'ordre constitutionnel ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité de Québécois, de la volonté de faire sécession (par. 92).

31. La Cour semble de plus présumer que la garantie de la participation individuelle dans les institutions provinciales et centrales est suffisante pour assurer le respect des droits des individus comme membres de groupes minoritaires. Il y a, me semble-t-il, un parallèle à faire avec la manière dont, après quelques timides propositions en faveur de l'autonomie territoriale des minorités historiques en Europe centrale et orientale, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) s'est rabattue sur des propositions d'autonomie non territoriale et des droits demeurant essentiellement une variante de l'idée de disposer de sa propre culture, mettant alors l'accent (par exemple dans les Recommandations de Lund) sur la participation effective des minorités. Voir notamment Will KYMLICKA, « The Evolving Basis of European Norms of Minority Rights: Rights to Culture, Participation and Autonomy », dans John MCGARRY et Michael

Ces trois partis pris renvoient à des enjeux de théorie politique relatifs à l'appareil conceptuel du politique dans la modernité. Pour être plus précise, ces partis pris permettent de mettre en lumière des postulats propres à cet appareil conceptuel et qui constituent des obstacles à la redéfinition de l'autorité publique et de l'autonomie collective dans un contexte marqué non seulement par le caractère hétérogène de nombre de sociétés, mais aussi par la transformation des rapports de pouvoir dans le contexte de la globalisation – notamment, la réorientation de certaines fonctions étatiques dans une nouvelle logique organisationnelle, la redéfinition de la distinction entre public et privé, ainsi que la constitution d'ensembles régionaux supra-étatiques, pour ne nommer que quelques exemples. Je vais maintenant m'attarder à trois de ces postulats, soit l'indivisibilité présumée du constituant dans l'État, l'indivisibilité de la souveraineté étatique et la subordination du pouvoir constituant à l'État dans les représentations dominantes du politique.

2 ENJEUX, POSTULATS ET CONCEPTIONS DU POLITIQUE

2.1 L'indivisibilité présumée du constituant dans l'État

La notion de pouvoir constituant joue un rôle central dans l'appareil conceptuel moderne du politique. Elle incarne la capacité d'action politique collective des personnes qui appartiennent à une communauté politique, et l'idée qu'elles sont la source des arrangements (constitutionnels et institutionnels) propres à un régime particulier (les gouvernés comme agents de la prise de décision). D'une part, donc, le pouvoir constituant renvoie à l'affirmation générale des vertus de l'autogouvernement et de la démocratie comme « méta-valeur³² ». Il réfère à l'idée que l'autorité doit avoir une filiation démocratique et que la forme constitutionnelle doit garantir la fidélité démocratique aux intérêts, aux valeurs et aux biens qui lui sont associés³³. D'autre part, le pouvoir

KEATING (dir.), *European Integration and the Nationalities Question*, Londres, Routledge, 2006, p. 35.

32. Neil WALKER, « Reframing EU Constitutionalism », dans J.L. DUNOFF et J.P. TRACHTMAN (dir.), préc., note 2, p. 256.

33. *Ibid.*, p. 247.

constituant se présente comme la reconstruction symbolique d'une multitude en tant qu'agent politique collectif, une reconstruction cristallisée *a posteriori* dans des représentations particulières du peuple. Si ces représentations sont toujours issues de la prédominance empirique et discursive d'intérêts particuliers, leur fonction est néanmoins de représenter le corps politique en tant que tel.

La fonction de la notion de pouvoir constituant (de ce pôle symbolique qu'est «le peuple») joue donc un rôle central dans notre appareil conceptuel du politique puisqu'elle représente le corps politique en tant que tel dans sa symbiose avec l'État – dont la souveraineté incarne l'autonomie du politique caractéristique de la modernité. Dans les sociétés plurinationales, cela pose toutefois problème: les nations minoritaires revendiquent un pouvoir constituant propre et premier (donc qui n'est pas dévolu par l'État central) et qui ne coïncide pas avec celui de la «nation» englobante³⁴. Le problème posé par la présomption de l'indivisibilité du pouvoir constituant surgit par exemple lorsque l'application du principe majoritaire perpétue systématiquement la mise en minorité des nations minoritaires dans certaines décisions ou champs de décision, ou encore lorsqu'il s'agit de déterminer qui doit se prononcer sur certains enjeux particulièrement importants lors d'un référendum. Même dans les fédérations, on présume habituellement d'un *demos* constitutionnel, d'un unique pouvoir constituant³⁵; c'est le cas dans le *Renvoi*, me semble-t-il, notamment à cause du parti pris majoritaire, du fait que le Québec est ramené à une minorité culturelle et linguistique et de l'absence de remise en cause des règles constitutionnelles existantes qui profitent ultimement à la majorité, et ce, malgré l'accent mis sur le dialogue constitutionnel.

34. Si l'incorporation est volontaire et que les termes constitutionnels reconnaissent l'égalité des pouvoirs constituants, alors on pourrait parler de pouvoir constituant double. Mais dans le cas contraire, il y a à tout le moins une asymétrie.

35. Joseph H.H. WEILER, « In Defence of the Status Quo : Europe's Constitutional *Sonderweg* », dans Joseph H.H. WEILER et Marlene WIND (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 7.

Il importe de souligner que le nationalisme minoritaire n'offre habituellement pas de porte de sortie de ce problème épineux. En effet, comme le nationalisme majoritaire, le nationalisme minoritaire entretient une relation très étroite avec l'État moderne, dans son cas par sa revendication sinon à la sécession, du moins à la capacité d'organiser de larges pans de la politique publique précisément sur ce modèle. C'est pourquoi les démocraties plurinationales, lorsqu'elles osent poser la question des pouvoirs constituants, la posent en termes de rapports entre entités politiques territorialement définies (États et/ou nations sociopolitiques³⁶). Une exception notable et fort instructive est celle des peuples autochtones, dont certaines revendications et certains modes de négociation des pratiques indiquent clairement la possibilité de conceptions plus souples du territoire et de la souveraineté.

2.2 L'indivisibilité de la souveraineté étatique

Quant à l'enjeu concernant l'indivisibilité de la souveraineté étatique (par définition territoriale), il apparaît lui aussi fondamental sur les plans pratique et théorique. C'est ce que Michael Keating appelle «le piège de la souveraineté» (*the sovereignty trap*³⁷). Du point de vue de la théorie politique, la souveraineté

36. Geneviève NOOTENS, «“Nous, les peuples”. Fédéralisme et démocratie dans l'État plurinational», dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable?*, Bruxelles, Peter Lang, coll. «Diversitas», 2011, p. 21. Cet aspect est aussi soulevé par S. Tierney : quand le nationalisme infra-étatique vise la séparation avec l'État central, les dynamiques nationalistes ne remettent pas en cause la conception moniste de la souveraineté de l'État. Le véritable défi se trouve dans les modèles non séparatistes de nationalisme infra-étatique, qui demandent la réinvention de l'État en fonction du plurinationalisme. Voir Stephen TIERNEY, «Sovereignty and the Idea of Public Law», dans Stephen TIERNEY et Emilio CHRISTODOULIDIS (dir.), *Public Law and Politics. The Scope and Limits of Constitutionalism*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 25.

37. Michael KEATING, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 12 (traduction libre de l'auteur) :

L'un des plus grands obstacles à l'accommodement des nationalités et des revendications nationalitaires est la doctrine de la souveraineté elle-même. À première vue, il s'agit d'une idée intuitivement plausible

«agit comme représentation de l'autonomie du politique et est le concept fondamental du droit public moderne³⁸». La notion moderne de l'État (et sa structure de droit public) comporte en effet l'idée qu'il incarne le point de vue particulier représentatif de l'autonomie du politique et constitue une entité distincte à la fois de ceux qui gouvernent et de ceux qui sont gouvernés. Autrement dit, la revendication à l'autonomie constitue une représentation globale de la société dont l'État est le nécessaire véhicule institutionnel.

La souveraineté «émerge de la fondation de l'État moderne à la fois comme revendication de la suprématie du droit et comme symbole de l'autonomie du politique³⁹»; c'est le nom donné à la volonté suprême de l'État⁴⁰. La souveraineté est donc intimement liée 1) à l'affirmation de l'autonomie du politique et 2) à la conception de l'État comme autorité distincte à la fois des titulaires de fonction et de ceux l'ayant établi. Rappelons aussi que, dans cette formalisation de la structure politique, l'entité qui se voit conférer ce statut n'est pas elle-même partie au pacte. Elle ne peut donc pas être considérée comme étant liée par ses termes⁴¹.

La souveraineté est ainsi investie de trois fonctions fondamentales : la capacité d'ordonner une société, la représentation des relations d'autorité dans le corps politique, et la représentation de l'unité de l'entité politique⁴². Dans ce sens fondamental, elle

que de penser qu'il doit y avoir, dans toute communauté politique, une source ultime d'autorité, qui a priorité sur toutes les autres et les surplombe. Si l'on regarde de plus près, c'est un ensemble de propositions complexes et à certains égards contradictoires, plusieurs de ces propositions se révélant soit tautologiques, soit impossibles à mettre en pratique. Des difficultés supplémentaires découlent de ses relations étroites avec les définitions de l'État et avec les doctrines d'autodétermination et du nationalisme.

38. Martin LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 72 et 73.

39. *Ibid.*, p. 158.

40. Martin LOUGHLIN, «Constitutional Pluralism: An Oxymoron?», *Global Constitutionalism*, vol. 3, n° 1, 2014, p. 14.

41. Howell A. LLOYD, «Sovereignty: Hobbes, Bodin, Rousseau», *Revue internationale de philosophie*, vol. 4, 1991, p. 363.

42. Geneviève NOOTENS, *Popular Sovereignty in the West. Policies, Contention, and Ideas*, Londres, Routledge, 2013.

ne peut être partagée, sinon elle n'existe plus. Loughlin affirme par exemple qu'une souveraineté divisée n'est pas une souveraineté et ne peut pas constituer de pouvoir public autonome ; et que sans pouvoir public autonome, il ne peut pas y avoir de pouvoir constituant qui représente, de l'intérieur de cette perspective, la capacité politique collective d'agir.

Sur le plan pratique, l'importance de cet enjeu ressort clairement de l'attitude des États envers les revendications à l'autonomie territoriale et de leur tentative de réduire les revendications des nations minoritaires à des revendications culturelles et linguistiques. La préservation de l'intégrité territoriale de l'État dépend notamment de la possibilité de nier à des groupes – lesquels disposent pourtant des mêmes caractéristiques – le statut qui, dans le discours politique moderne, justifie l'autodétermination interne et externe. Autrement dit, il s'agit de nier le statut même de nation à certains groupes.

2.3 La subordination du pouvoir constituant à l'existence de l'État territorialisé souverain

Reprenons l'exemple des travaux de Loughlin, lesquels sont particulièrement intéressants puisqu'ils rendent explicite ce qui chez plusieurs reste implicite : la fondation de l'État souverain est la condition même du peuple comme agent politique collectif ; la constitution est donc valide parce qu'elle provient de l'établissement de cette volonté unifiée qui trouve son fondement non pas dans les normes, mais dans l'existence politique de l'État. Autrement dit, les « gens-comme-gouvernés » sont subsumés à une structure de droit public qui rend leur capacité d'agir subordonnée à la souveraineté étatique, alors même qu'historiquement cette dernière s'est construite sur des thèses niant la souveraineté populaire⁴³. En effet, la formulation que propose Hobbes du concept de souveraineté refuse au peuple une personnalité distincte ; de même, la conception de Bodin de l'État comme lieu

43. Geneviève NOOTENS, « Le pouvoir constituant et les gens-comme-gouvernés : à propos du peuple "invisible" », dans Michel SEYMOUR (dir.), *Repenser l'autodétermination interne*, Montréal, Thémis, 2016, p. 91. C'est précisément à cette conception moniste que s'opposent les premières propositions de fédéralisme.

de la souveraineté législative renforce la thèse du pouvoir royal absolu ; et Hegel argue que la société civile ne peut pas offrir d'expression adéquate de la « raison publique ». Rappelons aussi que, chez Bodin, le caractère absolu de la souveraineté découle (au moins en partie) du refus de reconnaître la résistance légitime, et semble avoir constitué une réaction idéologique à la menace que représentait la théorie de la résistance développée par les Huguenots.

De ce point de vue, sans l'État le peuple n'est qu'une masse informe incapable de s'ordonner ; la société civile est incapable de s'organiser par elle-même, de proposer une représentation du politique comme incarnant les intérêts communs. Le peuple est investi du pouvoir constituant, mais cela ne signifie pas que l'autorité politique réside dans le peuple⁴⁴. On le voit d'ailleurs dans le *Renvoi* : ce sont les assemblées législatives dûment constituées qui sont investies de ce rôle⁴⁵. Or, d'une part, les thèses sur la souveraineté étatique se développent clairement en opposition avec les thèses sur la souveraineté populaire et la résistance ; cette tension persiste même dans les régimes démocratiques. D'autre part, si les États occidentaux se démocratisent au cours des XIX^e et XX^e siècles, c'est à la faveur de la contestation populaire, alimentée par des transformations sociales et politiques importantes (accumulation et concentration du capital, prolétarianisation, etc.) et d'un contexte international particulier.

3 « PENSER (ET AGIR) AUTREMENT⁴⁶ »

La combinaison de plusieurs facteurs indique la nécessité de revoir certains postulats qui ont longtemps semblé incontournables pour penser et organiser le politique. On les trouve à la fois dans certains pans de la littérature scientifique, et sur le terrain des revendications sociales et des transformations des rapports publics de pouvoir, et ce, à diverses échelles : les démo-

44. *Ibid.*, p. 102.

45. Soulignons que je m'inscris en faux contre les lectures (comme celle de Loughlin par exemple) pour lesquelles l'autonomie du politique et la revendication ontologique à la souveraineté qu'elle comporte sont liées à l'idée d'égalité citoyenneté.

46. J'emprunte cette expression à J. Tully.

craties plurinationales bien sûr, avec notamment les revendications des peuples autochtones et des nations minoritaires, l'Union européenne, certains régimes régulant des rapports politiques et économiques à l'échelle globale, les efforts pour réduire la fragmentation du droit international, etc. On peut donc dire qu'à l'heure actuelle, certaines dynamiques sociopolitiques à l'œuvre dans les démocraties plurinationales et à l'échelle supra-étatique et globale se conjuguent, mettant en lumière certaines tensions inhérentes à cette forme d'organisation des rapports publics de pouvoir qu'est l'État moderne. Alors qu'il y a quelques années j'avais suggéré de considérer les sociétés plurinationales comme microcosmes de la société globale et agents du cosmopolitisme⁴⁷, il me semble aujourd'hui que la multiplication et la richesse des débats sur la dynamique politique des ensembles supra-étatiques et les transformations globales peuvent tout autant enrichir notre compréhension des façons de démocratiser les sociétés plurinationales. En effet, on voit par exemple inévitablement surgir dans ces débats la question de l'autorisation démocratique et du pouvoir constituant dans les sociétés nécessairement hétérogènes et plurielles et dont les rapports ne sont pas encadrés par une unique norme constitutionnelle – je pense ici aux débats sur le constitutionnalisme post-étatique, le constitutionnalisme global, le droit public « après l'État », le droit administratif global, etc.

Commençons par souligner qu'une conception non étatiste du pouvoir constituant doit : 1) insister sur la capacité d'agir sur tout pouvoir déployé à des fins politiques, 2) dévoiler la structure d'intérêts incarnée par le droit public et 3) penser d'autres modes d'agentivité politique collective. Comme le souligne la citation d'Emilio Christodoulidis placée en exergue de ce texte, les représentations dominantes subordonnent cette capacité aux structures de l'État territorial souverain et aux rapports capitalistes. Or, la clé du pouvoir constituant et de sa filiation démocratique, ce sont les luttes pour la liberté civique dans les pratiques courantes de gouvernance, c'est-à-dire des luttes qui contribuent à remodeler les communautés politiques et l'organisation des rapports publics de pouvoir.

47. Geneviève NOOTENS, *Souveraineté démocratique, justice et mondialisation*, Montréal, Liber, 2010, chap. 6.

Bien entendu, ce sont ces luttes, donc la dimension contestataire, qui sont révélatrices des rapports de pouvoir. Cependant, les modes d'institutionnalisation du politique (et de la démocratie libérale) peuvent en limiter la portée, en les restreignant à certaines pratiques (par exemple les institutions représentatives) et en soumettant leur exercice à une structure de droit public qui, malgré la promesse qu'elle porte de l'égalité de tous les citoyens, incarne certains intérêts particuliers. C'est ce que montrent les revendications des nations minoritaires et des peuples autochtones, mais aussi l'organisation de certains mouvements sociaux transétatiques. Le défi pour la théorie politique est, dans ce contexte, de repenser les modes d'agentivité politique collective, de manière à conjuguer la quête d'autonomie gouvernementale avec la prise en compte équitable des intérêts de tous les agents démocratiques. Le défi se trouve donc sur le terrain des considérations de justice. La question de la communauté politique se pose alors tout autant du point de vue des normes que du point de vue empirique, concret, des relations de pouvoir qui assujettissent les citoyens. La réflexion doit de ce fait porter sur les pratiques de gouvernance dans leurs rapports avec les pratiques de liberté civique (qui visent à accroître la liberté et l'égalité des participants) mises en œuvre par les citoyens et les peuples à diverses échelles. Ces pratiques démontrent aussi le caractère hétérogène et dialogique des communautés qui se constituent comme sujets de l'action politique – et qui ne peuvent pas être pensées sur une base strictement fonctionnelle.

Quant à la question de la souveraineté, comme le souligne François Rocher, le principe d'autonomie nous oblige à considérer la manière dont la souveraineté est conçue « puisque le principe d'autonomie se justifie par l'hétérogénéité sociale et présuppose un rapport de non-subordination⁴⁸ ». Dans un État fédéral, rappelle-t-il, la souveraineté peut être comprise de trois manières : l'État fédéral comme État des États, la souveraineté partagée entre l'État fédéral et ses composantes, et l'État fédéral

48. François ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 104.

comme seule entité souveraine⁴⁹. Si les arguments présentés ici se tiennent, il me semble clair que la troisième possibilité doit être écartée d'emblée et que la seconde ne peut être défendue que si les institutions de l'État fédéral (y compris le tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle) sont conçues de manière à ne pas perpétuer l'asymétrie des rapports de pouvoir entre constituants⁵⁰. Cela suppose en outre de repenser le rapport au territoire de manière à ce que ce dernier ne soit pas l'objet d'un jeu à somme nulle. Il n'est cependant pas facile de statuer sur ce qu'il advient du principe de souveraineté dans de telles circonstances.

Comme je l'ai mentionné, pour certains, la souveraineté ne peut être ni divisée ni partagée puisqu'elle représente l'autonomie du domaine du politique⁵¹. De ce point de vue, une souveraineté divisée n'est pas une souveraineté et ne peut pas constituer de pouvoir public autonome ; sans un tel pouvoir public autonome, il ne peut pas non plus y avoir de pouvoir constituant qui représente, de l'intérieur de cette perspective, l'agentivité politique collective. La souveraineté est un principe d'unité et toute limite juridique à la souveraineté détruit la souveraineté⁵². Autrement dit, dans le monde moderne, le politique se présente comme un mode distinct d'existence dont l'autonomie est fondée sur le concept de souveraineté et l'institution de l'État. Le droit public codifie le domaine du politique conçu comme autonome⁵³. Si l'on devait conclure à des transformations fondamentales de cette structuration du domaine du politique, alors on ne pourrait plus parler de souveraineté, et il faudrait repenser les fondements conceptuels du droit public.

49. *Ibid.*, p. 104 et 105.

50. Voir le chapitre d'Eugénie Brouillet dans le présent ouvrage.

51. Martin LOUGHLIN, « Reflections on The Idea of Public Law », dans S. TIERNEY et E. CHRISTODOULIDIS (dir.), préc., note 36, p. 58 ; M. LOUGHLIN, préc., note 38, p. 22 et 23.

52. La souveraineté n'est pas un ensemble de pouvoirs juridictionnels. C'est le nom donné à l'omnipotence juridique de l'État : la source ultime de tous les pouvoirs juridiques, c'est la volonté souveraine de l'État (M. LOUGHLIN, préc., note 38). La constitution établit le gouvernement, pas l'État, et les lois constitutionnelles contrôlent le gouvernement, pas l'État (*ibid.*).

53. *Ibid.*

D'autres portent cependant des jugements plus nuancés. Neil Walker, par exemple, parle de « souveraineté tardive » (*late sovereignty*) pour désigner des situations où existent de multiples sources de l'ordre juridique, sans hiérarchie fixe, et qui ne sont pas nécessairement réductibles à un seul principe⁵⁴. Keating parle de « post-souveraineté » pour désigner une souveraineté dispersée et divisée⁵⁵. Il souligne l'existence de traditions de pensée qui situent la souveraineté dans d'autres corps que l'État et « dont les droits n'ont peut-être pas été éteints par l'affirmation de la souveraineté étatique unitaire après Bodin⁵⁶ ». Stephen Tierney soutient qu'on peut penser des relations de souveraineté entre peuples et entités politiques dans l'État en dehors d'une conception moniste de l'État⁵⁷. On peut aussi référer à des traditions alternatives, comme l'État des nationalités imaginé par le juriste autrichien Karl Renner au début du xx^e siècle, un modèle qui misait sur la combinaison du principe de personnalité et du principe de territorialité, dans un cadre constituant les nations comme corporations juridiques distinctes sur la base de la libre déclaration individuelle d'appartenance à une nation⁵⁸.

L'enjeu consiste alors peut-être à penser un « fédéralisme constitutionnel qui ne soit pas ancré dans une constitution de type étatiste⁵⁹ ». Les débats actuels sur le constitutionnalisme global, transnational ou post-étatiste sont riches d'enseignement ; je ne dispose cependant pas ici de l'espace nécessaire pour analyser leurs contributions à la réflexion sur cette question. Je voudrais donc simplement terminer cette section avec quelques

54. Neil WALKER, « Late Sovereignty in the European Union », dans Neil WALKER (dir.), *Sovereignty in Transition*, Portland, Hart Publishing, 2003, p. 3.

55. M. KEATING, préc. note 37, p. 27.

56. *Ibid.*, p. 15.

57. S. TIERNEY, préc. note 36, p. 23.

58. Renner identifie explicitement la souveraineté étatique comme le principal obstacle à l'organisation de la coexistence pacifique des nationalités. Il écrit par exemple en 1937 : « L'ennemi, c'est la souveraineté ! Car elle promet la guerre perpétuelle entre les nations, la guerre économique perpétuelle, la mutilation et la paupérisation de tout le genre humain » (Karl RENNER, *La nation, mythe et réalité*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1998 (1937), p. 122).

59. J.H.H. WEILER, préc., note 35.

remarques sur la situation particulière de l'Union européenne, qui permet d'ouvrir quelques pistes de réflexion. Notons que je ne prétends pas par là que l'Union soit une fédération, seulement que la réflexion sur le constitutionnalisme dans l'Union peut être utile à la réflexion sur des formes non étatiques d'organisation du politique dans des communautés politiques hétérogènes.

Premièrement, comme le souligne Walker, les entités pertinentes, dans l'Union, ne sont plus seulement des territoires exclusifs avec des compétences et des citoyennetés exclusives, et les relations entre ces différents ordres politiques doivent être conçues comme « osmotiques », c'est-à-dire comme un processus généralisé d'infiltration mutuelle. Cette qualité « relationnelle » rend l'ordre juridique non exclusif et attribue à la structure politico-institutionnelle le caractère d'une communauté politique mixte ou non unitaire⁶⁰. Keating souligne lui aussi que l'ordre européen « remet en question toute la doctrine de la souveraineté centrée sur l'État et ouvre la possibilité d'ordres normatifs nouveaux et pluralistes⁶¹ ». Il insiste sur la présence de sites multiples d'autorité constitutionnelle. Ce pluralisme

n'implique ni l'existence d'une source unique d'autorité (dans une constitution, un Parlement ou un *demos* unitaire), dans laquelle l'autorité peut être dévolue, ni une série d'ordres juridiques clos, indépendants. Plutôt, il comporte une série d'ordres normatifs reliés, qui communiquent les uns avec les autres [...]. Il n'y a pas de modèle d'ensemble uniforme ni de point d'arrivée fixé, mais plutôt un ordre délibératif dans lequel le constitutionnalisme fait partie de la politique « normale »⁶².

Deuxièmement, bien que les interprétations divergent quant à la nature et aux processus de constitutionnalisation qui seraient ou non à l'œuvre dans l'Union, ainsi que sur le « déficit démocratique » dont elle souffrirait, l'Union pose de manière particulièrement évidente les questions soulevées par l'éventuelle constitutionnalisation d'une entité politique qui ne repose pas sur un pouvoir constituant du type de celui qui est associé au modèle

60. N. WALKER, préc., note 32, p. 164 et 165.

61. M. KEATING, préc., note 37, p. 138.

62. *Ibid.*, p. 141.

de l'État territorial souverain⁶³. On peut penser à un pouvoir constituant double (étatique, supra-étatique), triple (national, étatique, supra-étatique) ou tout à fait nouveau (par exemple parce que des communautés politiques inédites se formeraient à travers les frontières des États à diverses échelles⁶⁴). En effet, comme le souligne Neil Walker, dans le contexte de l'Union européenne, la réflexion sur le pouvoir constituant soulève non seulement la question de savoir qui est le pouvoir constituant et comment il se traduit dans les arrangements constitutionnels, mais aussi celle de savoir s'il est plausible de penser une constitution européenne comme sous-tendue par son propre pouvoir constituant et de réfléchir à la raison pour laquelle nous devrions nous préoccuper de cette question à l'échelle transnationale⁶⁵. Il souligne aussi que, si dans la méthode constitutionnelle propre à l'État moderne, l'autorité et les différentes parties sont comprises comme dépen-

63. Cela pose par conséquent, comme me l'a souligné Patrick Taillon, la question de l'unité juridictionnelle.

64. On pourrait aussi conclure qu'on doit abandonner l'idée de pouvoir constituant et la remplacer par la notion de partie prenante dans une optique fonctionnelle, mais je n'examinerai pas cette option ici. Mentionnons simplement qu'elle me semble comporter divers désavantages du point de vue de la filiation démocratique.

65. Neil WALKER, «Post-Constituent Constitutionalism? The Case of the European Union», dans M. LOUGHLIN et N. WALKER (dir.), préc., note 1. Il présente quatre positions possibles sur la question du pouvoir constituant dans l'UE: le pouvoir constituant n'est pas nécessaire pour la constitutionnalisation de l'Union; il est nécessaire mais n'y est pas, et ne peut pas y être présent; il est nécessaire, on peut l'identifier, et il est en train de se réaliser dans une forme constitutionnelle émergente; il est nécessaire, n'est pas présent actuellement, mais peut être développé. Pour lui il s'agit d'un trait nécessaire de tout arrangement constitutionnel à cause de la filiation démocratique qu'il impose au pouvoir politique. D'où l'importance, de son point de vue, de déterminer s'il est possible de poser un pouvoir constituant supra-étatique qui ne soit pas simplement dérivé du pouvoir constituant étatique, ou encore un pouvoir constituant double. Comme il l'écrit, «nous n'avons pas de compréhension idéale d'une conception supra-étatique du pouvoir constituant. En d'autres termes, si, contre le sceptique, on peut démontrer que le pouvoir constituant européen n'est pas simplement dérivé du pouvoir constituant étatique, nous devons tout de même reconnaître l'héritage étatique de ses fondements et, à côté de la nouvelle autorité supra-étatique, la résilience des pouvoirs constituants étatiques» (*ibid.*, p. 264 et 265).

dant de l'intégrité du tout, cela ne peut être appliqué au-delà de l'État; en réalité, ce modèle holistique est peut-être lui-même de plus en plus inadéquat (s'il l'a déjà été, ajouterais-je).

CONCLUSION

L'une des conditions primordiales de la démocratie, c'est la reconnaissance de la légitimité de la revendication des gens à être reconnus comme des constituants légitimes⁶⁶. Il faut donc pouvoir penser la pluralité et l'hétérogénéité des constituants, les habiliter et proposer des modes d'organisations plus ouverts et fluides que ce que rend possible le modèle de l'État territorial souverain. L'enjeu fondamental est d'habiliter des communautés dont le caractère de constituants est nié par les représentations et les structures dominantes, dans une perspective de démocratisation des relations de gouvernance.

L'idée que la souveraineté (étatique ou populaire) est une et indivisible, qu'à l'État correspond un pouvoir constituant unique et indivisible, et que la capacité d'agir des gens est subordonnée à l'incarnation de l'autonomie du politique dans l'État, constitue une entrave à la démocratisation des rapports entre nations dans les fédérations plurinationales. Comme le souligne Walker, la démocratie comme principe «ne peut pas être épuisée par ses représentations institutionnelles présentes et typiquement assumées ni limitée à celles-ci⁶⁷». Si ces représentations ne sont plus adéquates, ou plus disponibles, «l'idée d'auto-autorisation démocratique elle-même ne devient pas redondante, mais doit fournir le catalyseur pour la découverte de formes institutionnelles nouvelles et plus appropriées⁶⁸». Peut-être qu'on n'a pas besoin de formuler cette habilitation en termes de «pouvoir constituant»; peut-être que la notion est trop étroitement associée à une conception étatiste et empêche de concevoir l'autorité publique de manière différente. Cette habilitation doit néanmoins préserver la filiation démocratique, en combinant la reconnaissance de la volonté manifeste d'une collectivité de décider de son

66. G. NOOTENS, préc., note 43, p. 114.

67. N. WALKER, préc., note 32, p. 170.

68. *Ibid.*, p. 170 et 171.

avenir avec la prise en compte des répercussions des décisions qui sont prises sur les individus et les communautés, et l'exercice du principe de subsidiarité.

La démocratisation consiste à avancer, sur l'éventail des régimes politiques, vers la zone de citoyenneté large, égale, protégée et contraignante. Pour ce faire, non seulement faut-il respecter les droits individuels *stricto sensu*, mais il importe aussi de respecter l'importance des communautés à l'intérieur desquelles les individus exercent l'autogouvernement (et qui ne peuvent être réduites à des agrégats d'individus). Tant que la constitution cristallise la domination d'une majorité, elle ne peut donner toute la place qui lui revient au principe démocratique. Il faut donc penser radicalement l'altérité et l'hétérogénéité, dans les démocraties plurinationales, pour repenser leurs fondements comme la rencontre de pouvoirs constituants propres, multiples et pluriels. Le fédéralisme est évidemment un pas dans cette direction, puisque, comme le souligne Rocher, «[u]ne société fédérale repose sur la reconnaissance du pluralisme et de l'hétérogénéité de la société. Elle admet que la démocratie puisse s'épanouir dans un espace politique caractérisé par de nombreuses et profondes divergences de vues entre groupes sociaux territorialement [et non territorialement, ajouterais-je] constitués⁶⁹». Une véritable démocratie fédérale remet en cause le postulat unitarien et le mode de fonctionnement reposant sur l'alternance des majorités au profit du gouvernement conjoint des minorités et des mécanismes de collaboration. Le fédéralisme est avant tout un «régime de mutualité», au sein duquel les entités constituantes assument leurs responsabilités envers l'ensemble par des mécanismes de coopération fondés sur la collaboration⁷⁰. Cependant, si les arguments avancés ici sont fondés, l'État territorial souverain constitue précisément un frein à l'atteinte de cet idéal.

69. F. ROCHER, préc., note 48, p. 103.

70. *Ibid.*

Une démocratie sans peuple, sans majorité et sans histoire

De la démocratie par le peuple à la démocratie par la Constitution

PATRICK TAILLON*

Des principes constitutionnels sous-jacents dont il est question dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹, la démocratie est probablement celui qui est le plus enraciné dans les mœurs de la population. En fait, le principe démocratique jouit d'une forte acceptabilité sociale, mais il reste généralement assez mal délimité. Tous s'en réclament, mais rares sont ceux qui parviennent à s'entendre sur une définition commune et précise de son contenu. Souvent perçue comme une source de légitimité, la démocratie offre une variété de modes et de procédures d'arbitrage décisionnel. Elle se présente à la fois comme un réservoir de valeurs et de principes fondamentaux, comme un idéal de délibération et de participation ou, encore, comme un système fondé sur la

* L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Il tient à remercier Amélie Binette de sa collaboration à la préparation de ce texte, de même que l'appui financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Fonds de recherche du Québec, société et culture, par l'intermédiaire du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie. Même si la démonstration qui constitue l'essentiel de ce chapitre se veut une contribution originale à l'avancement des connaissances, ce texte repose sur des travaux antérieurement publiés et en reprend par moment des portions. Le lecteur attentif pourra remarquer la reproduction de quelques courts passages – légèrement modifiés ou adaptés – des titres suivants: Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, «Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle», *Revue de droit de McGill*, vol. 60, n° 4, 2015, p. 763, et Patrick TAILLON, *Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, coll. «Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle», Paris, Dalloz, 2012.

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

souveraineté du peuple et sur la volonté du plus grand nombre. Qu'elle soit qualifiée de volontariste², délibérative³, représentative⁴, directe⁵, semi-directe⁶ ou participative⁷, la démocratie peut épouser plusieurs formes⁸.

Ce texte examine une conception bien particulière de la démocratie : celle qui est préconisée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans cet avis de 1998,

-
2. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, GF Flammarion, 2001.
 3. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997; Bjarne MELKEVIK, *Rawls ou Habermas – une question de philosophie du droit*, coll. «Dikè», Québec, Presses de l'Université Laval, 2001; André DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dir.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001; James S. FISHKIN, *Democracy and deliberation : new directions for democratic reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.
 4. Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, coll. «Champs», Paris, Flammarion, 1996; Raymond ARON, *Introduction à la philosophie politique : démocratie et révolution*, coll. «Référence», Paris, Librairie générale française, 1997; Hans KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004; Pierre ROSANVALLON, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, coll. «Folio histoire», Paris, Gallimard, 1998; Jean-François THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Québec, Éditions Nota Bene, 1998.
 5. Laurence MOREL et Matt QVORTRUP (dir.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, London, Routledge, 2018; Maija-Leena SETÄLÄ, *Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions*, Houndmills, Palgrave MacMillan, 2005; Andreas AUER et Michael BÜTZER (dir.), *Direct Democracy: The Eastern and Central European Experience*, Aldershot, Édition Ashgate, 2001; David BUTLER et Austin RANNEY (dir.), *Referendum around the world: the Growing use of Direct Democracy*, Londres, McMillan Press, 1994 et J.-J. ROUSSEAU, préc., note 2.
 6. Raymond CARRÉ DE MALBERG, «Considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1931, p. 225; Jean-Marie DENQUIN, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», n° 52, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.
 7. James S. FISHKIN, *The voice of the people: public opinion and democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997; Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.
 8. Alain TOURAINÉ, *Qu'est-ce que la démocratie?*, coll. «Biblio essais», Paris, Fayard, 1994.

rendu à l'unanimité, la Cour non seulement énonce sa conception de la démocratie, mais pose aussi un regard sur ses origines, son évolution et ses interactions avec les autres fondements de l'ordre constitutionnel canadien. Cet avis est d'autant plus important qu'il fait le point – bien maladroitement selon nous – sur ce qu'a été l'évolution de la démocratie au Canada et sur ce que celle-ci est désormais appelée à devenir sous l'influence du pouvoir judiciaire et du contrôle de constitutionnalité des lois.

À première vue, l'apport du renvoi de 1998 est déterminant : la Cour profite de l'occasion pour renforcer les fondements juridiques de la démocratie au Canada par la découverte d'un principe implicite ou sous-jacent à la Constitution⁹. Ce principe démocratique vient, en quelque sorte, combler certaines lacunes de la Constitution écrite du Canada. Des pratiques démocratiques effectives, mais bien peu protégées par le droit constitutionnel formel se trouvent ainsi davantage sécurisées par cette nouvelle interprétation de la constitution non écrite.

La portée de ce renforcement juridique est néanmoins réduite par la manière dont la Cour suprême définit ce principe. En adoptant une conception bien précise de la démocratie, elle confirme en fait une profonde transformation de cet idéal. En pratique, ce que la Cour arrive à consolider dans l'avis de 1998, ce n'est pas tant le pouvoir du peuple, mais plutôt la légitimité du pouvoir judiciaire et du contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, sous le couvert du « principe démocratique », la Cour reconstruit à sa guise l'idéal démocratique afin de servir ses intérêts et ce qu'elle croit être ceux de la fédération. Elle y maximise le rôle du juge et relativise celui du peuple à travers une redéfinition de la démocratie, où la légitimité réside dans le respect de la Constitution et dans les valeurs du libéralisme.

Sans préjuger de l'opportunité des choix qui se dégagent de l'avis de la Cour, nous comptons examiner ici trois orientations déterminantes et, à certains égards, discutables de son raisonnement. Ces orientations touchent (1) aux origines et aux fondements historiques de la démocratie en droit canadien, (2) à la conception libérale de la démocratie et (3) au refus de la Cour d'identifier le

9. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 49-54 et 61-69.

ou les peuples qui animent la démocratie au Canada. À travers ces trois aspects fondamentaux et structurants du raisonnement de la Cour, nous tenterons de souligner la part de subjectivité ou, à tout le moins, l'ampleur de la marge d'appréciation discrétionnaire qu'elle s'octroie quant à la manière de définir le principe de la démocratie. Il en résulte, à notre avis, une tentative de déployer le principe démocratique hors des notions traditionnelles de volonté, de majorité et de souveraineté populaire au profit d'une conception de la légitimité centrée sur le contrôle de constitutionnalité, sur la protection des minorités, voire sur une certaine méfiance à l'endroit de la volonté majoritaire.

1 LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DE LA DÉMOCRATIE AU CANADA : NIER L'ÉVIDENCE HISTORIQUE POUR COMBLER DES LACUNES JURIDIQUES

S'il est généralement difficile de s'entendre sur le sens précis qu'il faut donner à l'idéal démocratique, ces difficultés sont grandement accrues au Canada par une conjoncture historique et juridique particulière. Ce principe, pourtant si précieux et si communément partagé, se trouve paradoxalement bien peu protégé et tout aussi peu intégré dans les textes constitutifs de la fédération canadienne. Par loyalisme, par conservatisme ou par fidélité à l'Empire¹⁰, la Constitution du dominion canadien et les modifications qui y ont été apportées de 1867 à 1981 ont occulté autant que possible le caractère démocratique des institutions. Si l'on se limite à l'analyse des textes juridiques, la démocratie s'avère particulièrement fragile au Canada.

10. Voir, notamment, David E. SMITH, « Empire, Crown and Canadian Federalism », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 24, n° 3, 1991, p. 451; Marc CHEVRIER, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 18; Frederick VAUGHAN, *The Canadian federalist experiment from defiant monarchy to reluctant republic*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003; David V.J. BELL, « The Loyalist Tradition in Canada », *Journal of Canadian Studies*, vol. 5, 1970, p. 22; Rod PREECE, « The Anglo-Saxon Conservative Tradition », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 13, n° 1, 1980, p. 3; Eric KAUFMANN, « Condemned to rootlessness: The loyalist origins of Canada's identity crisis », *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 3, n° 1, 1997, p. 110.

Cela se traduit dans plusieurs aspects. D'entrée de jeu, nulle part dans les textes il n'est fait mention du gouvernement responsable, des relations entre l'exécutif et le législatif, du rôle de premier ministre ou, encore, de ce qui constitue un vote de confiance. Bref, tout ce qui fait du système représentatif une véritable démocratie parlementaire est passé sous silence¹¹. Certes, des assemblées législatives élues sont instituées, mais rien n'indique que leur volonté prime celle des organes non élus que sont la Couronne et les chambres hautes, c'est-à-dire le Sénat fédéral et le gouverneur général, d'un côté, ainsi que le Conseil législatif du Québec¹² et le lieutenant-gouverneur de l'autre. En vérité, les textes constitutionnels sont le plus souvent rédigés de façon à consacrer de larges pouvoirs discrétionnaires au profit de la Couronne et de ses représentants : pouvoir de nomination, de dissolution, de convocation, de sanction, voire de désaveu des lois¹³. Ainsi, les prérogatives d'un chef d'État non élu sont maintenues, confirmées et solidement protégées par les textes¹⁴. En

-
11. Voir, à ce sujet, Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – Expression d'une Constitution encore inachevée », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, 2015, p. 411, aux pages 425 et 426.
 12. En 1867, le Québec est la seule des quatre provinces de la Confédération à se voir doter d'une chambre haute, le Conseil législatif. Conçue pour protéger la minorité anglo-saxonne contre les actions de la majorité francophone à l'Assemblée législative, elle se compose de vingt-quatre membres nommés par le lieutenant-gouverneur, lesquels représentent autant de collèges électoraux sur le territoire. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 71-79 ; voir, entre autres, Jean-Charles BONENFANT, « Les craintes de la minorité anglo-protestante du Québec de 1864 à 1867 », *Cahiers des dix*, vol. 36, 1971, p. 55, à la page 63. Le Conseil législatif fut toutefois aboli en 1968 (*Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9) en vertu du pouvoir alors reconnu au Québec de modifier « la constitution de la province » (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92 (1)).
 13. *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, art. 12, 14, 24, 26, 32, 34, 38, 54-59, 62-63, 65-67, 72, 75, 77, 80, 82, 85, 90, 96, 99, 131 et 134.
 14. En effet, suivant l'article 41 a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 [R.-U.]), toute modification de la Constitution du Canada portant sur « la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur » requiert le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province. Il s'agit par ailleurs de la seule réserve explicite à la compétence exclusive d'une province de modifier sa propre constitution (*Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, art. 45, lequel

somme, sur le plan strictement juridique, il n'existe que très peu de limites aux pouvoirs discrétionnaires larges dont disposent les représentants de la Couronne que sont le gouverneur général et le lieutenant-gouverneur¹⁵.

Cet attachement à un pouvoir monarchique fort et affranchi des contraintes du gouvernement responsable découle non seulement de circonstances historiques, mais aussi d'une hostilité assumée et affichée des pères de la Confédération à l'égard des valeurs démocratiques et républicaines¹⁶. Tout au plus, on s'accommode d'un système mixte ou représentatif, où le gouvernement responsable est, depuis 1848, une pratique non protégée par des règles de droit. À titre d'exemple, George-Étienne Cartier, principal représentant des intérêts des Canadiens français au moment de la négociation de la Constitution de 1867, déclarait : « La conservation du principe monarchique sera le grand caractère de notre confédération, au lieu que l'autre côté de la frontière, le pouvoir dominant c'est la volonté de la foule, de la populace, enfin¹⁷. » Dans la même optique, le député John Rose ajoutait : « Dans ses instincts et dans ses vues, notre peuple est monarchiste et conservateur; celui des États voisins est au contraire niveleur et démocrate¹⁸. » Bref, le loyalisme /

reprend l'idée exprimée par le paragraphe 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12).

15. Parmi les rares limites qui s'imposent au gouverneur général, celui-ci doit dissoudre le Parlement au plus tard cinq ans après le début de la législature (*Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12, art. 50 et *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *ibid.*, art. 4 (1), sous réserve des prolongations spéciales prévues par l'article 4 (2)). Avant ce délai, il peut, sur le plan strictement juridique, nommer la personne de son choix – élue ou non élue – au poste de premier ministre et dissoudre les assemblées (*Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, art. 50).
16. Marc CHEVRIER, *La république québécoise. Hommage à une idée suspecte*, Montréal, Boréal, 2012; « L'idée républicaine au Québec et au Canada français – les avatars d'une tradition cachée », dans Paul BAQUIAST et Emmanuel DUPUY (dir.), *L'idée républicaine dans le monde, XVIII^e-XXI^e siècles*, vol. 2, coll. « La République universelle », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 45.
17. *Discours de Sir George Cartier*, Eusèbe Sénécal et Fils, Imprimeurs-éditeurs, 1893, p. 421, reproduit dans M. CHEVRIER, « L'idée républicaine au Québec et au Canada français – les avatars d'une tradition cachée », *ibid.*, à la page 47.
18. *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 26^e légis., 3^e sess., 6 février 1865, Québec, Hunter, Rose & Lemieux, 1865, p. 401-405.

monarchisme des rédacteurs de la Constitution de 1867 s'est, en quelque sorte, imposé comme un élément fondateur de l'identité du nouveau dominion, un trait commun à « l'identité constitutionnelle¹⁹ » des colonies britanniques et un facteur de différenciation important par rapport à la république états-unienne.

De ce fait, il n'y a pas que la démocratie représentative qui se trouve juridiquement limitée ou subordonnée aux prérogatives monarchiques. Il en va de même de la démocratie référendaire. Comme l'a tranché le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres dans *Re: The Initiative and Referendum Act*²⁰, laisser le peuple décider par référendum est inconstitutionnel. Du moins, c'est le cas dès lors que le scrutin référendaire a pour effet de restreindre ou de lier de quelque manière que ce soit la marge d'appréciation discrétionnaire de la Couronne et de ses représentants dans l'exercice de leur pouvoir de sanctionner les lois²¹. Or, depuis cet avis du comité judiciaire s'est imposée l'idée selon laquelle seul le référendum dit « consultatif », soit un scrutin dont les résultats ne sont pas directement exécutoires, peut être compatible avec la protection constitutionnelle de la charge de lieutenant-gouverneur²². En d'autres termes, laisser le peuple

19. Au sens où l'entend Stéphane BERNATCHEZ: « L'identité constitutionnelle du Québec: l'émergence d'un nouveau concept juridique? », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 101. Voir aussi le chapitre de Stéphane Bernatchez dans le présent ouvrage.

20. *Re: The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.

21. *Ibid.*; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, par. IV.137; Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada: The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 90.

22. Patrick TAILLON, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, 2007, p. 143; Patrick TAILLON, « Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada », dans Michel SEYMOUR et Bernard GAGNON (dir.), *L'autodétermination interne des peuples*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2016, p. 265; Julien CÔTÉ, *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3^e éd., Québec, Directeur général des élections du Québec, 2000, p. 12; Vincent LEMIEUX, « Le référendum et la démocratie au Canada », dans Peter AUCOIN (dir.), *Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions*, étude n° 38, Commission royale sur l'union économique et les perspectives

« décider » – au détriment des prérogatives royales – serait inconstitutionnel, mais le « consulter » par des voies « paraconstitutionnelles²³ » est permis, dans la mesure où le scrutin n'est pas en soi une étape suffisante pour modifier l'état du droit positif²⁴.

Évidemment, le silence des textes constitutionnels canadiens sur les aspects fondamentaux de la démocratie n'a pas empêché le développement de pratiques démocratiques effectives. À cet

-
- de développement du Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 117, à la page 136; Gérald-A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 151; Mollie DUNSMUIR, *Référendums: l'expérience canadienne dans un contexte international*, coll. « Étude générale », Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1992, p. 32; Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 164-166; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec: du Régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994, p. 501-502; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 21, p. 224-225; P. BOYER, préc., note 21, p. 90.
23. Essentiellement, il s'agit ici de recourir à d'autres voies procédurales pour réaliser des changements qui devraient, à première vue, plutôt faire l'objet d'une modification formelle de la Constitution. Bien qu'elles soient *matériellement* constitutionnelles, ces réformes – qui se déroulent en marge de la Constitution – prétendent « compléter » le dispositif de cette dernière sans pour autant *formellement* le modifier. Patrick TAILLON, « Une Constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la “déhierarchisation” de la Constitution au Canada », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, avec la collaboration de George AZZARIA (dir.), *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, p. 297. Le terme « paraconstitutionnalité » est en partie inspiré de la définition qu'en donne Johanne Poirier dans ses travaux sur les ententes intergouvernementales. Ainsi, une « fonction para-constitutionnelle désigne une fonction s'inscrivant en marge ou en complément de normes constitutionnelles. Il peut s'agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles »: Johanne POIRIER, « Quand le non-droit fait la loi: les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », *Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public*, Centre de droit public de l'ULB; Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Aux frontières de la modification constitutionnelle: le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 5, 2013.
24. P. TAILLON, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », préc., note 22; P. TAILLON, « Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada », préc., note 22.

égard, le décalage entre le droit formel, d'un côté, et les usages politiques, de l'autre, est particulièrement vif²⁵. Derrière la Constitution juridique et officielle de la fédération se cachent en réalité des pratiques, des usages qui se cristallisent en conventions²⁶, c'est-à-dire en des règles politiques non sanctionnables devant les tribunaux.

Il en va ainsi du gouvernement responsable dont l'existence remonte aux décennies précédant la Confédération. De 1848 à nos jours, il n'y a pourtant eu aucune tentative sérieuse de codifier les règles fondamentales de la démocratie représentative. Des crises importantes sur l'interprétation des règles politiques qui nous servent de conventions sont survenues²⁷, mais sans que cette défaillance des textes constitutionnels retienne l'attention des organes politiques en mesure de corriger la situation. Cette faible protection juridique de la démocratie au Canada, dont plusieurs

25. P. TAILLON, préc., note 23 ; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 22, p. 169.

26. Les conventions constitutionnelles sont des normes non écrites reconnues, mais non sanctionnées par les tribunaux, précisément parce que leur contenu entre en contradiction avec le texte de la Constitution (*Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 881 [motifs des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer]). Ces conventions, dont le but est de réconcilier le droit positif avec les valeurs et les pratiques politiques contemporaines, restreignent l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose un organe constitué (p. 880). La jurisprudence canadienne a cerné trois conditions pour reconnaître la présence d'une convention constitutionnelle (p. 888-909). D'abord, elle exige des précédents (p. 888-898) ainsi que la conviction des acteurs politiques concernés de se sentir liés par cette règle, laquelle, sans posséder un caractère strictement obligatoire, est reconnue et acceptée dans la pratique (p. 898-905). Le troisième critère vise finalement à cerner la raison d'être du comportement adopté qui doit différer du simple usage ou de la coutume. Voir aussi : *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

27. On peut penser, au fédéral, à l'affaire King Byng de 1926 ou, encore, à la crise parlementaire de décembre 2008. Au Québec, l'affaire Luc Letellier de Saint-Just de 1878-1879 témoigne des mêmes incertitudes entourant la nature et les contours des conventions. Hugo CYR, « De la formation du gouvernement », *Revue générale de droit*, vol. 43, n° 2, 2013, p. 381 ; Hugo CYR, « Du vote de non-confiance », dans P. TAILLON, E. BROUILLET et A. BINETTE (dir.), préc., note 19, p. 133 ; Jean-Charles BONENFANT, « Destitution d'un premier ministre et d'un lieutenant-gouverneur », *Les Cahiers des dix*, vol. 28, 1963, p. 9.

des aspects essentiels relèvent de simples usages, lesquels sont au mieux cristallisés en conventions constitutionnelles non sanctionnables devant les tribunaux, est certainement une spécificité importante d'un droit constitutionnel canadien largement influencé par l'expérience coloniale britannique.

Il n'empêche que, devant cette très faible protection juridique de la démocratie au Canada, la Cour suprême pratique une forme de déni. Plutôt que de dire les choses comme elles l'ont été et comme elles le sont présentement, la Cour s'enferme dans un récit idéalisé, voire dans une réécriture de l'histoire. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, avant d'entreprendre sa tentative de définir le principe démocratique, elle jette ainsi les bases d'une lecture totalement anachronique de l'histoire de la démocratie au Canada. Elle affirme :

Le principe de la démocratie *a toujours inspiré* l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle. [...] Pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l'envisager comme l'assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont *toujours prise comme allant de soi*. *C'est peut-être pour cette raison que ce principe n'est pas mentionné expressément dans le texte même de la Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru *inutile, voire même saugrenu*, aux rédacteurs²⁸.

Sous la plume de la Cour, ce qui constitue vraisemblablement une anomalie, une faiblesse quant à la protection constitutionnelle de la démocratie, apparaît soudainement comme une évidence, une particularité « allant de soi » ! Pourtant, ce que la Cour suprême omet de nous dire explicitement, mais qui se reflète implicitement dans ses motifs, c'est qu'elle a bien l'intention de remédier à cette lacune ou à ce déficit de protection juridique. Par conséquent, même si la Cour nie l'évidence historique, elle semble tout de même consciente des faiblesses des textes juridiques puisqu'elle s'efforce de les occulter par le recours à une interprétation dynamique, diront certains, activiste, diront d'autres, de la constitution non écrite.

28. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 62 (nos italiques).

En affirmant l'existence d'un principe démocratique non écrit et sous-jacent de la Constitution, la Cour suprême du Canada compense une faiblesse importante de l'ordre constitutionnel canadien. Un tel principe vient, en quelque sorte, bâtir un pont entre, d'un côté, un texte déficient et, de l'autre, des pratiques démocratiques effectives. Cela permet de surdimensionner les assises constitutionnelles du principe démocratique et de lier les conventions constitutionnelles qui organisent l'essentiel de la démocratie représentative aux quelques dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant l'existence d'assemblées électorales²⁹ et à celles sur la protection du droit de vote, ajoutées en 1982³⁰. En faisant cela, la Cour suprême pose l'existence d'une protection juridique non écrite de la démocratie au Canada qui s'étend soudainement au-delà des règles de nature politique que sont les conventions constitutionnelles. Pour consolider les fondements juridiques de la démocratie, la Cour va toutefois jusqu'à nier ou, à tout le moins, à minimiser les lacunes sur le plan de ses origines et de ses fondements historiques.

L'histoire des colonies de l'Amérique du Nord britannique est revisitée, et la démocratie est désormais perçue comme un principe qui « a toujours inspiré » ou, encore, comme une évidence « prise comme allant de soi ». Parce qu'il faut donner à ce principe constitutionnel sous-jacent des racines historiques profondes, la Cour reconstruit et réinvente un récit qui a peu à voir avec la réalité historique³¹ axée sur la prédominance dans le droit formel

29. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12, art. 17 et 37 (Chambre des communes), 69-70 (Assemblée législative de l'Ontario), 71 et 80 (Assemblée législative du Québec) et 88 (législatures de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick).

30. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 14, art. 4 et 5.

31. Voir, entre autres, Marc CHEVRIER, *La démocratie québécoise par les textes*, coll. « Études et documents », Québec, ministère des Relations internationales, 1998, p. 40-41; J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 22, p. 74-81; Phillip Alfred BUCKNER, *The Transition to Responsible Government. British Policy in British North America, 1815-1850*, Westport-Londres, Greenwood Press, 1985; F. Murray GREENWOOD, « Les patriotes et le gouvernement responsable dans les années 1830 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 33, n° 1, 1979, p. 25; Antoine GÉRIN-LAJOIE, *Dix ans au Canada de 1840 à 1850: histoire de l'établissement du gouvernement responsable*, Québec, Typographie de L.J. Demers & Frère, 1888, et

des prérogatives de la Couronne. Niant les évidences, cela permet à la Cour de combler les lacunes de la faible protection de la démocratie qui résulte des textes constitutionnels au moyen de sources non écrites qu'elle façonne à sa guise.

2 LA DÉMOCRATIE PAR LA PRIMAUTÉ DE LA CONSTITUTION : UNE APPROCHE SUBSTANTIELLE ET JURIDICTIONNELLE DE LA LÉGITIMITÉ

Ce renforcement du principe démocratique est néanmoins limité par les motifs de la Cour. En adoptant une définition bien particulière de la démocratie, qui se confond à plusieurs égards avec le principe de primauté de la Constitution³², la Cour suprême reconstruit un idéal démocratique qui maximise le rôle du juge et qui relativise celui du peuple. Derrière les termes «démocratie constitutionnelle» se cache alors une approche substantielle, où la légitimité réside non plus dans la volonté et dans la participation du peuple, mais bien plutôt dans le respect de valeurs, de normes ou de principes jugés hiérarchiquement supérieurs et qui découlent d'un idéal philosophique précis, celui du libéralisme politique.

Ce passage d'une démocratie *par le peuple* (dimension procédurale et participative) à une démocratie *pour le peuple* (approche libérale et substantielle) est énoncé dans les motifs de la Cour suprême lorsqu'elle cherche à définir le principe. Dans son célèbre avis, elle s'efforce de relativiser la conception procédurale et traditionnelle de la démocratie axée sur la légitimité de la volonté majoritaire par l'addition ou par le cumul de plusieurs définitions.

D'emblée, elle pose une acception généralement admise : «Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité³³.» L'adverbe «communément» sert ici à créer une distanciation. En clair, ce qui s'impose comme définition traditionnelle de la démocratie ne correspond pas

Éric BÉDARD, *Les réformistes : une génération canadienne-française au milieu du XIX^e siècle*, Montréal, Boréal, 2009.

32. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 70-71.

33. *Ibid.*, par. 63.

nécessairement à celle qui est préconisée par la Cour suprême au terme de son raisonnement.

Elle ajoute une précision mettant en valeur la nature indirecte de la volonté démocratique. Elle écrit : « En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage populaire³⁴. » C'est donc dire que la volonté majoritaire du peuple fait l'objet d'une médiation à travers les pouvoirs qu'exercent ses représentants élus.

Fidèle à son approche libérale, la Cour associe par ailleurs la démocratie à des droits individuels : évidemment, le droit de vote et celui de se porter candidat³⁵. Elle précise au passage que le fait que les droits politiques énoncés à l'article 4 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peuvent être sujets à l'exercice du pouvoir dérogatoire de l'article 33 est un indice « particulièrement clair » de l'importance du principe démocratique dans l'architecture constitutionnelle canadienne³⁶.

Puis, viennent, parmi tous ces éléments de définition, les aspects les plus fondamentaux aux yeux de la Cour : la protection de certaines « valeurs inhérentes » et de certains « principes essentiels ». La Cour exprime alors clairement sa préférence pour une conception libérale³⁷ de la démocratie, axée sur la protection de droits, de valeurs et de principes jugés fondamentaux et placés au-dessus du débat politique. Vue ainsi, la légitimité réside non pas dans la volonté populaire souveraine, mais dans le respect d'un ensemble de protections et de garanties constitutionnelles³⁸.

34. *Ibid.*, par. 65.

35. *Ibid.* ; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876 ; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912 ; *Renvoi : circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

36. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 65, *in fine*.

37. Comme l'écrivent Pierre Issalys et Denis Lemieux : « Dans la tradition libérale, le pouvoir discrétionnaire est identifié sans nuances à l'arbitraire ; il est refoulé au-delà des limites du droit, puisqu'il en est en substance la négation ». Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 47.

38. Ronald DWORKIN, « La démocratie et les droits de l'homme », dans Robert DARTON et Olivier DUHAMEL (dir.), *Démocratie*, Paris, Éditions du

Cette transformation de l'idéal démocratique vers une approche plus substantielle, où la légitimité de l'action étatique s'évalue par rapport à sa conformité à des normes hiérarchiquement supérieures dont le juge est l'ultime gardien, ressort particulièrement bien de cet extrait des motifs de la Cour. Elle écrit :

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l'indique Switzman c. Elbling, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels [...]. Dans l'arrêt R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la Charte, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie [...]

La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule « volonté souveraine » ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles³⁹.

L'usage, dans cet extrait, de formules comme « bien au contraire » et « ce serait une grave erreur » est particulièrement révélateur des intentions de la Cour qui vise à prioriser certains éléments de définition par rapport à d'autres. Entre la démocratie comme procédure décisionnelle fondée sur la volonté majoritaire et la démocratie comme ensemble de valeurs inhérentes à protéger, la Cour établit une hiérarchisation, un ordre de préférence.

En insistant sur la restriction des pouvoirs et sur le respect des droits, des valeurs et des principes fondamentaux, cette approche rompt avec une certaine tradition, où la démocratie est associée à la volonté de la majorité. En effet, la démocratie dite « constitutionnelle », largement influencée par le libéralisme, reflète un changement de perspective quant à la réflexion sur le pouvoir politique. Au lieu de s'intéresser à la question de l'origine monarchique, oligarchique ou démocratique des pouvoirs, le libéralisme se centre plutôt sur la façon d'exercer la souveraineté étatique. Le problème politique par excellence n'est plus tant

Rocher, 1998, p. 119, aux pages 122-124.

39. Renvoi relatif à la sécession du Québec, préc., note 1, par. 64 et 67 (nos italiques).

l'identification du titulaire de la souveraineté, mais bien l'encadrement de l'exercice de cette dernière⁴⁰.

La finalité du principe démocratique devient la promotion de toute une série de droits et libertés qui, en raison de leur importance, sont considérés comme «au-dessus» de la volonté du plus grand nombre⁴¹. Ainsi transformée, la démocratie prend ses distances de la volonté majoritaire. Le débat démocratique est alors borné par des droits et libertés «prépolitiques». Une fois conjuguée avec le libéralisme, la démocratie n'est plus un système «ouvert à n'importe quel contenu⁴²». Le peuple n'est plus la source ultime de la légitimité. Ainsi, le principe de liberté est, dans la perspective libérale, appelé à dominer tous les autres⁴³. La souveraineté du peuple est désormais relative, soumise ou subordonnée au respect de droits prépolitiques ou suprapolitiques dont le juge est chargé d'assurer le respect et l'interprétation.

40. Norberto BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 70.

41. Nguyen LE MONG, « Contribution à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 4, 1971, p. 926, à la page 930.

42. Étienne PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », dans Séverine BRONDEL, Norbert FOULQUIER et Luc HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, coll. « Science politique », Paris, Publications de la Sorbonne, p. 211, aux pages 231-234.

43. C'est, à tout le moins, la conclusion à laquelle en arrivent les auteurs contemporains qualifiés d'ultralibéraux ou de néolibéraux. Tirant les leçons des « excès » d'interventionnisme qui ont caractérisé la politique de l'État-providence, cette nouvelle génération de théoriciens dissocie systématiquement la liberté individuelle de la démocratie, cette dernière étant réduite à une valeur instrumentale. Il s'agit alors d'adopter une doctrine conséquente, axée sur la promotion de la liberté individuelle, où le débat démocratique ne doit être qu'un outil au service de la protection de la sphère privée. Revue et corrigée par le libéralisme, la démocratie tend à acquérir une dimension « substantielle » (N. BOBBIO, préc., note 40, p. 45). Elle porte en elle son propre projet de société, fondé sur la défense des libertés individuelles, qui non seulement préexistent philosophiquement, mais qui ne peuvent être démocratiquement remises en question par le pouvoir politique. Voir Friedrich A.V. HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie*, vol. 3, Paris, Presses universitaires de France, p. 1-23, 40-42, 143 et 154-182; Vincent VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, Paris, Economica, 2002, p. 155-188.

Le passage d'une approche formelle à une approche matérielle de l'État de droit se veut donc une ouverture à des principes substantiels qui sont – en raison de leur «*fondamentalité*» – considérés comme au-dessus de la volonté populaire. À terme, sont légitimes les décisions conformes aux normes hiérarchiquement supérieures inscrites dans la Constitution. L'accent est dorénavant mis sur «*des exigences morales et politiques traduites en données juridiques*⁴⁴». L'État de droit et la primauté de la Constitution s'imposent comme des limites de fond, dont le contenu s'est, en quelque sorte, affranchi des aléas du débat démocratique.

Quelle différence, alors, entre un principe démocratique ainsi défini et le principe de primauté du droit qui, toujours selon la Cour, doit être compris comme signifiant la suprématie de la règle constitutionnelle? En d'autres termes, pourquoi la Cour énonce-t-elle ces deux principes si elle leur accorde, tout compte fait, la même signification? Après tout, démocratie constitutionnelle et primauté du droit se confondent sous la plume de la Cour. Érigée en véritable norme de comportement par les textes constitutionnels, la primauté des droits et des libertés conduit à une transformation profonde de ce qu'est la légitimité. Ne sont désormais légitimes que les actes qui respectent les droits et libertés de la personne et les autres exigences constitutionnelles.

La légitimité n'étant plus exclusivement fonction du consentement populaire, il devient dès lors possible de poser des limites matérielles opposables à l'expression du peuple⁴⁵. La légitimité ne dépend plus de l'*origine* de la norme, mais bien plutôt de son *contenu*. C'est là que la définition préconisée par la Cour suprême dévoile ses conséquences pratiques les plus significatives.

44. Otto PFERSMANN, «*Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'État de droit"*», dans Olivier JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 53.

45. Pour Cécile Isodoro, cette tension résulte de «*l'éternelle contradiction entre la logique libérale du constitutionnalisme et la logique absolutiste de la démocratie comprise de manière formelle, c'est-à-dire comme toute-puissance du peuple*». Cécile ISODORO, «*Le pouvoir constituant peut-il tout faire?*», dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs: mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 246.

Ce basculement vers une conception de la démocratie conditionnée par une finalité ou par une conception particulière du « juste » ou de l'intérêt général s'inscrit dans une tendance de fond qui permet au juge constitutionnel de se placer au centre du dispositif institutionnel. Le rôle du pouvoir judiciaire, en général, et celui de la Cour suprême, en particulier, en sortent renforcés puisque le juge devient, suivant cette approche, l'ultime gardien et interprète de la légitimité démocratique. À l'image d'une formule bien connue, on passe de la démocratie entendue comme un gouvernement *du* peuple *par* le peuple, à la démocratie *pour* le peuple, c'est-à-dire à un système voué à établir des relations d'un certain type entre l'État et l'individu, telles qu'elles sont définies par le juge⁴⁶.

En somme, cette transformation de l'idéal démocratique pourrait se résumer par le dilemme suivant. Lorsque la légitimité démocratique réside dans la question de l'origine des pouvoirs, de leur source et de leur fondement, le pouvoir discrétionnaire dont disposent des juges non élus apparaît tôt ou tard comme étant critiquable. À l'inverse, lorsque la légitimité devient une affaire de contenu, l'action du juge s'impose comme un rouage essentiel dans la mesure où elle permet d'atteindre certains résultats. Ce passage d'une démocratie définie par l'*origine* du pouvoir à une démocratie axée sur la conformité des décisions à des normes offre soudainement au pouvoir judiciaire l'occasion d'être évalué à l'aune de ses *résultats*. Cela sert pertinemment bien ses intérêts : celui-ci peut dès lors être jugé sur le fruit de son travail (la protection de valeurs, principes et droits fondamentaux) plutôt que sur les fondements ou sur les origines des pouvoirs et de l'autorité qu'il exerce. En déplaçant ainsi les termes du débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité d'une critique de l'origine et des fondements du pouvoir des tribunaux, autrement dit de leur mode de nomination, vers une discussion sur les résultats qu'entraînent leurs actions, la perspective change, à l'avantage du juge. À travers ses décisions, le juge produit, génère, « secrète » de la légitimité démocratique. Le contrôle de constitutionnalité devient « démocratique », du moins par ses résultats.

46. N. LE MONG, préc., note 41 ; N. BOBBIO, préc., note 40, p. 45.

Si cette conception de la démocratie valorise le travail du juge, elle a néanmoins pour effet pervers d'augmenter la méfiance à l'endroit des pouvoirs politiques, en général, et de celui du peuple, en particulier. En érigeant un contrôle permanent de la volonté politique, la démocratie constitutionnelle place le juge dans une posture «élitiste», où un pouvoir judiciaire non élu surplombe une volonté populaire potentiellement irrationnelle, susceptible de porter atteinte aux libertés. À terme, ce triomphe d'une approche libérale affranchie de la volonté majoritaire peut avoir pour conséquence d'accroître un sentiment de dépossession chez les électeurs, une perte d'emprise sur leurs institutions. Cela contribue à aménager un terreau fertile à l'aggravation du clivage entre élitisme et populisme qui caractérise l'époque contemporaine. Des électeurs peuvent alors être poussés vers une certaine «défiance⁴⁷» à l'endroit des institutions et par une tentation «populiste», laquelle renferme le potentiel de menacer la cohérence de ce système de valeurs hiérarchisées dont le juge se veut le gardien.

3 LA DÉMOCRATIE EN VOIE DE FÉDÉRALISATION : UNE PROFONDE AMBIVALENCE SUR LA NATURE DU DEMOS CANADIEN

À la méfiance à l'endroit du peuple et de ses représentants qui caractérise l'approche libérale de la Cour s'ajoute un autre écueil. En effet, ses motifs sont marqués par une incapacité à identifier et à nommer le ou les peuples à l'origine du pacte constitutionnel et ceux qui en sont, encore à ce jour, les destinataires. Dans la mesure où la volonté, l'autorité ou la souveraineté du peuple n'est pas centrale dans sa conception de la démocratie, il n'est, de l'avis de la Cour, pas nécessaire de s'interroger sur l'identité des peuples appelés à s'exprimer démocratiquement dans la fédération canadienne. Sans peuple, sans majorité et sans histoire, la démocratie à la canadienne tend à créer les conditions propices à l'émergence d'une démocratie désincarnée, voire postnationale.

47. P. ROSANVALLON, préc., note 7.

Pourtant, la démocratie suppose, de manière préliminaire, l'identification du sujet qui la porte⁴⁸. Le peuple, la nation et la communauté politique constituent le *demos* préalable à son émergence. Après tout, il ne peut y avoir de délibération collective sans un solide consensus sur l'unité démocratique de référence, soit le peuple ou (selon la terminologie employée) la nation, le *demos*, la collectivité, la communauté politique, etc. Sans un tel consensus, sans un minimum de cohésion, sans ce sentiment de former un ensemble de citoyens concernés par l'objet du scrutin et, éventuellement, liés par un destin commun qui transcende les divisions ponctuelles, la vie démocratique risque fort « de tourner à l'affrontement et à la cassure nationale⁴⁹ ».

-
48. Comme l'affirme Jacques Beauchemin : « La démocratie ne possède d'autres fondements que sa capacité à rapporter les projets de vivre-ensemble qu'elle dessine à la volonté d'un sujet transcendant les divisions. » Jacques BEAUCHEMIN, « Défense et illustration d'une nation écartelée », dans Michel VENNE (dir.), *Penser la nation québécoise*, Montréal, Québec Amérique/Le Devoir, 2000, p. 259. Elaine Spitz, pour sa part, écrit : « Un corps d'électeurs éligibles, comptés d'une manière particulière, a besoin d'explications et de justifications ; leur coalescence [c'est-à-dire leur fusion ou leur union...] en une majorité doit être prise en compte. » Elaine SPITZ, *Majority Rule*, Chatham (NJ), Chatham House Publishers, 1984, p. xii (notre traduction).
49. Sadok BELAÏD, « Essai d'une théorie générale du référendum », dans Henry ROUSSILLON (dir.), *Référendum et démocratie. Seconde assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel du 1^{er} et 2 avril 1996*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Sciences sociales, 1998, p. 34. Pour le dire comme Alain Touraine, la démocratie suppose « l'appartenance à une collectivité politique, à une nation dans la plupart des cas, mais aussi à une commune, à une région ou encore à un ensemble fédéral ». A. TOURAINE, préc., note 8, p. 111. *Contra* : Les partisans de la démocratie cosmopolitique croient au contraire qu'il est possible d'établir en dehors de la nation et de la souveraineté étatique une nouvelle forme de démocratie. Voir : Ryoa CHUNG, « Le défi de la mondialisation et le pari de la démocratie cosmopolitique », dans Michel SEYMOUR (dir.), *États-nations, multinationales et organisations supranationales*, Montréal, Liber, 2002, p. 274 ; Klaus EDER et Bernhard GIESEN, *European citizenship : between national legacies and postnational projects*, New York, Oxford University Press, 2001 ; Jürgen HABERMAS et Max PENSKY, *The Postnational Constellation : Political Essays*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2001.

La nation est donc intimement liée à la démocratie. Elle est, en quelque sorte, « l'impensée » de la légitimité⁵⁰. Elle a été, et demeure aujourd'hui, la forme privilégiée – voire une *condition nécessaire* – pour le développement de la démocratie. Sur ce point, Olivier Beaud écrit à juste titre : « La compétition pacifique pour le pouvoir et l'alternance entre la majorité et la minorité qui caractérisent la démocratie supposent un consensus politique et social qui dépasse la simple communauté de valeurs⁵¹. » Même chez Ernest Renan, la nation, ce « plébiscite de tous les jours », repose en définitive sur l'existence d'une collectivité dotée d'une histoire et d'un avenir commun⁵².

Sans aller jusqu'à nier cela, la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, refuse de réfléchir aux considérations démotiques entourant la nature du peuple, de la nation ou de la communauté politique qui s'exprime lors d'un référendum

-
50. « Le terme d'impensé vise à souligner l'espèce d'évidence qu'a acquis de nos jours le phénomène national. » 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*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 125, à la page 143.
51. O. BEAUD, *ibid.*, à la page 142. Encore à ce jour, seul le cadre national permet d'unir et d'intégrer les individus autour d'une même volonté « dans une communauté politique idéale composée de citoyens égaux en droit ». Christophe TRAINNEL, *Le nationalisme de contestation. Le rôle des mouvements nationalistes dans la construction politique des identités wallonne et québécoise en Belgique et au Canada*, thèse de doctorat en science politique, Université Paris 2 (Panthéon-Assas) et Université de Montréal, 2004, p. 18. Dans le même esprit, Denis Monière soutient que « c'est dans la communauté nationale que le peuple peut consentir à se laisser gouverner tout en conservant sa liberté. C'est parce qu'elle procède de l'identité nationale que la volonté générale peut réconcilier les intérêts individuels et collectifs ». Denis MONIÈRE, *Pour comprendre le nationalisme au Québec et ailleurs*, coll. « Paramètres », Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2001, p. 16. Cela prouve, en quelque sorte, qu'il ne peut y avoir de délibération collective, à grande échelle, sans une identité partagée et une volonté de vivre ensemble. Dominique SCHNAPPER et Christian BACHELIER, *Qu'est-ce que la citoyenneté?*, coll. « Folio actuel », Paris, Gallimard, 2000, p. 231; Joseph FACAL, « L'État, la nation et l'État-nation », dans M. SEYMOUR (dir.), préc., note 49, p. 477; M. VENNE (dir.), préc., note 48, p. 15.
52. Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Marseille, Le Mot et le reste, 2007, p. 34.

de sécession. Alors que la question du droit du Québec de décider de son avenir par référendum implique, en toute logique, une réflexion préalable sur la nature du *demos* qui se prononce à l'occasion du même référendum, la Cour évite de trancher à savoir si le Québec forme un peuple ou une nation à part entière. Considérant que la réponse à cette question n'est pas indispensable à la résolution des questions soumises par le gouvernement fédéral, elle affirme :

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un « peuple », à l'instar d'autres groupes à l'intérieur du Québec et du Canada, il n'est pas nécessaire d'étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n'est pas nécessaire pour la Cour de déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale⁵³.

À première vue, ce silence de la Cour suprême sur la question démotique se justifie par une logique de retenue judiciaire et par un certain pragmatisme dans son raisonnement. Cela dit, plusieurs autres considérations peuvent expliquer cette prudence de la Cour. D'abord, les termes « nation », « peuple » et « *demos* » sont difficiles à définir. Ils sont éminemment ambigus, mais ils font tous référence à l'idée de communauté politique, c'est-à-dire à l'indispensable unité démocratique de référence. Or, ces notions relèvent d'une appréciation politique; elles sont le fruit d'un processus de reconnaissance d'une réalité historique qui, bien qu'elle puisse être consacrée dans les textes juridiques, ne repose pas, pour ainsi dire, sur des critères précis pouvant s'appliquer de la même manière à toutes les situations. En repoussant ces ques-

53. Renvoi relatif à la sécession du Québec, préc., note 1, par. 125.

tions, la Cour suprême refuse, en quelque sorte, de statuer sur des éléments de preuve factuelle déterminants en droit.

Officiellement, il s'agirait de considérations superflues, non indispensables à la résolution des questions qui lui avaient été soumises. Or, une lecture attentive du *Renvoi* témoigne plutôt du contraire. La Cour feint de ne pas traiter de la question de savoir qui sont le ou les peuples qui animent la démocratie au Canada, mais, en réalité, ses motifs comportent une reconnaissance tacite de l'existence d'une pluralité de communautés politiques à l'intérieur du Canada.

Appelée à se prononcer sur l'éventuelle sécession d'un État membre de la fédération, elle prétend qu'un tel changement impliquerait la négociation et la conciliation des demandes légitimes de chacun dans le respect de la volonté démocratique de «deux majorités légitimes». La Cour non seulement admet une certaine interdépendance des volontés exprimées par deux peuples distincts, unis dans un même cadre juridique, mais elle concède, de ce fait, l'existence de ces unités démocratiques de référence, soit deux peuples légitimes à décider et à négocier les termes de leur avenir. Elle affirme :

Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de *deux majorités légitimes*, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada, quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre⁵⁴.

La prise en compte de l'expression démocratique des deux majorités concernées implique donc, du point de vue de la Cour, l'existence de deux communautés politiques à la fois légitimes, autonomes et interdépendantes.

Il n'empêche que la prudence ou la réserve avec laquelle la Cour suprême évite de préciser explicitement que le Québec forme une nation n'a pas nécessairement son équivalent lorsqu'il est question de l'ensemble canadien. Il y a même un certain

54. *Ibid.*, par. 93 (nos italiques).

empressement de la Cour à affirmer l'existence « d'une seule et même nation » au Canada. En effet, dès le début de son célèbre avis, la Cour se livre à un long exercice de construction de la nation autour du récit de l'histoire de la Confédération canadienne. Elle y formule, entre autres, l'énoncé suivant :

La Loi constitutionnelle de 1867 était un acte d'*édification d'une nation*. Elle était la première étape de la *transformation* de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un *État politique unifié* et indépendant où *des peuples différents* pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d'objectifs communs⁵⁵.

Ici, la Cour suprême souligne la volonté des auteurs de la Constitution de 1867 de créer une seule nation au Canada composée de différents peuples. Elle s'y applique, mais sans expliquer la différence entre peuple et nation. On peut toutefois déduire de son raisonnement que la nation canadienne n'existait pas encore en 1867. On en souhaitait certes l'émergence, mais, contrairement aux peuples qui composaient alors la fédération canadienne et qui lui préexistaient, la *nation* canadienne n'était, en 1867, qu'un hypothétique projet.

Ces peuples qui se sont unis en 1867, la Cour ne prend pas le temps de les nommer ou de les identifier, ni de préciser si la Confédération et ses suites ont eu pour effet de maintenir, de confirmer ou de consolider leur existence ou si, au contraire, l'édification d'une nation canadienne a eu raison à terme de ces communautés politiques préexistantes. C'est là, en quelque sorte, toute l'ambivalence du fédéralisme canadien. Qui sont les peuples destinataires de cet ordre constitutionnel ? Les textes constitutifs de la fédération ne contiennent aucune disposition ayant pour objet d'identifier expressément le ou les titulaires de la souveraineté dans l'État.

Ce silence⁵⁶ fait contraste avec toute une série de dispositions que l'on retrouve dans la plupart d'autres États de droit démocratiques. Dans ces derniers, la Constitution comporte généralement une disposition déclaratoire qui identifie le peuple comme

55. *Ibid.*, par. 43 (nos italiques).

56. D. GUÉNETTE, préc., note 11, p. 421-422.

le titulaire de la souveraineté selon des formules relativement proches les unes des autres. On trouve essentiellement trois types de formules: celles qui se limitent à l'identification du titulaire de la souveraineté⁵⁷, celles qui désignent à la fois le titulaire et les principaux modes d'expression⁵⁸ et, enfin, celles qui identifient le titulaire pour, du même coup, le soumettre aux formes et aux procédures prévues par la Constitution⁵⁹.

Or, à la lecture des textes constitutifs de la fédération canadienne, c'est à croire qu'il n'y aurait ni peuple ni souveraineté.

57. À titre d'illustration, le premier type de formules correspond à celui qui a été retenu en Espagne: «La souveraineté nationale appartient au peuple espagnol, dont émanent les pouvoirs de l'État.» *Constitution du royaume d'Espagne du 27 décembre 1978*, traduite par Constance GREWE et Henri OBERDORFF, *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 1999, art. 1^{er}, par. 2. Le peuple est ici clairement à l'origine de la puissance étatique sans que l'on puisse explicitement connaître les modalités par lesquelles s'exprime cette souveraineté populaire.

58. Le second type de formules a pour originalité d'énoncer précisément les modes d'expression de la souveraineté. C'est le cas, notamment, de la Constitution française qui pose le principe suivant: «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.» *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*, J.O.R.F., n° 234 du 5 octobre 1958, art. 3.

59. Le troisième type de formules se retrouve dans des Constitutions comme celle du Portugal, celle de l'Italie ou, encore, celle de l'Irlande. Dans ces textes, le peuple est reconnu comme étant le titulaire de la souveraineté en même temps qu'il est restreint au respect des principes, des procédures et des formes prévus par la Constitution. Par exemple, le texte portugais proclame: «La souveraineté, une et indivisible, réside dans le peuple qui l'exerce dans les formes prévues par la Constitution.» Le texte italien précise que «la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution». Quant au texte irlandais, il énonce: «Tous les pouvoirs proviennent du peuple et ces pouvoirs doivent s'exercer sous l'autorité de la Constitution.» Ce troisième type de formulation insiste particulièrement sur le fait que le peuple devient, dans le cadre constitutionnel, un organe soumis comme les autres au respect de la primauté du droit. *Constitution de la République portugaise du 2 avril 1976*, traduite par C. GREWE et H. OBERDORFF, préc., note 57, art. 3; *Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947*, traduite par C. GREWE et H. OBERDORFF, *supra*, art. 1^{er}; *Constitution de l'Irlande du 1^{er} juillet 1937*, traduite par C. GREWE et H. OBERDORFF, *supra*, art. 6.

C'est d'ailleurs un des grands échecs de l'histoire constitutionnelle du Canada de ne jamais avoir été en mesure de reconnaître les peuples/nations qui composent la fédération. Dans le cas particulier du Québec, ce refus d'inscrire dans le texte de la Constitution sa spécificité nationale a contribué à une remise en question de l'unité canadienne et a conduit à deux référendums sur son indépendance.

Le fonctionnement de la démocratie rejoint ici le débat essentiel sur le caractère multinational de la fédération. La question n'est pas simple. Si la démocratie suppose au préalable l'existence d'un fort consensus sur *qui* peut voter, c'est-à-dire sur l'*identité* des électeurs qui forment le *peuple* ou la communauté politique de référence⁶⁰, il n'en demeure pas moins que ce consensus est nettement plus aisé à dégager dans des États unitaires et centralisés que dans des ensembles complexes marqués par l'existence de plusieurs niveaux de décision et traversés par de forts clivages linguistiques, religieux et culturels⁶¹.

À moins de nier la dimension multinationale de l'ordre juridique et de fondre tous les individus dans un même corps électoral (ce qui risque de signifier à terme la domination du peuple démographiquement le plus avantagé), la prise en compte de la volonté de chaque communauté politique impose donc divers aménagements sur le plan des procédures démocratiques ainsi que de savants équilibres entre unité et diversité, entre égalité et

60. Sur ce point, Anton Pelinka affirme : « La démocratie aura toujours besoin d'un consensus sur le *demos* : qui sont les gens qui décident – directement ou indirectement – de leur propre destin en participant de manière libre et égale à un processus de prise de décisions ? Qui fait partie du *demos* et qui en est exclu ? » Anton PELINKA, « La démocratie au-delà de l'État. Les (im)possibilités de la démocratie transnationale », *Internet-Zeitschrift für Kulturwissenschaften*, vol. 15, 2005, [En ligne], [www.inst.at/trans/15Nr/plenum/pelinka15FR.htm].

61. Toutes choses étant égales par ailleurs, « il est plus difficile d'établir et de maintenir la démocratie dans des sociétés divisées que dans des sociétés homogènes ». Arendt LIJPHART, « The Wave of Power-Sharing Democracy », dans Andrew REYNOLDS (dir.), *The Architecture of Democracy Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 37, à la page 38 (notre traduction).

différentialisme⁶². Par conséquent, il n'est plus question de *la majorité* des électeurs en général, mais bien *des majorités* exprimées par chacune des composantes, lesquelles sont, la plupart du temps, liées les unes aux autres. Comme le souligne Stéphane Pierré-Caps, «ce qui est en cause en l'occurrence, ce n'est ni l'État ni la nation, mais la manière de les associer, de les combiner en vue de l'organisation du vouloir-vivre ensemble⁶³».

Sur ce plan, la Cour suprême s'est généralement montrée très hésitante à reconnaître les peuples ou les minorités nationales qui composent historiquement la fédération⁶⁴. Appelée à convenir en 1982 des nombreux précédents qui militaient en faveur d'un droit de veto à la seule province majoritairement francophone, la Cour a refusé de se prononcer sur le principe de la «dualité». Certes, elle avait reproduit des extraits très convaincants du mémoire du procureur général du Québec, mais pour aussitôt juger cette question superflue et rejeter la thèse soutenue par le gouvernement québécois⁶⁵.

Puis, en 1986, le juge Dickson (alors juge en chef) a reconnu, dans *Société des Acadiens c. Association of Parents*, l'importance de la dualité linguistique canadienne, mais sans établir de lien entre cette dualité et la spécificité du Québec⁶⁶. La juge Wilson, dissidente dans *MacDonald c. Ville de Montréal*, a utilisé, quant à elle, le principe de dualité linguistique non pas comme une caracté-

62. Jean-Yves CHÉROT, «L'État pluriculturel: approche introductive de droit constitutionnel», dans Paul DE DECKKER et Jean-Yves FABERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 24.

63. Stéphane PIERRÉ-CAPS, «Du paradoxe de l'État-nation au paradigme de la multination: propos sur la légitimité de la société politique», dans M. SEYMOUR (dir.), préc., note 49, p. 247.

64. Voir Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, coll. «Les voies du droit», Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 80-84.

65. Voir *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 26, 814.

66. Il affirmait: «La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées» (*Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, 564 [juge en chef Dickson]). Cet extrait est d'ailleurs cité par le juge La Forest dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 269.

ristique du fédéralisme canadien, mais comme une simple réalité sociologique interne au Québec⁶⁷.

De même, dans le renvoi sur la sécession qui nous occupe ici, la Cour suprême esquivait la question juridico-politique de savoir si le Québec forme un peuple ou une nation⁶⁸, pour, immédiatement, concéder qu'il existe, sur le plan sociologique, une spécificité québécoise. Elle admet que le « Québec, où la majorité de la population est francophone [...], possède une culture distincte⁶⁹ ». Cette lecture « sociologique » de la nation québécoise, on la retrouve également dans la résolution de la Chambre des communes sur le fait que les Québécois – et non le Québec comme entité politique – forment une nation dans un Canada uni⁷⁰.

Implicitement, la Cour attribue néanmoins des conséquences institutionnelles et politiques à ce constat lorsqu'elle affirme que « [l]a réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867⁷¹ ».

Il n'empêche que, depuis le renvoi de 1998, la Cour suprême a en outre fait quelques pas supplémentaires vers la reconnaissance de la spécificité nationale du Québec. L'avis de la Cour de 2014 dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* marque, à cet égard, une évolution importante. Appelée à définir l'objectif poursuivi par la sélection, à la Cour suprême, de trois juges québécois parmi les avocats de plus de dix ans d'expérience ou parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec, la juge en chef McLachlin affirme, au nom de la majorité :

67. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 530 et 537-538.

68. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 125.

69. *Ibid.*, par. 59.

70. La résolution, déposée le 22 novembre 2006 par le gouvernement Harper, se lit ainsi : « Que cette Chambre reconnaisse que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni ». Elle fut adoptée le 27 novembre 2006 par 265 voix contre 16 (voir *Débats de la Chambre des communes*, 39^e légis., 1^{re} sess., vol. 141, n^o 84 (22 novembre 2006) p. 5197; *Débats de la Chambre des communes*, 39^e légis., 1^{re} sess., vol. 141, n^o 87 (27 novembre 2006) p. 5411-5412).

71. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 59.

L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada⁷².

À sa manière, la juge en chef McLachlin insiste sur la nécessité de tirer les conséquences de cette « culture distinctive » qui caractérise le Québec. Ici encore, le choix des mots employés compte et entraîne trois avancées significatives.

Il y a, premièrement, la référence aux « valeurs sociales⁷³ ». Au même titre que la langue, l'histoire, la tradition juridique civiliste ou la culture, les « valeurs sociales » sont soudainement reconnues et valorisées par le plus haut tribunal canadien. Bien plus qu'une réalité sociologique, la spécificité du Québec, suivant le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, s'impose comme une considération juridique essentielle devant conditionner l'interprétation de la Constitution.

Deuxièmement, la juge en chef et le juge Moldaver prennent acte des clivages démotiques et du caractère plurinational du fédéralisme canadien en se préoccupant directement de la « perception » et de la « confiance », non pas tant du public canadien à l'endroit de la Cour, mais bien des Québécois en particulier. Soucieux de s'adresser à l'auditoire québécois, la majorité de la Cour emploie, à de multiples reprises, les termes « préserver⁷⁴ »,

72. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 49 (juge en chef McLachlin, citant Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, Information Canada, 1969, p. 8) (italiques dans l'original, nos soulignés).

73. *Ibid.*, par. 18, 49, 56-57, 59, 69 et 104 (juge en chef McLachlin); par. 145 (juge Moldaver, dissident).

74. *Ibid.*, par. 18 (juge en chef McLachlin).

« renforcer⁷⁵ » ou « susciter⁷⁶ » [...] « la confiance des Québécois envers la Cour⁷⁷ ».

Enfin, troisièmement, la juge en chef McLachlin engage la majorité dans une réflexion sur la délicate question de la « légitimité » de la Cour suprême. D'un point de vue québécois, il est en effet facile de douter de la neutralité et de l'indépendance d'un tribunal au sein duquel les membres sont unilatéralement nommés par le fédéral afin d'interpréter une constitution dont la pièce maîtresse, la *Loi constitutionnelle de 1982*, a été imposée sans le consentement du Québec. Soucieuse de l'acceptabilité et de la perception de la Cour suprême dans la seule province majoritairement francophone, la juge en chef emploie à quatre reprises le terme « légitimité⁷⁸ » et à sept reprises celui de « confiance⁷⁹ ». Cette considération pour le point de vue du Québec⁸⁰, par opposition à celui du Canada, se veut conforme à une reconnaissance

75. *Ibid.*, par. 49, 56, 59 et 104 (juge en chef McLachlin).

76. *Ibid.*, par. 145-146 (juge Moldaver, dissident).

77. *Ibid.*, par. 18, 49, 54, 56, 59 et 104 (juge en chef McLachlin); par. 145-146, 149, 151 et 153 (juge Moldaver, dissident).

78. *Ibid.*, par. 49, 55 et 93 (juge en chef McLachlin).

79. *Ibid.*, par. 18, 49, 54, 56, 59 et 104 (juge en chef McLachlin). Le juge dissident Moldaver l'emploie également à sept reprises aux paragraphes 145-146, 149, 151 et 153.

80. Après le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, plusieurs auteurs avaient souligné le souci de la Cour suprême de rendre acceptable son argumentaire à l'auditoire des justiciables québécois. Voir notamment Robert A. YOUNG, *The Struggle for Quebec: From Referendum to Referendum?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1999, p. 147; Stephen TIERNEY, « The Constitutional Accommodation of National Minorities in the UK and Canada: Judicial Approaches to Diversity », dans Alain-G. GAGNON, Montserrat GUIBERNAU et François ROCHER (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 2003, p. 169, à la page 196; François ROCHER et Elisenda CASANAS ADAM, « L'encadrement juridique du droit de décider: la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec », dans P. TAILLON, E. BROUILLET et A. BINETTE (dir), préc., note 19, p. 877; Vuk RADMILOVIC, « Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada: Quebec Secession Reference and Beyond », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 43, n° 4, 2010, p. 843; Nathalie DES ROSIERS, « From Québec Veto to Québec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Québec-Canada Disputes », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 13, n° 2, 2000, p. 171.

du pluralisme national, où la légitimité s'évalue ou se dédouble en fonction de chaque segment ou composante de la fédération. En ce sens, cela rejoint le passage précité du renvoi de 1998 sur la nécessaire prise en compte des « deux majorités légitimes⁸¹ », lequel témoigne d'une volonté de concilier démocratie et fédéralisme dans un État qui cherche à composer avec le pluralisme national qui caractérise son histoire.

CONCLUSION

La « démocratie constitutionnelle » préconisée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* reflète dans une large mesure l'évolution des pratiques démocratiques au Canada. Elle a pour effet de compenser, par l'affirmation d'un principe constitutionnel non écrit, la faiblesse des textes constitutifs de la fédération, du moins en ce qui concerne le fonctionnement de la démocratie. Elle incarne, surtout, le passage assumé d'une démocratie représentative, fondée sur l'expression indirecte de la volonté du peuple, à une démocratie « par le juge » et par le respect des droits fondamentaux dont il est le gardien, le tout suivant une conception de la légitimité largement inspirée de l'approche libérale.

Cette transformation comporte évidemment son lot d'avantages. Seulement, il ne faut pas oublier – et c'était l'ambition de ce texte de le rappeler – qu'elle emporte aussi quelques effets pervers que l'on peut déjà décoder par une lecture attentive des motifs de la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Sans peuple, sans majorité et sans histoire, la démocratie tend à prendre une forme désincarnée, déconnectée de cette liberté collective qui consistait, jadis, à confier aux électeurs une emprise sur leurs institutions, une souveraineté ou, à tout le moins, un pouvoir de dernier mot sur leur avenir commun. Dans un monde fluide, globalisé, cette perte d'emprise du citoyen sur ses institutions entraîne des réactions antiélitistes de plus en plus fortes qui se traduisent notamment par un rejet de la complexité, par un refus des contraintes décisionnelles, autrement dit par une critique de la démocratie constitutionnelle. Parmi ces contraintes, parmi ces

81. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 93.

éléments de complexité, la tutelle de juges non élus, chargés en surplomb de définir ce qui est conforme ou non à des normes hiérarchiquement supérieures, offre bien du grain à moudre à la montée d'un populisme nostalgique et illusionné par l'idée d'une démocratie où le peuple pourrait encore trancher, sans intermédiaire, les orientations essentielles de la vie en société.

Il ne s'agit pas de choisir en définitive entre la démocratie constitutionnelle et la démocratie au sens majoritaire et traditionnel du terme. Seuls un équilibre et une pondération entre souveraineté populaire et primauté des droits fondamentaux permettraient de concilier les deux fondements de la synthèse que représente depuis plus de deux siècles la démocratie libérale⁸². Or, ce serait une grave erreur de sacraliser la primauté du droit au détriment de la volonté majoritaire, et vice et versa. Cela risquerait d'alimenter encore un peu plus le clivage entre élitisme et populisme, deux formes de perversion, de déséquilibre qui compromettent ici et ailleurs l'idéal fragile d'une société qui se veut à la fois libre et démocratique.

Il faut donc chercher à pondérer et à relativiser plutôt qu'à sacraliser les fondements de l'ordre constitutionnel. Cet exercice de conciliation des contraires, la Cour suprême s'y livre avec conviction dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* lorsqu'elle nous incite à ne jamais faire prévaloir un principe constitutionnel au détriment d'un autre⁸³. Cela constitue vraisemblablement le cœur ou la *ratio decidendi* de son raisonnement. Toutefois, elle commet une erreur en tentant de définir le principe démocratique en mitigeant le rôle pourtant central des notions traditionnelles de volonté, de majorité, de peuple et de souveraineté populaire,

82. «Le point aveugle (*sic*) de cette théorie, selon Marc-Olivier Padis, se trouve dans la possibilité que la volonté populaire contrevienne à l'un ou l'autre des droits et libertés». Marc-Olivier PADIS, *Marcel Gauchet. La genèse de la démocratie*, coll. «Le bien commun», Paris, Michalon, 1996, p. 72-73; Georges VEDEL, «Existe-t-il deux conceptions de la démocratie?», dans André de LAUBADÈRE, André MATHIOT, Jean RIVERO et Georges VEDEL (dir.), *Pages de doctrine*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p. 209; Olivier JOUANJAN, «Égalité», dans Denis ALLARD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 652.

83. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 49.

au profit d'une conception de la légitimité démocratique centrée sur le contrôle de constitutionnalité et sur la protection des droits. En faisant cela, elle se trouve à prôner la recherche d'un équilibre entre deux principes : d'un côté, celui de la primauté de la Constitution et des libertés qui y sont garanties et, de l'autre, celui de la démocratie dans un contexte où la définition qu'elle offre de ce second principe n'est pas significativement différente du premier. Or, ce n'est pas en minimisant la dimension populaire et volontariste de la légitimité démocratique que la Cour parviendra à préserver les équilibres entre la primauté des droits fondamentaux et la souveraineté de la volonté majoritaire. Au contraire, c'est en assumant bien tous les contrastes et toutes les tensions qui existent entre le pouvoir de la majorité et la primauté des droits fondamentaux que la démocratie libérale pourra se déployer et être durablement préservée.

Il en va de même des rapports parfois complexes et tendus entre fédéralisme et démocratie. Après tout, ce n'est pas en occultant la question de l'identification du ou des peuples destinataires du pacte constitutionnel que le Canada favorisera la coexistence et l'épanouissement des communautés nationales qui ont façonné son histoire et desquelles dépend par ailleurs son avenir. Si le Canada est véritablement une fédération multinationale, cela devrait, au minimum, impliquer une reconnaissance de la pluralité des *demos*, ou des unités démocratiques de référence qui, dans des rapports d'autonomie et d'interdépendance, coexistent à l'intérieur d'une même fédération. Le dilemme est en définitive le suivant : se limiter à un fédéralisme d'individus, unis et protégés par la primauté des droits qui leur sont garantis dans une démocratie postnationale et désincarnée, ou bien réconcilier les communautés politiques préexistantes à la Confédération par un fédéralisme multinational susceptible d'organiser l'autonomie et l'interdépendance de plusieurs peuples ou, pour reprendre les termes de la Cour suprême, de plusieurs « majorités légitimes ». Or, tant et aussi longtemps que persistera le tabou entourant la réflexion sur le ou les peuples qui composent la fédération, le Canada ne pourra guère assumer et conjuguer pleinement *démocratie et fédéralisme*.

Renvoi relatif à la sécession du Québec **et dialogue constitutionnel :** **quelles ouvertures pour les Autochtones ?**

JEAN-OLIVIER ROY*

La société dominante et les gouvernements qui la représentent ont fait un bout de chemin considérable en ce qui concerne les enjeux relatifs aux peuples autochtones depuis la période coloniale. Celle-ci débute au XIX^e siècle avec la fin de la période des alliances militaires entre les Autochtones et les autorités coloniales et la colonisation intensive du territoire qui est aujourd'hui appelé le Canada. Depuis cette période trouble, nous observons l'émergence d'un contexte de reconnaissance et de pluralisme permettant des avancées significatives – bien qu'elles soient largement insuffisantes – en matière de vivre-ensemble et dans le domaine des droits autochtones. Cela est le résultat d'une

* Chercheur postdoctoral à l'Université Concordia (2016-2018) et chargé de cours au Département de science politique de l'Université Laval et au Département des sciences humaines et sociales de l'UQAC. Pour la rédaction de ce chapitre, nous tenons à remercier chaleureusement notre superviseur de projet postdoctoral, le professeur Daniel Salée, de l'Université Concordia. Ce chapitre est inspiré de notre présentation effectuée lors du Congrès annuel de la Société québécoise de science politique en 2018. À ce sujet, nous tenons à remercier les organisateurs de l'atelier, Félix Mathieu, Dave Guénette et Alain-G. Gagnon, qui ont également apporté leurs commentaires éclairants à une version préliminaire de ce chapitre. Certaines réflexions avancées dans ce chapitre sont issues de questionnements amorcés durant notre thèse de doctorat, ainsi que durant notre stage postdoctoral précédent. Nous tenons donc à remercier le professeur Guy Laforest, qui dirigea notre thèse, et la professeure Geneviève Nootens, qui supervisa notre précédent stage postdoctoral. Enfin, nous exprimons aussi notre immense gratitude envers le Fonds de recherche du Québec, société et culture (FRQSC) ainsi qu'envers le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP) pour leur soutien financier.

combinaison de démarches juridiques et politiques, certes, mais aussi d'actions militantes que nous pouvons lier à une profonde agentivité autochtone, combinée à une évolution des valeurs et des normes, tant au Canada qu'à l'international.

À l'occasion du 20^e anniversaire du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998), nous avons été amenés à réfléchir sur les enseignements contenus dans celui-ci en ce qui concerne la place des Autochtones au sein de la fédération canadienne. Bien que cette décision importante ne fut pas rédigée d'emblée en réponse à des questionnements visant les Autochtones, elle énonce néanmoins certains principes généraux concernant l'aménagement du vivre-ensemble au Canada. En ce sens, elle prend également en compte, même de façon limitée, la question autochtone.

Selon la Cour suprême, quatre principes centraux et sous-jacents de la Constitution canadienne – la démocratie, le fédéralisme, le constitutionnalisme et la règle de droit, et la protection des minorités – constituent des leviers importants sur lesquels les nations minoritaires et les divers groupes au Canada peuvent s'appuyer dans leurs démarches. Dans ce chapitre, et adoptant une position normative assumée, nous soutenons que ces principes sont effectivement pertinents pour imaginer (et réaliser) une gestion efficace de la pluralité, que ce soit au Canada ou dans d'autres fédérations multinationales. Soulignons à cet effet que ces principes ne sont pas la propriété des seules communautés politiques occidentales, mais qu'ils se trouvent aussi en accord, en bonne partie, avec les traditions politiques autochtones.

Cependant, si ces principes représentent un moyen à la fois d'émancipation et de protection pour les nations minoritaires et les peuples autochtones, ils peuvent aussi, paradoxalement, constituer un obstacle à cette émancipation. Nous verrons ici les possibilités et les limites offertes par ces différents principes, en insistant d'abord sur les enjeux démocratiques soulevés par la question autochtone au Canada, pour ensuite les lier aux trois autres principes amenés par la Cour. En particulier, nous envisagerons la façon dont ces principes, et les tensions dont ils sont porteurs, peuvent participer, ou non, à ce que nous considérons comme le grand défi du Canada au ^{xxi}e siècle, soit sa propre décolonisation – ou transformation de sa relation avec les peuples

autochtones qui, jusqu'ici, fonctionne plutôt sur les principes du colonialisme interne¹. Nous considérons cette décolonisation comme étant préalable à toute forme de véritable réconciliation avec les peuples autochtones.

1 LE CANADA EN CONTEXTE COLONIAL

Sur papier, le Canada fait relativement bonne figure face à la communauté internationale quant aux questions autochtones. Il possède, en effet, une constitution dans laquelle les droits ancestraux et issus des traités avec les Autochtones sont reconnus, depuis 1982. De même, malgré que cela fut précédé par d'importantes réserves, le gouvernement du Canada publiait en 2010 un énoncé d'appui à la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée en 2007 par l'Assemblée générale de cette organisation². Puis, succédant à une série de gouvernements conservateurs (2006-2015) dirigés par Stephen Harper, le gouvernement libéral de Justin Trudeau annonçait en 2016 qu'il levait les réserves exprimées par son prédécesseur et qu'il s'engageait à mettre en application l'ensemble des dispositions contenues dans la Déclaration.

Sur le plan juridique, des cours de justice – dont, au premier chef, la Cour suprême – ont considérablement fait avancer les droits des peuples autochtones au Canada, souvent à l'encontre des décisions des pouvoirs exécutifs provinciaux et fédéraux, démocratiquement élus. Quant à l'arène politique, l'élection fédérale de 2015 a envoyé un nombre record de 10 députés autochtones à la Chambre des communes, alors que deux de ceux-ci ont accédé à des postes de ministres³.

-
1. La situation particulière des Autochtones, qui se trouvent inscrits dans une dynamique coloniale face à une métropole située à l'intérieur de l'État (et non outre-mer comme dans le cas de la colonie classique), a poussé les milieux de la recherche et militants à employer le concept de « colonialisme interne » pour décrire le rapport de pouvoir entre les Autochtones et les États comme le Canada.
 2. Ces réserves concernaient certaines dispositions de la Déclaration, en particulier le consentement préalable, libre et éclairé des Autochtones sur les projets de développement sur leurs territoires.
 3. Il s'agit de Jody Wilson-Raybould, ministre de la Justice, et de Hunter Tootoo, ministre des Pêches et Océans.

Récemment, le gouvernement libéral de Justin Trudeau s'est également engagé, en discours à tout le moins, sur le chemin de la décolonisation et de la réconciliation avec les peuples autochtones. Par exemple, en 2017, devant l'Assemblée générale de l'ONU, le premier ministre dénonçait l'« héritage du colonialisme au Canada » et qualifiait les instances du ministère des Affaires autochtones d'« anciennes structures bureaucratiques coloniales⁴ ». De même, l'adhésion à la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, dont la portée réelle de l'engagement du Canada reste encore à évaluer, semble ouvrir une perspective intéressante, bien qu'elle soit tardive.

Quant à la réconciliation avec les peuples autochtones, elle est devenue le nouveau mantra du gouvernement fédéral, particulièrement depuis la scission en deux de l'ancien ministère des Affaires autochtones et du Nord du Canada, suivant ainsi, quelque deux décennies plus tard, une recommandation phare de la Commission royale sur les peuples autochtones⁵. Périodiquement, des investissements sont annoncés, autant pour les Autochtones sur réserves que pour la proportion toujours croissante d'Autochtones urbains. Dans ce contexte, il serait inexact d'accuser le Canada d'ignorer complètement les enjeux relatifs aux peuples autochtones.

Pendant, dans les faits, les populations autochtones ne jouissent toujours pas de conditions sociales, culturelles, politiques et économiques équivalentes à celles des populations dominantes. Malgré qu'une commission d'enquête fut déployée pour lever le voile sur la situation des femmes autochtones victimes de violence dans des proportions alarmantes, ce phénomène tragique demeure aujourd'hui une réalité. Soulignons par ailleurs que la commission d'enquête est contestée dans sa nature même, car elle reproduirait, selon certains, les dynamiques coloniales⁶.

-
4. Justin TRUDEAU, premier ministre du Canada, discours prononcé à l'ONU, 21 septembre 2017, [En ligne], [pm.gc.ca/fra/nouvelles/discours].
 5. CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Édition Groupe communication Canada, 1996.
 6. Nawel HAMIDI et Pierrot ROSS-TREMBLAY, « Enquête sur les femmes autochtones : des constats plus qu'inquiétants », *Le Devoir*, 28 septembre

À cet égard, les conditions sociales des Autochtones, particulièrement dans les réserves, ont récemment attiré l'attention du rapporteur spécial de l'ONU, qui a produit un rapport dans lequel il qualifie de « crise » la situation des Autochtones au Canada⁷. Ce constat s'appuie notamment sur des considérations d'accès à un logement décent ainsi qu'à des sources d'eau potable. Cela nous ramène donc quelque quatre décennies en arrière, alors que George Manuel et Michael Posluns ont développé le concept de « quart-monde » pour qualifier la situation des Autochtones au Canada⁸.

Plus récemment, le gouvernement de Justin Trudeau a pris la décision d'accroître coûte que coûte la capacité d'un oléoduc contesté sur les terres autochtones⁹. Cet épisode rappelle brutalement que le Canada demeure, avant tout, une société et un État profondément racisés¹⁰ et engagés dans un modèle de développement néolibéral. Il va sans dire que ce modèle ne laisse que très peu d'espace pour l'expression politique des premiers habitants du continent, limitant considérablement la possibilité pour le Canada de reconnaître sa propre réalité multinationale, donc de se ré-imaginer en conséquence¹¹.

Nous assistons à un véritable conflit de visions. D'un côté, le Canada représente une terre qui reconnaît l'apport, l'importance et la place des peuples autochtones. Il lui dédie des ressources financières importantes et travaille à sa réconciliation historique avec ces derniers. De l'autre côté, dans une vision qui tient davantage compte de l'histoire coloniale, la situation des Autochtones

2017, [En ligne], [www.ledevoir.com/opinion/idees/509033/enquete-sur-les-femmes-autochtones-des-constats-plus-qu-inquietants].

7. NATIONS UNIES, *The situation of indigenous peoples in Canada*, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James ANAYA, [En ligne], [unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2014-report-canada-a-hrc-27-52-add-2-en.pdf].
8. George MANUEL et Michael POSLUNS, *The Fourth World: an Indian Reality*, Don Mills, Collier-Macmillan Canada, 1974.
9. Il s'agit de l'oléoduc Transmountain, racheté en 2018 par le gouvernement fédéral. Ce projet divise fortement les communautés autochtones touchées.
10. David Theo GOLDBERG, *The Racial State*, Malden, Blackwell Publishers, 2002.
11. Alain-G. GAGNON, *L'âge des incertitudes : essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2011.

au Canada est fréquemment comparée à celle de l'apartheid en Afrique du Sud, car elle est empreinte d'exclusions systématiques aux niveaux politique, social et économique au sein d'un système qu'il semble impossible de réformer.

Si la première vision est injustement idyllique, qu'elle ne résiste pas à l'analyse statistique et qu'elle fait fi des rapports ethniques profondément ancrés dans la société canadienne elle-même, la seconde ne rend pas justice aux actions des Autochtones eux-mêmes qui, par leurs pressions constantes, ont fait des avancées importantes depuis un demi-siècle. La réalité se trouve probablement quelque part entre ces deux visions : à l'image des autres sociétés complexes, multinationales ou multiethniques, le vivre-ensemble est toujours traversé par des rapports de pouvoirs entre ses segments et ses composantes. À ce titre, l'évolution (lente) de la situation sociopolitique des Autochtones au Canada permet d'imager le fait que les quatre prémisses inexprimées de l'ordre constitutionnel canadien mentionnées par la Cour en 1998 – la démocratie, le constitutionnalisme et la règle de droit, le fédéralisme et la protection des minorités – sont des outils qui représentent, ironiquement, à la fois des occasions et des obstacles pour les peuples autochtones.

2 DIVERSES CONCEPTIONS DE LA DÉMOCRATIE

En science politique, la démocratie est un concept des plus polysémiques. Nous pourrions dire, avec la philosophe politique Iris Marion Young, qu'elle est souvent envisagée en matière de degré ou de profondeur. Ainsi, la démocratie, dans son acception « mince » plébiscitaire, peut être qualifiée ainsi : « La démocratie implique la primauté du droit, la promotion des libertés civiles et politiques, l'élection libre et équitable des législateurs¹². » Il s'agit ici d'une vision assez minimaliste, qui met l'accent sur la démocratie représentative et qui traduit un aspect fondamental de la plupart des régimes politiques en Occident.

Cette conception « mince » de la démocratie est à la base de la vision qu'en dégage le Canada depuis sa fondation. En mettant

12. Iris Marion YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 5 (traduction libre de l'auteur).

l'accent sur les concepts de représentation et de confiance envers les institutions de l'État, la démocratie ainsi comprise s'avère cependant incomplète. Par exemple, elle permettra à la Cour, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, d'affirmer que «la Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada¹³». Il importe évidemment de nuancer ce portrait, du fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* comportait un caractère éminemment élitiste et peu démocratique en vertu de la faible représentativité des rédacteurs de la Constitution (en particulier à l'endroit des minorités) et de leurs électeurs (parmi les exclus, notons les femmes, les ouvriers et les Autochtones, entre autres).

La *Loi constitutionnelle de 1982* verra le jour 115 ans plus tard, en étant à son tour précédée d'une négociation entre élites (les premiers ministres fédéral et provinciaux) représentant le peuple. Bien que les exclusions susmentionnées soient maintenant chose du passé¹⁴ – du moins sur le plan théorique – et que les élites soient maintenant élues suivant un suffrage universel¹⁵, l'ensemble des représentants du peuple à la table de négociations au début des années 1980 était toujours masculin et eurodescendant. Le pacte constitutionnel qui en découle s'éloigne d'ailleurs des objectifs du réaménagement constitutionnel de l'époque, lequel devait voir naître une nouvelle entente entre les peuples, puisque la reconnaissance autochtone ne fut pas à la hauteur des attentes et que le Québec fut techniquement exclu du pacte. Le blocage du processus constitutionnel au cours des 25 dernières années au Canada n'a alors pour effet que de perpétuer les vices de cette situation.

13. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 85.

14. Nous savons que des exclusions passives demeurent en raison du revenu, du niveau d'éducation, du sexe et de l'ethnie. À ce sujet, voir Daniel GAXIE, *Le cens caché: inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Éditions du Seuil, 1978. Les Autochtones, en ce qui concerne le vote, n'échappent pas à cette exclusion, bien que la dernière élection fédérale de 2015 ait laissé paraître une certaine mobilisation des Autochtones aux urnes. À ce sujet, voir Simon DABIN, Jean-François DAoust et Martin PAPILLON, «Indigenous Peoples and Affinity Voting in Canada», *Revue canadienne de science politique*, 2019, à paraître.

15. À noter que des réserves persistent toujours quant au poste de premier ministre, qui demeure élu par les seuls électeurs de sa circonscription, et non par l'ensemble des citoyens.

De plus, en dépit des principes de protection des minorités et de respect de la règle de droit inhérents à cette vision du principe démocratique, celle-ci n'est pas exempte d'une critique tocquevillienne de la démocratie, qui y voit une tyrannie de la majorité¹⁶. Même si cette vision « mince » de la démocratie est certes réductrice et ne correspond pas entièrement à la situation canadienne (nous entendons souvent la critique inverse à savoir que la *Charte canadienne des droits et libertés*, entre autres, a retiré un pouvoir important aux représentants légitimes du peuple pour le confier à un « gouvernement des juges » favorisant les minorités¹⁷), elle peut néanmoins constituer un blocage pour l'émancipation et les avancées des droits autochtones.

Les tentatives de changements constitutionnels post-1982, notamment les rondes de négociations constitutionnelles, n'ont donné que peu de résultats. Cela est dû notamment à la formule d'amendement même de la Constitution, qui nécessite l'approbation des assemblées législatives fédérales et provinciales pour entériner un tel changement, institutions où les Autochtones sont fortement minoritaires. Par ailleurs, le précédent de 1992 quant à la nécessité de tenir un référendum pour engager un éventuel changement d'envergure à la Constitution (par exemple, pour l'inscription explicite du droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones et à un « troisième ordre de gouvernement¹⁸ ») constitue un bon exemple illustrant l'ampleur de la tâche qui incombe à quiconque souhaite modifier l'ordre constitutionnel. Il apparaît donc extrêmement difficile, en particulier pour les Autochtones, d'en arriver à un réel changement constitutionnel. De plus, il ne faut pas négliger que l'intégration d'une vision autochtone postcoloniale à la loi fondamentale de la fédération canadienne provoquerait, en outre, un changement profond des mœurs qui pousserait la majorité non autochtone à diminuer ses

16. Cette critique est notamment visible chez Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville et John Stuart Mill.

17. Alain NOËL, « Activisme judiciaire? », *Policy Options*, 1^{er} juin 2006, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/accountability/activisme-judiciaire/].

18. Notons que les Autochtones s'opposent à cette formulation concernant un « troisième » ordre de gouvernement, qui sous-entend une hiérarchisation désavantageuse pour les futurs gouvernements autochtones.

propres privilèges ethniques. C'est du moins la position de ceux qui voient dans cette opération un jeu à somme nulle.

Ce constat nous interpelle sur un enjeu particulier, soit celui des niveaux de démocratie, ou des niveaux des communautés politiques. Au Canada, la volonté de construction d'une communauté politique commune – donc pancanadienne – fut un échec, particulièrement en ce qui concerne les nations minoritaires, dont les Québécois et les Autochtones. Précisément en ce qui concerne les premiers peuples, tout l'enjeu repose alors sur la reconnaissance, par le groupe majoritaire et ses représentants, de l'étendue de leur droit à l'autonomie, voire à la souveraineté, selon les termes des principaux intéressés. Or, voilà ce qu'en dit la Cour :

Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans diverses provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral. Aucune majorité n'est plus, ou moins, « légitime » que les autres en tant qu'expression de l'opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population¹⁹.

Ce principe, au départ très louable, se révèle plutôt bien adapté aux provinces. Il l'est toutefois beaucoup moins pour les Autochtones et pour l'expression de leur majorité propre, laquelle ne trouve pas un réel espace pour se constituer et s'ancrer juridiquement dans le fédéralisme canadien. Formulé autrement, la majorité autochtone n'a pas à sa portée les leviers institutionnels des entités fédérées, comme l'ont, par exemple, les Québécois ou les anglophones. Pourtant, si nous suivons la logique de la Cour, les nations autochtones devraient se trouver aussi « légitimes » que les autres – voire davantage, en raison de l'antériorité de leur présence sur le territoire et de l'histoire coloniale canadienne, qui exigent une forme de justice réparatrice.

C'est là également, dans une certaine mesure, l'argument des Québécois, qui considèrent « leur » majorité au moins aussi légitime que celle de l'ensemble du Canada hors Québec (*Rest of*

19. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 66.

Canada ou ROC), suivant le paradigme des deux peuples fondateurs. Il devient, en pratique, extrêmement difficile d'accorder à chacune de ces majorités un poids égal. Hiérarchiser ces majorités équivaut cependant à nier une conception de la démocratie au profit d'une autre, provoquant un dilemme démocratique. La conciliation des idéaux théoriques et des considérations pratiques s'avère donc difficile.

En tant que principe fondamental sur lequel reposerait le Canada, la démocratie – du moins entendue dans sa conception « mince » – se trouve donc à comporter en elle sa propre limite, en vertu du principe des majorités concurrentes. En effet, ces « majorités », quoi qu'en dise la Cour, ne sont pas reconnues sur un pied d'égalité ni perçues de la sorte par les acteurs.

Il importe toutefois d'apporter quelques nuances à ce tableau, notamment en raison du rôle des tribunaux. Au fil de ses jugements, des correctifs importants ont effectivement été apportés par le pouvoir judiciaire à cette « tyrannie de la majorité » ; pensons aux jugements concernant le titre aborigène, l'évolution du statut des Métis, la reconnaissance de certains droits ancestraux ou issus de traités, etc. D'une certaine manière, la jurisprudence fait donc contrepoids à la masse électorale de la société dominante, représentée par ses élus. Les décisions rendues par les cours de justice demeurent ainsi essentielles pour contrer l'assujettissement des minorités à la seule « raison du plus fort », pour reprendre l'expression du politologue Alain-G. Gagnon.

Cependant, entendue dans sa conception « large », toujours selon les termes de Young, la démocratie peut également être perçue comme un moyen de promouvoir la justice²⁰, alors qu'elle est directement liée au principe du pluralisme. Elle ne s'exerce pas qu'aux élections périodiques, mais d'abord et surtout entre celles-ci. Des penseurs politiques comme Philip Pettit²¹ et Gene-

20. I.M. YOUNG, préc., note 12.

21. Dans le cas particulier des peuples autochtones : Philip PETTIT, « Minority Claims under Two Conceptions of Democracy », dans Duncan IVISON, Paul PATTON et Will SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Londres, Cambridge University Press, 2000, p. 199.

viève Nootens²² défendent aussi cette vision plurielle et participative de la démocratie. À notre sens, seule une telle conception plus substantielle de la démocratie peut favoriser la pleine expression d'un corps politique fragmenté et traversé de clivages séculaires. Elle représente aussi, pour nous, une vision de l'expression citoyenne pouvant se rapprocher des conceptions autochtones, où une place significative est attribuée aux échanges entre visions contrastées, ainsi qu'à la prise de décision par consensus – ce qui implique nécessairement une participation accrue de tous²³.

Or, clairement, les Autochtones ont fait montre d'une expression « large » de la démocratie telle que nous l'avons décrite, et qui s'oppose explicitement à la conception « mince » de celle-ci. Plus précisément, cela s'observe à travers les prises de parole de plus en plus fortes d'actrices et d'acteurs issus de la base autochtone, hors des cercles officiels du pouvoir, et parfois même à l'encontre de ceux-ci. Le mouvement Idle No More, qu'on observa en 2012-2013, représente très bien cette démocratie au sens large. Ce mouvement a permis de rassembler et de conjuguer l'action d'un nombre impressionnant d'acteurs autochtones. Ce fut particulièrement le cas pour les femmes autochtones et les Autochtones urbains, qui ne se sentent pas représentés adéquatement par un gouvernement élu principalement par la société dominante.

Idle No More représente sans doute l'un des gestes les plus démocratiques qui ont donné suite à la saga qu'a constituée le dépôt des projets de loi omnibus C-38 et C-45 en 2012²⁴. À noter qu'on observa également, à l'intérieur de ce mouvement, une certaine opposition envers les chefs de l'Assemblée des Premières Nations et des Conseils de bande (dans ce dernier cas, élus en tant que représentants politiques, symbolisant donc une vision plutôt « mince » de la démocratie). On s'opposait alors à cette vision

22. Geneviève NOOTENS, *Souveraineté démocratique, justice et mondialisation : essai sur la démocratie libérale et le cosmopolitisme*, Montréal, Liber, 2010, p. 26-31.

23. Alfred Gerard TAIATAKE, *Peace, Power, Righteousness : an Indigenous Manifesto*, Don Mills, Oxford University Press, 1999.

24. Présentés dans un contexte déjà tendu entre le gouvernement Harper et les nations autochtones, ces projets de loi prévoyaient, notamment, des changements en ce qui concerne la protection de l'eau et des terres autochtones.

«mince» de la démocratie en mobilisant le langage de sa contrepartie, celui de la démocratie «large».

Concrètement, cela s'est traduit par une volonté de prendre la parole et de s'engager dans une mobilisation citoyenne forte, doublée d'une conception particulière du leadership chez de nombreuses nations autochtones, à savoir la notion de porte-parole plutôt que de représentant politique²⁵. À ce sujet, les actrices principales de ce mouvement ont constamment insisté sur cette notion, refusant le titre de leaders et optant pour une prise de parole libre, pour une structure organisationnelle décentralisée et pour la publicité de revendications communes à l'ensemble des nations autochtones. Cette prise de parole avait pour vocation de promouvoir une véritable justice sociale, s'exprimant d'abord par une prise de conscience des nations autochtones quant à leur propre pouvoir et, ensuite, par l'éducation de la population dominante concernant la nécessité de s'engager dans un véritable dialogue postcolonial²⁶.

La démocratie demeure le moyen privilégié pour l'expression de la liberté politique d'un peuple. En ce sens, la liberté politique des nations autochtones, qui peut être prise en compte par le principe du fédéralisme en tant que vecteur d'autonomie pour les partenaires de l'association politique, se double cependant de la conception mince de la démocratie, qui pose des limites potentiellement importantes aux droits des Autochtones. À ce titre, nous croyons qu'adhérer pleinement aux principes qu'a décrits la Cour en 1998 permettrait au Canada de véritablement s'assumer en tant que fédération multinationale. Cela dégagerait une conception de la Constitution et du fédéralisme comme univers des possibles. Cette vision serait également plus en accord avec le nouveau mantra du gouvernement fédéral; celui de la réconciliation avec les peuples autochtones. Cependant, le fédéralisme comporte également ses propres contradictions internes, tout comme le constitutionnalisme et la protection des minorités, ce que nous développerons dans la prochaine section.

25. A.G. TAIAIAKE, préc., note 23.

26. KINO-NDA-NIMI COLLECTIVE (dir.), *The Winter We Danced: Voices from the Past, the Future, and the Idle No More Movement*, Winnipeg, Arbeiter Ring Publishing, 2014.

3 DES TENSIONS ENTRE LES QUATRE PRINCIPES

Historiquement, l'association politique entre nations ou groupes au sein d'une structure de type « fédéral » est un mode d'organisation politique que l'on retrouve chez de nombreuses nations autochtones. Chez les peuples de tradition sédentaire, l'exemple de la Confédération iroquoise est le plus probant. Chez les peuples de tradition semi-nomade, majoritaires, l'histoire nous rapporte plutôt qu'ils s'organisaient en groupes assez restreints en hiver, pour ensuite se regrouper durant l'été en des rassemblements pouvant atteindre quelques centaines d'individus. Cela leur permettait alors de procéder à des échanges, de célébrer des fêtes et des mariages et, plus largement, de s'entendre quant à la gestion du territoire²⁷. Sans que ces rassemblements se soient structurés selon un principe fédéral ou confédéral clairement déterminé, il demeure que les modalités organisationnelles de ces groupements politiques ressemblent plus à une structure fédérale qu'à celle d'une conception unitaire ou stato-nationale.

Le constitutionnalisme est également une composante importante des traditions autochtones. Nous savons que plusieurs règles de procédure guidaient les décisions prises au sein des communautés politiques autochtones²⁸. Les ceintures de wampums en constituent la partie la plus évidente²⁹. De plus, tout au long des relations entre les peuples au Canada, on vit également l'importance cruciale des ententes et des traités entre les nations. Si l'on considère les traités et les ententes comme étant des composantes intrinsèques du constitutionnalisme – c'est là non seulement ce que proposent d'éminents philosophes politiques, comme James Tully³⁰, mais c'est aussi ce que prévoit la Constitution canadienne lorsqu'elle considère que les traités sont constitutionnellement

27. A.G. TAIAIAKE, préc., note 23, p. 25-27; Denys DELÂGE, *Le pays renversé: Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Boréal, 1991, p. 72-74 et 303.

28. Olive Patricia DICKASON, *Les premières nations du Canada*, Sillery, Septentrion, 1996, p. 62-78; Kiera L. LADNER, « À la recherche d'un nouvel ordre constitutionnel entre les Mi'kmaq et l'État canadien », *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, 2013, p. 83.

29. O.P. DICKASON, préc., note 28, p. 73 et 74.

30. James TULLY, *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1999.

protégés –, on observe donc au Canada une longue tradition de constitutionnalisation de cette relation, laquelle trouve son origine dans les initiatives autant des Autochtones que des non-Autochtones.

Le constitutionnalisme permet également de protéger des droits et de consolider un rapport de force³¹. Selon nous, les ententes, les traités et les divers textes constitutionnels sont tous symptomatiques des rapports de force et des valeurs que chacun des groupes parvient à imposer au moment de leur négociation et de leur entrée en vigueur. Selon la situation et le contexte dans lequel on se trouve, l'agentivité politique autochtone a permis d'extraire un maximum de droits et de reconnaissance. Ainsi, les premiers traités précoloniaux constituent, en quelque sorte, des droits de passage et d'établissement, venant limiter le champ d'actions des non-Autochtones. Ils servaient aussi à formaliser des alliances militaires. On note clairement un rapport de force à l'avantage des Autochtones, lesquels mènent à ce moment le jeu politique.

Alors que basculent les rapports de force entre les nations européennes durant la Conquête, la *Proclamation royale de 1763* reconnaît toujours les droits autochtones sur les territoires de l'Ouest, encore vierges de colonisation. Dans le contexte mouvementé de la Conquête, la Grande-Bretagne cherche ainsi à conserver les Autochtones comme alliés militaires, bien qu'elle entérine également le pouvoir de la Couronne d'accaparer les mêmes terres.

Les « traités numérotés » de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e représentent le renversement du rapport de force : fin des alliances militaires, déclin du commerce des fourrures, situation d'infériorité numérique des Autochtones, problèmes de subsistance liés au déclin des populations de gibier, épidémies, etc. Selon la perspective des Autochtones, ces onze traités avaient pour objectif d'assurer leur survie et de permettre qu'un ensemble minimal de droits leur soit reconnu. Pour les gouvernements non autochtones, toutefois, ils avaient pour vocation de sceller le sort des territoires et de les ouvrir, au maximum, à la colonisation et

31. À ce sujet, voir le chapitre de David Sanschagrin dans le présent ouvrage.

au passage du chemin de fer. La *Loi constitutionnelle de 1867* entérine cette dépendance des Autochtones envers le gouvernement et les réduit à un objet de compétence, tandis qu'en 1876 la *Loi sur les Indiens* précise le cadre législatif de cette soumission, réduisant les Autochtones au statut de « pupilles de l'État ».

Or, en raison de l'évolution de la jurisprudence canadienne (en particulier le jugement *Calder* en 1973 reconnaissant les droits ancestraux) et des mœurs politiques au Canada et à l'international, la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait pas rester (quasi) muette quant à la place des Autochtones. La reconnaissance de 1982 et de 1983 reste néanmoins très limitée. De même, les conférences constitutionnelles subséquentes ont échoué à canaliser une réelle volonté politique pour transformer ce rapport de force et pour ré-imaginer le Canada dans une perspective véritablement multinationale. Ensuite, bien que l'Accord du lac Meech (1987-1990) faisait abstraction de la question autochtone, l'Entente de Charlottetown (1992) était porteuse de changements significatifs pour les populations autochtones. L'Entente fut toutefois rejetée par référendum par une majorité de la population, tant au Québec que dans le reste du Canada. Depuis, les décisions rendues par les tribunaux, les ententes ponctuelles conclues et les politiques à la pièce semblent les seuls moteurs de changements.

Quant à ces derniers outils, ils restent, eux aussi, fortement influencés par les rapports de force en place. C'est effectivement ce qui ressort d'une analyse critique des ententes et des jugements des cours de justice, qui tendent d'ailleurs à hiérarchiser les droits des Autochtones, même s'ils sont constitutionnalisés, et les droits d'autres parties, que celles-ci soient gouvernementales ou privées³². Il va sans dire que cette hiérarchisation s'effectue aux dépens des droits des Autochtones. Ainsi, on peut porter atteinte à un droit ancestral pour poursuivre des objectifs jugés impérieux et réels³³; il en est de même pour le titre aborigène³⁴.

32. Pierrot ROSS-TREMBLAY et Nawel HAMIDI, « Les écueils de l'extinction : les premiers peuples, les négociations territoriales et l'esquisse d'une ère postcoloniale », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 43, n° 1, 2013, p. 51-57.

33. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

34. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.

À l'inverse, un groupe autochtone doit démontrer qu'il possède un droit ancestral et un titre aborigène au moyen d'un test, dont les critères établis par la Cour suprême sont très contraignants. Rappelons à cet effet que la Cour demeure l'ultime juge de ce test.

Envisageons maintenant le constitutionnalisme en tant que structure (institutionnelle) de possibilités pour les groupes. Cela nous amène naturellement à considérer simultanément le cadre fédéral de l'État canadien, qui est cependant lui aussi une arme à double tranchant. Il permet certes d'accommoder la diversité interne en multipliant les sources du pouvoir politique et en décentralisant le processus de prises de décision. Toutefois, il présente également une plus grande possibilité de blocage en raison de la multiplicité des interlocuteurs appelés à intervenir lors des négociations, que ce soit pour conclure des ententes d'autonomie gouvernementale ou pour réaliser des changements constitutionnels d'envergure.

En multipliant le nombre de partenaires légitimes dans la discussion constitutionnelle, ce principe tend à limiter la possibilité que d'autres partenaires soient admis au cercle décisionnel. En effet, les partenaires déjà « reconnus » parties prenantes aux discussions constitutionnelles ne risquent pas de vouloir « diluer » leur influence potentielle en admettant de nouvelles voix au dialogue. Cela rend d'autant plus difficile la remise en question, même de façon partielle, du cadre constitutionnel colonial et, par conséquent, de l'identité coloniale.

Les Autochtones se retrouvent donc pris dans un régime constitutionnel qui partage à peu près tous les pouvoirs entre les deux seuls ordres de gouvernement formellement reconnus par la Constitution, soit le fédéral et les provinces. Cela est à la source de ce que nous appellerons l'aporie constitutionnelle, soit la contradiction fondamentale entre la reconnaissance des droits ancestraux des Autochtones au point de vue constitutionnel, duquel découle logiquement un droit à l'autonomie gouvernementale, et le fait qu'au sein de la Constitution pratiquement tous

les pouvoirs ont été déjà distribués entre le fédéral et le provincial³⁵.

Compte tenu de ce blocage, le fédéralisme par traités, ou « fédéralisme par le bas », pour reprendre la formule de Martin Papillon³⁶, semble être la voie privilégiée par une frange importante de la population et des politiciens autochtones. Elle représente effectivement une sorte de voie mitoyenne entre le *statu quo*, inacceptable en raison de sa nature profondément coloniale, et la vision constitutionnelle progressiste qu'on pouvait espérer voir se concrétiser dans les années 1980 et 1990.

En fait, le fédéralisme par traités apparaît comme une solution de politique appliquée permettant de contourner le non-sens constitutionnel canadien. Cependant, nous en connaissons les embûches : les gouvernements sont à la fois juges et parties de ces négociations, les négociations sont interminables et très coûteuses, des droits pourtant reconnus sont remis dans la balance, réduits, voire éteints, en échange d'autres droits pourtant également reconnus, etc. C'est ici, précisément, que réside le problème du fédéralisme par traités. Il s'agit d'un problème lié non pas à la nature même de ce principe, mais plutôt au contexte qui nous y amène.

La transformation souhaitable des identités – de coloniales à postcoloniales – pourra ainsi s'effectuer seulement de façon limitée, la Constitution balisant l'étendue des discussions possibles. Soulignons aussi que le simple fait de conclure une entente politique ne permet en rien de sortir d'un cadre de domination. Comme l'observait déjà David Hume, « la plupart des associations politiques sont fondées sur la conquête ou l'usurpation, et non sur le consentement³⁷ ». Les traités numérotés illustrent clai-

35. Voir, à ce sujet, Jean-Olivier ROY, « Autonomie gouvernementale des Autochtones : l'aporie constitutionnelle », *Les cahiers du Ciéra*, n° 3, avril 2009, p. 17-28.

36. Martin PAPILLON, *Federalism from Below? The Emergence of Aboriginal Multilevel Governance in Canada: a Comparison of The James Bay Crees and Kahnawa:ke Mohawks*, thèse de doctorat, Département de science politique, Université de Toronto, 2008.

37. David HUME, cité dans James TULLY, « IV. Concluding Reflections : Consent, Hegemony and Dissent in Treaty Negotiations », dans Jeremy WEBBER et

rement cette situation : ils ont servi à la prise de possession par l'État d'immenses territoires autochtones – ce qui est assimilé selon plusieurs experts à rien de moins qu'une « gigantesque fraude » – dont les effets se font ressentir encore aujourd'hui chez les nations autochtones concernées, lesquelles cherchent, par divers moyens légaux, à amener les gouvernements à respecter les termes de ces ententes plus que centenaires.

Néanmoins, les Autochtones ne rejettent évidemment pas l'ensemble du pacte constitutionnel ni, *a fortiori*, le constitutionnalisme en tant que pacte et fruit de négociations entre les groupes. Ils militent plutôt pour une plus grande reconnaissance des principes qui ont présidé à leur inclusion dans la Constitution, comme en témoignent les multiples références dans les discours autochtones à l'article 35 (1) qui reconnaît leurs droits ancestraux. Par ailleurs, la portée de cet article ne cesse d'évoluer au fil des jugements – dont les causes sont portées devant les tribunaux par les principaux intéressés – et des décisions gouvernementales – incluant notamment le droit à l'autonomie gouvernementale et le titre aborigène.

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998 montre certes une ouverture pour interpréter les textes constitutionnels d'une manière qui soit plus hospitalière à l'endroit des groupes minoritaires, tout comme il souligne l'importance de formaliser un dialogue entre les partenaires politiques se situant au-delà du seul légalisme. Cependant, le Renvoi de 1998 est porteur d'une vision somme toute assez optimiste – voire jovialiste – à l'endroit du pacte constitutionnel. Dans la réalité, il s'agit d'un contrat dans lequel les Autochtones ont dû s'inviter, plutôt que d'y être inclus d'office, et dans lequel les Autochtones souhaitaient être reconnus comme des « nations » et « partenaires » à part entière, plutôt que comme des minorités – ce que sous-entend la Cour³⁸. Concernant ce dernier point, nous pourrions ajouter, avec le professeur Daniel Salée, que l'État perpétue ainsi les rapports de pouvoirs en appliquant des principes de tolérance qui impliquent

Colin M. MACLEOD (dir.), *Between Consenting Peoples. Political Community and the Meaning of Consent*, Vancouver, UBC Press, 2011 (traduction libre de l'auteur).

38. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 82.

nécessairement une hiérarchie entre les nations qui remettent en question la valeur accordée à cette forme de reconnaissance³⁹ :

Tolérer ou même reconnaître l'Autre signifie au fond qu'on le campe du coup dans une position subalterne ; que l'on a pris fait et acte de sa différence, de son extériorité originelle à la communauté politique, et qu'on lui rappelle que les paramètres sous-tendant la communauté politique et les conditions d'appartenance à l'espace national ont été établis avant lui, sans lui, voire contre lui ; que l'on tient toujours à préserver ces paramètres et que l'on veut bien finalement accepter sa présence, mais selon des règles qu'il ne lui appartient pas de définir⁴⁰.

Cela ne signifie pas que des avancées significatives sont impossibles sous le régime actuel. De telles avancées pourraient même s'avérer en l'absence de changements constitutionnels explicites. À cet égard, les ententes d'autonomie gouvernementale permettent déjà certains progrès, notamment sur les plans de la pratique de la gouvernance, de la cogestion du territoire, de la culture, etc. Bien que ces « avancées » demeurent timides en comparaison avec l'autonomie politique et territoriale précoloniale, il n'est pas interdit de penser que ces relations entre les peuples scellées par les ententes permettent, à terme, l'émergence d'une nouvelle identité et citoyenneté. Avec le temps, cela pourrait poser les fondations pour édifier un troisième chemin entre une voie plus traditionnelle, faite de résistance, et une voie plus assimilationniste, qui accepte les présupposés de l'État et de la citoyenneté dite « moderne » et libérale.

D'ailleurs, selon le philosophe politique James Tully, les identités sont non seulement en perpétuelle transformation, mais cette transformation s'est accentuée au cours des dernières décennies, justement par ce dialogue avec l'autre :

la politique de l'identité n'est pas semblable aux luttes traditionnelles. Elle n'est pas une lutte pour une reconnaissance définitive

39. Voir, par exemple, Charles TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994 ; Michel SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal, Boréal, 2008.

40. Daniel SALÉE, « Peuples autochtones, racisme et pouvoir d'État en contextes canadien et québécois : éléments pour une ré-analyse », *Nouvelles Pratiques sociales*, vol. 17, n° 2, 2005, p. 67.

d'une identité authentique, autonome et réalisée par elle-même, car une telle identité fixée n'existe pas. Donc, de la même façon que les négociations ne doivent pas être étudiées avec l'idée restrictive du consensus, les formes de reconnaissance mutuelle ne doivent pas être envisagées comme idéal d'une reconnaissance définitive. Une telle identité est une chimère, comme l'étaient l'ancienne identité libérale impartiale et l'identité nationale uniforme. Plutôt, parce que les identités en lice sont modifiées au cours des contestations, l'objectif de la politique de l'identité est d'assurer qu'aucune relation de reconnaissance mutuelle n'est une structure de domination fixe et inchangeable, mais qu'elle est plutôt ouverte à la question démocratique, à la contestation, et qu'elle se modifie avec le temps, au rythme des changements de l'identité des participants. En conséquence, la politique de l'identité fait référence à la liberté démocratique des divers peuples et personnes, pour modifier les normes de la reconnaissance publique de leurs associations politiques tandis qu'ils se modifient eux-mêmes⁴¹.

La colonisation a longtemps été, et sans doute l'est-elle encore, le contexte dans lequel se construit cette identité. Or, suivant les réflexions de Tully, un des présupposés pour toute négociation politique qui soit équitable consiste justement en la remise en question de ces identités. Ainsi, le contexte politique de la relation entre les nations étant qualifié de colonial, si les identités changent dans la relation et dans la négociation, il est impératif que ces identités prennent le chemin postcolonial. Pour ce faire, certaines conditions doivent être satisfaites pour qu'un véritable dialogue politique s'opère. Fondamentalement, ces conditions ont trait à la reconnaissance mutuelle et à la réciprocité. À notre avis, dans les négociations avec les Autochtones – quelles qu'elles soient –, il est loin d'être évident que les identités soient fondamentalement remises en cause par les gouvernements et la société majoritaire.

«La constitution n'est pas un carcan⁴²», nous dit la Cour suprême. Tully, dans un texte important analysant le *Renvoi relatif*

41. James TULLY, «Identity Politics», dans Terence BALL et Richard BELLAMY (dir.), *The Cambridge History of Twentieth-Century Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 533 (traduction libre de l'auteur).

42. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 150.

à la sécession du Québec et dont nous reproduisons ici un extrait, avait d'ailleurs répondu à cette affirmation :

Un membre qui cherche à se voir reconnaître en tant que nation (dans une forme elle-même ouverte à la contestation) est libre dans la mesure où les possibilités de discussions, négociations et amendements ne sont pas bloquées, en pratique, par des contraintes arbitraires. La Constitution d'une société où sévit un pareil blocage doit être considérée comme une *camisole de force* ou comme une *structure de domination*. Cette situation d'absence de liberté peut être illustrée, au Canada, autant par le cas du Québec que par celui des Premières Nations⁴³.

Or, la rigidité de la Constitution ne réside pas seulement dans la Constitution en elle-même, ou dans sa procédure d'amendement ni dans les jugements des cours de justice (au moins en ce qui concerne le présent renvoi). Plutôt, cette rigidité repose d'abord et avant tout sur un manque de volonté de la part des élites politiques, étant elles-mêmes le reflet d'une majorité refusant de délaissier ses privilèges, pour la plupart « invisibles » ou « normalisés ». En quelque sorte, c'est donc la démocratie (en tant que tyrannie de la majorité) qui nuit à la démocratie en tant qu'expression de la liberté politique des peuples et des nations. Si notre régime vient limiter cette tyrannie de la majorité par le principe de protection des minorités, il faut réitérer que les Autochtones aspirent à être plus que des *minorités* qui demandent à être protégées. Ils exigent d'être reconnus au titre de partenaires à part entière de l'association politique canadienne. Par ailleurs, la protection constitutionnelle des Autochtones, si elle est importante, demeure nettement insuffisante.

La Cour affirme également que la Constitution est adaptable, et que « ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique⁴⁴ ». Mais la continuité et la stabilité peuvent aussi être perçues comme des blocages, pour les groupes qui se sentent lésés, voire qui contestent les fondements mêmes d'un pacte

43. James TULLY, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 2, 1999, p. 30 (nos italiques).

44. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 13, par. 33.

constitutionnel. La stabilité et la continuité peuvent donc être vues aussi comme la continuation de la domination. Les avancées extraconstitutionnelles – toujours insuffisantes, faut-il le réitérer – peuvent également être perçues comme des arrangements cosmétiques ou encore comme des modifications permettant au système de rester en place. En effet, cela peut équivaloir à aller chercher l’assentiment des populations dominées par l’ordre colonial, ce qui ne représente, pour des auteurs militants autochtones autant que pour certains chercheurs, qu’une forme de domestication⁴⁵. La Constitution et les lois étant avant tout l’expression d’un certain rapport de force, cela rend difficile la modification de ces rapports par ceux-là mêmes qui en sont désavantagés.

CONCLUSION

Les principes amenés par la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* se rapprochent significativement des conceptions politiques traditionnelles autochtones. Ils permettent aussi une ouverture théorique vers une véritable démocratie et fédération multinationale. Au-delà de cet aspect théorique, toutefois, l’effet de ces « prémisses inexprimées » de l’ordre constitutionnel canadien est limité par leurs contradictions internes, qui représentent à la fois des occasions et des obstacles pour un aménagement équitable de la diversité, notamment en ce qui concerne les Autochtones.

Afin de surmonter ces tensions, nous croyons qu’il est crucial d’accepter une vision large de la démocratie, valorisant la participation citoyenne des populations et la promotion de la justice plutôt que la simple élection de représentants et le respect de la règle de droit. En ce qui concerne le constitutionnalisme, les avancées des dernières décennies sont certes salutaires, mais la Constitution et le fédéralisme constituent autant d’occasions que de limites pour qu’une véritable transformation des rapports de force s’opère, pour s’émanciper d’un cadre politique colonial. Quant à la protection des minorités, elle représente, encore une

45. Avigail EISENBERG, « L’évaluation publique de l’identité autochtone », dans Michel SEYMOUR (dir.), *La reconnaissance dans tous ses états: repenser les politiques de pluralisme culturel*, Montréal, Québec Amérique, 2009, p. 227.

fois, un principe louable. Cependant, en raison de la logique de domination implicite qu'elle implique, celle-ci représente plutôt mal l'horizon d'attentes et les aspirations politiques des Autochtones. Ces derniers souhaitent s'engager dans un dialogue d'égal à égal ou, selon l'expression consacrée, de « nation à nation ».

Nous avons bon espoir que des changements essentiels sur les plans constitutionnel, politique, social, culturel et économique, qui permettraient au Canada de se diriger vers une véritable relation postcoloniale avec les peuples autochtones, surviendront dans un avenir plus ou moins rapproché. Loin de provenir par le haut, comme on pouvait le souhaiter durant les années de grands chantiers constitutionnels, ces changements passeront inévitablement par une transformation progressive des identités chez la population dominante. De plus, elle sera sans aucun doute propulsée par les initiatives démocratiques issues de la base.

PARTIE 3

LE CONSTITUTIONNALISME CANADIEN :
GOUVERNANCE, DENSIFICATION ET TENSIONS

Le Renvoi de 1998 et la gouvernance judiciaire : légitimer la domination

DAVID SANSCHAGRIN*

Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. À ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement leurs penchants aristocratiques; à son amour de la nouveauté, leur respect superstitieux de ce qui est ancien; à l'immensité de ses desseins, leurs vues étroites; à son mépris des règles, leur goût des formes; et à sa fougue, leur habitude de procéder avec lenteur.

Alexis DE TOCQUEVILLE

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec serait « un des deux plus importants arrêts “de toute l’histoire de la Cour suprême du Canada”¹ », selon l’ancien juge en chef Antonio Lamer². L’éminence du Renvoi découle de la crise constitutionnelle qui l’a précédé (référendum de 1995) et de la controverse politique qui l’a suivi (*Loi sur la clarté référendaire* et *Loi sur l’autodétermination du Québec*). La saillance du Renvoi s’explique aussi par sa nature « méga-politique³ » : une mise en récit officielle des fondements de l’État canadien et du *demos* (de la nation, du peuple) qui lui donne sa légitimité. Alors que le Canada est déchiré par des débats poli-

* Doctorant en science politique, Université du Québec à Montréal. L’auteur tient à remercier Amélie Vaillancourt Chartrand, Félix Mathieu et Dave Guénette de leurs commentaires avisés.

1. Avec le Renvoi: *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.
2. Alain-Robert NADEAU et Michel VENNE, « Antonio Lamer en entrevue exclusive au Devoir », *Le Devoir*, 11 janvier 2000.
3. Ran HIRSCHL, « The Judicialization of Politics », dans Gregory A. CALDEIRA et coll. (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 120.

tiques sur les fondements de son régime, la magistrature, par sa plume, a cherché à y mettre un terme.

En légalisant la sécession, tout en la balisant sévèrement, la Cour a satisfait toutes les parties qui, à Québec et à Ottawa, clamèrent victoire. Le *Renvoi*, jugé nuancé, a recueilli une réception positive, auprès des politiques et des universitaires canadiens et québécois.

Depuis 1998, le *Renvoi* a fait l'objet d'une foison d'analyses, qui l'ont situé par rapport au contexte politique, à la culture juridico-politique canadienne, aux convictions et aux calculs politiques des juges devant convaincre différents auditoires⁴, à l'état de la jurisprudence, au fonctionnement des institutions étatiques et fédérales, aux rapports de force entre deux *demos* et deux imaginaires nationaux⁵.

Toutefois, ces analyses ne s'inscrivent pas sur le temps long. Elles négligent aussi les aspects structurels et symboliques de la domination étatique – à laquelle participe au premier chef le droit. En effet, le pouvoir symbolique de l'institution judiciaire dépasse de loin la simple politique partisane, ou encore la volonté des acteurs d'obtenir tel ou tel résultat (comme des juges de chercher à se justifier auprès de leurs auditoires). C'est en adoptant une autre perspective, de sociologie historique et politique, que l'on peut apprécier le *Renvoi* pour ce qu'il est : un rituel judiciaire permettant la réaffirmation symbolique de l'autorité, de l'universalité et de la légitimité de l'État canadien et de sa Constitution, grâce à l'un de ses organes, la Cour suprême. Il s'agit d'une intégration judiciaire – en astreignant tous les acteurs aux mêmes règles du jeu et dans le même univers normatif – qui est en même temps une forme de domination structurelle subtile. En effet, cette domination ne découle pas d'une « volonté de puissance » des acteurs, mais d'effets de croyance (dans le rôle que l'on croit devoir remplir, dans l'idée que l'on se fait de son institution, dans

4. La population, les politiques, les juristes, les médias, les parties au litige. Voir André LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

5. Pour un aperçu de la littérature sur le sujet, voir : *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 6, 2014, «Le renvoi relatif à la sécession du Québec»; David SCHNEIDERMAN (dir.), *The Quebec Decision*, Toronto, Lorimer, 1999.

la conception que l'on a de la justice, etc.) et de pratiques sociales «naturalisées», par la contrainte, la socialisation et le temps.

La nature symbolique du pouvoir, qui est fonction de sa légitimité et de sa sacralité, dépend d'une panoplie de rituels théologico-politiques (cérémonies d'investiture, élections, contestation d'un pouvoir local par la justice centrale, etc.), qui réaffirment l'adéquation entre l'autorité centrale et le système de valeurs d'une société⁶. L'État, pour se faire obéir et pour se perpétuer, doit donc faire advenir et refléter les valeurs dominantes et «officielles» d'une société, c'est-à-dire la vision du majoritaire. Bref, «l'État, c'est le lieu d'où l'on dit l'officiel⁷».

Le majoritaire, dans un jeu de force concentrique, voit «ses» valeurs et pratiques être «les» valeurs et pratiques officielles, qui sont socialement disséminées, confortant de la sorte sa vision patriotique et moniste (universelle) de son État et de sa société. Ce qui l'amène à reconnaître le «particularisme» culturel, inférieur et illégitime, des minoritaires, occultant de la sorte le sien propre. Il s'agirait d'un réflexe d'autojustification: «[C]elui dont la situation est la plus favorable ressent le besoin irréprensible de regarder le contraste qui joue en sa faveur comme "légitime", sa propre situation comme "méritée" et celle d'autrui comme imputable, d'une façon ou d'une autre, à sa "responsabilité"⁸.»

La *Charte canadienne des droits et libertés* et sa gardienne, la Cour, occupent à cet égard une place prépondérante dans l'imaginaire national canadien⁹, qui est un «patriotisme constitutionnel¹⁰». La légitimation de la domination, dans le régime canadien, prendra donc (mais pas exclusivement) la forme légale-rationnelle, au sens wébérien. Le forum judiciaire, au sein de

6. Clifford GEERTZ, «Centers, Kings, and Charisma», dans *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983, p. 121.

7. Pierre BOURDIEU, *Sur l'État*, Paris, Seuil, 2012, p. 95.

8. Max WEBER, *La domination*, Paris, La Découverte, 2013, p. 59.

9. Adam COTTER, *La confiance du public envers les institutions canadiennes*, Ottawa, Statistique Canada, 2015; Maire SINHA, *Identité canadienne*, Ottawa, Statistique Canada, 2015.

10. Eric ADAMS, «Constitutional Nationalism», dans Lois HARDER et Steve PATTEN (dir.), *Patriation and its Consequences*, Vancouver, UBC Press, 2015, p. 50.

l'État, sera aussi en meilleure position de produire des décisions auxquelles les parties se sentiront liées.

L'argumentaire déployé ici se déclinera en sept parties, qui permettront d'étayer la thèse avancée, soit l'existence d'une domination structurelle par le droit. (1) La nature symbolique du pouvoir étatique sera précisée en premier lieu. (2) Le concept de la loi supérieure, comme émanation symbolique, sera ensuite défini. (3) Les similitudes absolutistes entre la loi supérieure et la volonté générale seront présentées, puis (4) elles seront évaluées à travers le prisme de la légitimité en régime représentatif. (5) L'institution judiciaire, ne pouvant prétendre être démocratique, participerait ainsi d'une configuration contemporaine du pouvoir : la gouvernance. (6) Or, la gouvernance judiciaire est une gestion conservatrice de l'ordre établi et, (7) le *Renvoi* constitue un exemple probant de domination légale-rationnelle. En conclusion, la connexion entre pouvoir symbolique, droit, nationalisme majoritaire et domination sera exposée.

1 LE POUVOIR SYMBOLIQUE DE L'ÉTAT

L'édification et la consolidation de l'État découlent d'un processus de construction sociale de la réalité et de la centralisation normative, auxquelles ont largement contribué les juristes, en tant que dépositaires d'un langage (juridique) et d'une technique (administrative) de pouvoir issus de l'Empire romain¹¹. Les juristes sont ainsi les « prophètes juridiques », héritiers d'un droit romain lié au Moyen Âge à l'idée d'empire universel¹². Ce sont les « maîtres du discours [qui] peuvent faire croire ce qu'ils disent », « qui sont les moteurs de l'universel, de l'universalisation¹³ ». Participants à l'édification de l'État et à l'extension de son rayon d'action, les juristes ont vu croître leur propre pouvoir et cristalliser leur caste¹⁴. L'État – à la fois élite au pouvoir, institutions et imaginaire social – commande l'obéissance grâce à son monopole du pouvoir matériel (armée, impôts, administration,

11. P. BOURDIEU, préc., note 7, p. 94, 95 et 520-528.

12. Ernst KANTOROWICZ, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, vol. 8, n° 32, 1995, p. 19 et 20.

13. P. BOURDIEU, préc., note 7, p. 425 et 427.

14. *Ibid.*, p. 95.

etc.) et symbolique (unification des psychés autour de normes, de valeurs et d'une vision de la société, notamment grâce aux effets performatifs du discours juridique). Le pouvoir symbolique de l'État est donc normativement intégrateur: «l'intégration [...] est la condition de la domination¹⁵». Dit autrement, «l'État, c'est la souveraineté. Mais la souveraineté ne règne que sur ce qu'elle est capable d'intérioriser¹⁶».

À cet égard, Jean-Jacques Rousseau soulignait que «[l]e plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir¹⁷». Pierre Bourdieu avançait aussi que, «si les rapports de force n'étaient que des rapports de force physiques, militaires ou même économiques, il est probable qu'ils seraient infiniment plus fragiles et très faciles à renverser¹⁸». Pour parvenir à cette fin – convertir la force en domination légitime –, le majoritaire ne peut contraindre le minoritaire à obéir à une norme à laquelle il ne croit pas lui-même¹⁹.

La domination légitime – et l'obéissance qui en découle – est donc affaire tout autant de croyance (de symboles), liant majoritaire et minoritaires, que de pouvoir matériel. Or, le majoritaire est justement celui-là même qui est au contrôle des institutions centrales, qui sont productrices des discours officiels dessinant l'univers symbolique (l'ensemble de règles, de normes et de valeurs) dans lequel s'inscrivent les rapports majoritaire/minoritaire.

La Cour suprême est ainsi un instrument structurel permettant la réaffirmation symbolique de l'univers normatif du majoritaire, auquel est intégré le minoritaire. Réaffirmation qui découle du rôle «normal» et «attendu» d'un tribunal de dernière instance, dans un régime libéral constitutionnel contemporain. Réaffirmation qui s'inscrit donc dans un univers de croyances, légitimant

15. *Ibid.*, p. 352.

16. Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI, *Mille plateaux*, Paris, Minuit, 1980, p. 445.

17. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Aubier Montaigne, 1943, p. 67.

18. P. BOURDIEU, préc., note 7, p. 258.

19. *Ibid.*, p. 83, 227 et 564.

et renforçant tout à la fois le pouvoir d'énonciation (performatif) des juges.

2 LA LOI SUPÉRIEURE

Le penseur libéral James Tully interprète le *Renvoi* à partir d'une épistémologie démocratique et nationaliste. Ses conclusions dithyrambiques peignent le portrait d'un ultime arbitre constitutionnel, dont l'avis ouvre une brèche démocratique et égalitaire dans le régime juridico-politique canadien qui, depuis 1982, constituait une camisole de force antidémocratique pour ses nations minoritaires. En effet, pour Tully, jusqu'à la fin des années 1990, le Canada n'est pas un pays libre et démocratique, car sa Constitution constituait une structure de domination pour les nations minoritaires (autochtones et québécoise), à qui la nation majoritaire pouvait imposer des changements constitutionnels sans leur consentement ou leur imposer un *statu quo* qui ne reconnaît pas leur spécificité²⁰.

L'obligation constitutionnelle de négocier dont parle le *Renvoi* – basée sur les principes sous-jacents de la Constitution « découverts » par les juges – laisse espérer une démocratisation et une multinationalisation du régime. La Cour jouerait ici un rôle institutionnel crucial, en assurant le caractère fonctionnel du régime fédéral et en défendant le droit à l'autodétermination des nations minoritaires, dont la volonté clairement exprimée de modifier le pacte constitutionnel (pour le réformer ou faire sécession) ne pourrait plus être ignorée par la majorité²¹.

Tully défend une vision pour le moins étrange – face au projet moderne de l'approfondissement démocratique de l'autonomie²² – d'une démocratisation du régime par le haut (ou « révolution passive »), à partir du cénacle judiciaire, décrit comme le gardien des valeurs démocratiques de l'ordre constitutionnel et l'éduca-

20. James TULLY, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », *Globe*, vol. 2, n° 2, 1999, p. 30.

21. James TULLY, « Introduction », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 32.

22. Marcel GAUCHET, « Pourquoi *L'Avènement de la démocratie*? », *Le Débat*, vol. 193, n° 1, 2017, p. 182.

teur à la raison publique²³. Pour Antonio Gramsci, la «révolution passive» permet de contenir les forces oppositionnelles radicales (l'antithèse) en les intégrant partiellement à l'ordre établi (la thèse), de manière à créer un nouvel ordre largement tributaire de l'ancien (donc une synthèse qui doit plus à la thèse qu'à l'antithèse)²⁴.

Cela dit, Tully n'est pas le seul à défendre une telle vision. Le philosophe libéral John Rawls conçoit que la Cour suprême interprète, non pas la seule Constitution écrite, mais une loi supérieure (*higher law*), qui incorporerait la tradition politique libérale démocratique et l'impératif de justice comme équité (*justice as fairness*). Ainsi, le contrôle judiciaire dépendrait de la lecture que se font les juges des méta-normes qui donnent vie au régime de démocratie constitutionnelle²⁵. Les juges sont appelés à justifier rationnellement leur décision par rapport à ces méta-normes, et jouent par le fait même un rôle d'éducateur à la raison publique²⁶.

3 LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

Tully, tout comme Rawls, accepte qu'une Cour suprême puisse être, en même temps qu'elle interprète la loi supérieure, un pouvoir constituant qui procède à un amendement extra-légal, dans le but de rendre le régime plus juste et plus démocratique. Les échos de la «volonté générale» et du «législateur» de Rousseau sont ici manifestes.

Ce dernier définit ainsi l'État et sa volonté générale: «Le Corps politique est donc aussi un être moral qui a une volonté; et cette volonté générale, qui tend toujours à la conservation et au bien-être du tout et de chaque partie, et qui est la source des lois, est pour tous les membres de l'État par rapport à eux et à lui,

23. James TULLY, «The Unattained Yet Attainable Democracy», *The Desjardins Lecture*, 23 mars 2000.

24. Antonio GRAMSCI, «Notes sur Machiavel», dans *Gramsci dans le texte*, Paris, Éditions sociales, 1975, p. 415-580.

25. John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 165 et 166.

26. *Ibid.*, p. 264.

la règle du juste et de l'injuste²⁷. » Selon lui, « la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun²⁸ ». Elle constitue ainsi les normes constitutionnelles.

Or, il faut réitérer que l'unanimité de cette « volonté » ne découle pas d'une délibération populaire. Elle est en quelque sorte déjà là ; elle dépasse les aléas de la vie politique, car le peuple peut se tromper ou être trompé²⁹. Rousseau croit que le peuple a ainsi besoin des lumières d'un guide, d'un législateur, pour que *sa volonté particulière* aille dans le sens de *la volonté générale*. Pour le dire simplement, le législateur doit être au-delà de la politique pour gouverner les lois. Ce dernier se manifeste dans les moments de fondation et de refondation d'un régime, « d'un corps politique, d'un peuple, alors que celui-ci a besoin d'être institué, de recevoir ses lois fondamentales³⁰ ».

Il y a donc des similitudes absolutistes entre la « loi supérieure » et la « volonté générale », entre la Cour suprême et le législateur, appelés tous deux à formuler et à reformuler un ordre constitutionnel et à gouverner les lois, tout en éduquant le peuple à la raison. Comment penser légitimement que le constituant puisse être en dehors du *demos* et en délimiter son horizon normatif, tout en voulant le représenter ? N'y a-t-il pas ici un coup d'État symbolique du juridique sur le politique, qui est occulté à l'ère du constitutionnalisme libéral³¹ ? Enfin, n'est-ce pas étrange de ramener ainsi une sorte de vérité transcendante – la « loi supérieure » interprétée par des sages – qui provient d'une source externe au débat public et à la décision politique, alors que la

27. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, Genève, Villard, 1758, p. 9 (transcrit en français moderne).

28. J.-J. ROUSSEAU, préc., note 17, p. 135.

29. Bernard MANIN, « Volonté générale ou délibération ? », *Le Débat*, vol. 33, n° 1, 1985, p. 4-8.

30. Jean-Jacques CHEVALLIER, « Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale », *Revue française de science politique*, vol. 3, n° 1, 1953, p. 21.

31. Le constitutionnalisme libéral signifie que le fonctionnement de l'État, l'étendue de ses pouvoirs et ses rapports avec la société civile sont régulés par une Constitution, dont le pouvoir judiciaire est le gardien et l'interprète ultime. Il implique aussi la protection des libertés fondamentales, assurant l'autonomie d'une sphère de liberté privée face à l'État.

démocratie serait plutôt « indétermination radicale³² » quant aux fins et impliquerait que le *demos* se donne sa loi³³ ?

4 LA LÉGITIMITÉ EN RÉGIME REPRÉSENTATIF

Depuis l'ère des révolutions, le gouvernement représentatif renouvelle sa légitimité – son autorité morale – par l'élection et le principe majoritaire, car « toute autorité légitime dérive du consentement de ceux sur qui elle est exercée³⁴ ». L'élection (ou le référendum) serait le rituel théologico-politique par lequel le peuple se délesterait de sa souveraineté pour la remettre, un temps, dans les mains de ses représentants, à qui il doit obéissance. Les représentants pourraient ainsi gouverner en son nom et même, dans plusieurs monarchies parlementaires comme le Canada, adopter ou modifier une Constitution sans caution référendaire. Le contrat social de la modernité libérale n'est donc pas celui qui est théorisé par John Locke³⁵, où les citoyens rassemblés se donnent un gouvernement pour protéger leurs libertés, auquel ils peuvent, par droit de résistance, retirer toute autorité s'il est despotique. Il s'agirait plutôt d'une entente tacite (d'un régime mixte oligarchique et démocratique), où la lutte pour le pouvoir des dominants est sublimée par la procédure électorale, qui donne à chaque citoyen une chance égale de choisir la faction de son choix, renouvelant par le fait même la légitimité de l'État³⁶.

Puisque le gouvernement représentatif est né sur les ruines de l'arbitraire royal, ce régime accepte de limiter son propre pouvoir par la règle de droit et les libertés individuelles, garanties notamment par les tribunaux. À cet égard, l'amendement extra-légal d'une Constitution par un tribunal non élu – à différencier du caractère limitatif du contrôle judiciaire des lois –, pour en modifier fondamentalement la substance, pose la question de

32. Claude LEFORT, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1981, p. 174.

33. Cornelius CASTORIADIS, « La démocratie comme procédure et comme régime », dans *La montée de l'insignifiance*, Paris, Seuil, 1996, p. 267.

34. Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 114.

35. John LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

36. B. MANIN, préc., note 34, p. 171-206.

la source de la légitimité d'une telle action. En effet, le nombre, comme marqueur de légitimité, s'explique par le fait qu'à l'ère démocratique il n'y a plus de titre à gouverner, selon l'expression du philosophe Jacques Rancière : ni la sagesse, ni la naissance, ni la force, ni l'argent ne sont censés ouvrir la voie vers le pouvoir souverain³⁷. La politique est l'affaire de n'importe qui, attendu qu'elle ne découle pas d'une technique particulière, comme celle qui est nécessaire pour construire un pont³⁸. Selon ce dernier, « la démocratie au sens du pouvoir du peuple, du pouvoir de ceux qui n'ont aucun titre particulier à exercer le pouvoir, c'est la base même de ce qui rend la politique pensable. Si le pouvoir revient aux plus savants, aux plus forts, aux plus riches, on n'est plus dans la politique³⁹ ». La politique est aussi essentiellement un conflit de valeurs, en soi et avec autrui, ce qui signifie que la décision doit être précédée d'une délibération – permettant aux citoyens d'ordonner leurs préférences –, suivie du vote majoritaire⁴⁰. Ce qui fait dire à Bernard Manin que « [l]a volonté majoritaire est légitime parce qu'elle est constatée à l'issue d'un processus délibératif⁴¹ ».

Comme chaque citoyen dispose d'un vote ayant valeur égale et que la politique n'est pas une expertise, la règle de la majorité simple s'applique. L'option soutenue par une majorité simple de voix doit l'emporter, sans quoi les voix des dominants exprimées jadis et inscrites dans l'ordre constitutionnel en viennent à dominer celles d'aujourd'hui. Selon Thomas Paine, « [l]a vanité et la présomption de vouloir gouverner au-delà du tombeau est la plus ridicule et la plus insupportable de toutes les tyrannies⁴² ».

Puisque les nations majoritaires ont ancré leur domination dans des textes constitutionnels, qui figent dans le temps les rapports de force, devoir les modifier à l'aide d'une majorité quali-

37. Jacques RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005, p. 45-53.

38. Cornelius CASTORIADIS, « Quelle démocratie? », dans *Figures du pensable*, Paris, Seuil, 1999, p. 187.

39. Jacques RANCIÈRE, « Les démocraties contre la démocratie », dans *Démocratie, dans quel état?*, Paris, La Fabrique, 2009, p. 98.

40. B. MANIN, préc., note 29, p. 10.

41. *Ibid.*, p. 17.

42. Thomas PAINE, *Les droits de l'homme*, Paris, Buisson, 1791, p. 6.

fiée, donc dépendre de la bonne volonté du dominant, constitue une barrière insurmontable pour les nations minoritaires en quête d'autodétermination.

L'Espagne est un exemple probant, car la majorité nationale, dans le contexte d'une sortie de la dictature franquiste, s'est assurée que la nouvelle Constitution ne reconnaisse officiellement qu'une seule nation et qu'une seule langue, la castillane. Le tribunal constitutionnel n'a qu'à laisser jouer la seule logique centralisatrice de la norme fondamentale pour contribuer à l'édification étatique du groupe majoritaire. De manière générale, «les tribunaux contribuent à enchâsser constitutionnellement la position dominante de la société majoritaire⁴³». Ce que semble confirmer le fédéralisme comparé: «La principale fonction politique d'une haute cour fédérale est de favoriser et de légitimer l'expansion progressive de la juridiction législative centrale. Cette fonction centralisatrice inclut également la généralisation des normes sociales "nationales" contenues dans les chartes des droits⁴⁴.»

Les obstacles légaux à la sécession se justifient au nom du constitutionnalisme. Ils sont toutefois autant de biais en faveur du *statu quo*, donc du groupe dominant, et de freins à la reconnaissance des nations minoritaires. L'idéologie conservatrice, qui se prétend neutre, de la primauté du droit (*rule of law*) «"nous" construit comme peuple, justifie le monopole normatif de l'État qui représente ce peuple, désormais devenu le peuple.» La primauté du droit «[permet] précisément de figer éternellement ce rapport de forces [initial], comme si les États et les constitutions étaient immuables "par essence", "par nature"⁴⁵». Ainsi,

43. Stephen TIERNEY, «Crystallizing Dominance», dans André LECOURS et Geneviève NOOTENS (dir.), *Dominant Nationalism, Dominant Ethnicity*, Bruxelles, Peter Lang, 2009, p. 87 (traduction libre de l'auteur).

44. André BZDERA, «Comparative Analysis of Federal High Courts», *Revue canadienne de science politique*, vol. 26, n° 1, 1993, p. 19 (traduction libre de l'auteur).

45. Andrée LAJOIE, «La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec», *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 35 et 36.

« [l]e droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre, qui est une vision d'État, garantie par l'État⁴⁶ ».

Qu'un tribunal ultime, juge et partie – nommé par l'État, organiquement lié à lui de multiples façons, et servant à pacifier les contentieux, à préserver et à informer en continu l'ordre constitutionnel –, soit l'arbitre d'un tel conflit politique donne à ce processus une « connotation coloniale⁴⁷ ». D'ailleurs, « l'esprit impérial reste au cœur du fonctionnement du pouvoir judiciaire au Canada⁴⁸ ».

La gestion judiciaire des conflits fondamentaux, sous des dehors neutres, masque les rapports de pouvoir majorité/minorités, qui se jouent dans un univers symbolique et se tranchent par des règles reflétant le majoritaire. Il s'agit d'une domination symbolique :

Le minoritaire se trouve en fait intégré dans le système symbolique défini par le majoritaire quels que soient par ailleurs ses essais ou ses échecs à se constituer un système propre. Plus encore, ses efforts pour se définir un tel système sont orientés et canalisés par le majoritaire ; il ne peut se définir sur des références internes et indépendantes, il doit le faire à partir des références que lui offre le système majoritaire⁴⁹.

La violence étatique, ici symbolique, prend alors une forme noble et sublimée, sans pour autant se départir de sa nature coercitive.

La nation québécoise, dès la Révolution tranquille, a cherché à se définir en propre, à bâtir son univers symbolique. Il fallait accroître le rayon d'action (matériel et normatif) de l'État qui desservait les intérêts nationaux. C'est pourquoi le Gouvernement du Québec a refusé une formule d'amendement rigide, qui l'empêchait d'accroître ses pouvoirs ou qui le mettait à la merci d'une majorité canadienne, qui pouvait, sans son consentement, réduire ses compétences constitutionnelles par la centralisation, comme ce fut le cas avec le rapatriement de 1982. Sur la question

46. Pierre BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 13.

47. A. LAJOIE, préc., note 45, p. 36.

48. Guy LAFORÉST, *Pour la liberté d'une société distincte*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 260.

49. Colette GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste*, Paris, Mouton, 1972, p. 90.

de l'autodétermination nationale, le Gouvernement du Québec a aussi refusé d'être assujéti à un tribunal de dernière instance congénital à l'État central, s'en remettant plutôt au peuple québécois, par référendum.

5 LA GOUVERNANCE JUDICIAIRE

Tel qu'il a été théorisé par Tully (et Rawls), le pouvoir est basé sur la sagesse et la vérité, celles d'une oligarchie judiciaire, nommée par le pouvoir central, qui ne débat qu'en son sein pour ensuite faire connaître sa décision. Cette conception du pouvoir, qui suit une dynamique « du haut vers le bas », ferait pourtant crier au despotisme un libéral classique comme Locke. Il s'agit là d'une gouvernance judiciaire et oligarchique, « une démocratie sans *demos*⁵⁰ », qui veille sur et modifie en continu le régime libéral, mais non pas d'un régime démocratique.

La gouvernance signifie l'évacuation du conflit direct dans le champ politique, qui est déplacé dans le champ juridique, où il est soumis à une gestion rationalisée, sublimée et technocratique. Ce faisant, le champ juridique devient le champ dominant du pôle symbolique de l'État. C'est-à-dire qu'à l'ère de la judiciarisation du politique, il est le champ social qui énonce les raisons d'être du régime canadien et tranche les différends fondamentaux. La gouvernance concrétise « l'un des rêves de l'Occident », depuis Platon, de « se débarrasser du politique » et de lui substituer une gestion légale, raisonnable et rationnelle de la société⁵¹.

La gouvernance domestiquerait et dépolitiserait le pouvoir, expurgeant son côté irrationnel et violent ainsi que ses différends irréconciliables, pour lui donner la figure adoucie et sublimée de la violence symbolique de l'État. Elle y parviendrait notamment en remplaçant la force et la rigidité par un pouvoir flexible, fluide, persuasif et dialogique, qui traverse la société et qui vise l'atteinte

50. Marc CHEVRIER, « Neutraliser la voix du peuple », dans Amélie BINETTE et Patrick TAILLON (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 36.

51. Philippe Moreau DEFARGES, *La gouvernance*, Paris, Presses universitaires de France, p. 109.

d'un compromis raisonnable et rationnel, excluant d'emblée tout bouleversement radical ou révolutionnaire⁵².

La gouvernance n'est pas transformation, mais gestion conservatrice du présent qui évacue les solutions extrêmes, tout en permettant des réformes à la marge, dans le but de maintenir l'ordre. Elle est donc au cœur de cette évacuation du politique, en tant que « pluralité conflictuelle⁵³ ».

Pacifier les conflits et canaliser les revendications vers des institutions d'arbitrage devient ainsi un mode de domination par l'intégration. Car le compromis qui en résulte va refléter les intérêts du majoritaire et conforter le maintien de l'ordre constitutionnel, qui est vécu comme une injustice par le minoritaire.

Cela a pour effet que la justice pour le minoritaire ne se trouve plus du côté du raisonnable et du respectable, du compromis. Plutôt, elle est rangée au côté des solutions radicales. La sécession – la révolution des sociétés contemporaines – n'est ni rationnelle ni respectable, elle est même dangereuse et scandaleuse pour le libéralisme constitutionnel, en ce sens qu'elle cherche à fonder un ordre nouveau, qui récuse la gestion juridique du présent dans une société réconciliée. La sécession ambitionne donc d'échapper à un ordre normatif intégrateur, qui se présente sous les traits de l'universel et du rationnel.

En une ère où l'idée démocratique est hégémonique, elle devient tout en même temps valeur incontournable et signifiant vide, auquel tous peuvent s'identifier et y prêter des caractéristiques diverses et contradictoires⁵⁴. La gouvernance judiciaire et oligarchique peut alors se décrire comme démocratique.

En s'inspirant du moraliste La Rochefoucauld⁵⁵, on pourrait dire que le constitutionnalisme libéral est l'hommage du vice (la domination douce et ordonnée du droit) à la vertu (la démocratie

52. *Ibid.*, p. 122.

53. Daniel BENSÂÏD, « Le scandale permanent », dans *Démocratie, dans quel état ?*, préc., note 39, p. 28.

54. Wendy BROWN, « Nous sommes tous démocrates à présent », dans *Démocratie, dans quel état ?*, préc., note 39, p. 59.

55. LA ROCHEFOUCAULD, *Maximes et réflexions*, Paris, Le Club français du livre, 1961, p. 71, n° 218.

ou le pouvoir déstabilisateur du peuple), où le premier terme l'emporte systématiquement sur le second. À cet effet, dans le *Renvoi*, la Cour assujettit le principe démocratique à la primauté du droit⁵⁶. Elle affirme, de manière simultanée et oxymorique, sa neutralité et sa défense des valeurs démocratiques⁵⁷. Ce qui est en partie vrai, si l'on entend par *demos*, le majoritaire et ses intérêts supérieurs. Toutefois, dans le même temps, les États libéraux se conçoivent comme étant axiologiquement neutres, et ils promeuvent une conception individuelle et moniste de la justice et de l'égalité, réfractaire à l'autodétermination des nations minoritaires⁵⁸.

6 LE CONSERVATISME DU DROIT

Le pouvoir d'un seul ou de quelques-uns a ceci de problématique – mis à part qu'il ne s'agit pas de démocratie – qu'il se corrompt plus facilement⁵⁹. On peut ajouter à cela que la classe juridique est décrite comme conservatrice depuis l'époque de Tocqueville: «Les hommes qui ont fait leur étude spéciale des lois ont puisé dans ces travaux des habitudes d'ordre, un certain goût des formes, une sorte d'amour instinctif pour l'enchaînement régulier des idées, qui les rendent naturellement fort opposés à l'esprit révolutionnaire et aux passions irréflechies de la démocratie⁶⁰». D'ailleurs, l'enseignement et la pratique du droit sont plutôt conservateurs, et les juges tendent à provenir des classes supérieures et à épouser une idéologie libérale individualiste, occultant et justifiant les inégalités socioéconomiques⁶¹.

La fonction du droit est de conserver l'ordre sociopolitique, en le précisant, le pacifiant, le régularisant, le rationalisant. Le

56. A. LAJOIE, préc., note 45, p. 41.

57. Stéphane BERNATCHEZ, «Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 36, 2005-2006, p. 165.

58. S. TIERNEY, préc., note 43, p. 88-92 et 103.

59. ARISTOTE, *Politique*, livres III et IV.

60. Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Génin, 1951, p. 402.

61. Michael MANDEL, *La charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996.

droit ne fonde rien, il suit et reconnaît la fondation politique, rationalise la domination et participe à la circularité du pouvoir, des mains d'une élite à l'autre. La violence est première, le droit vient ensuite. « [L]e fait est logiquement à l'origine du droit⁶². »

De plus, contrairement à ce qu'avance Tully – à savoir que le droit serait un instrument au service de la démocratie et des groupes minoritaires –, le droit est analysé par la sociologie historique et politique, depuis Weber, comme vecteur de domination.

Carl Schmitt⁶³ rappelle que la première révolution libérale, l'anglaise, s'est faite contre le pouvoir royal, par une union du peuple et de la bourgeoisie autour du Parlement. Mais que la Glorieuse Révolution a été suivie d'une domination bourgeoise ancrée dans le droit pour contrôler et limiter, cette fois, le pouvoir du Parlement et maintenir la fluidité et les libertés (circulation, propriété privée, presse, conscience, *habeas corpus*, etc.) nécessaires au bon fonctionnement du capitalisme commercial.

La victoire des parlementaires s'est réalisée sur fond de lutte des classes, où les forces bourgeoises ont réprimé violemment les forces républicaines, composées notamment des niveleurs⁶⁴. Le danger et la peur de voir le bas peuple, majoritaire par le nombre, contrôler le Parlement et spolier les richesses de la bourgeoisie triomphante sont des constantes de la pensée et de la pratique libérales⁶⁵. Selon Daniel Bensaïd, « aujourd'hui comme hier, les libéraux victorieux gardaient une secrète méfiance envers le spectre de la souveraineté populaire qui s'agite sous la surface lisse du formalisme démocratique. [...] La peur des masses et la passion de l'ordre, tel est bien le fond de l'idéologie libérale⁶⁶ ».

La bourgeoisie a donc élaboré des mécanismes de contrepouvoirs légaux, cette fois pour limiter non pas l'arbitraire royal, mais la « tyrannie de la majorité », liberticide et spoliatrice. Les droits

62. Boris BARRAUD, « Souveraineté de l'État et puissance de l'État », *Revue de la recherche juridique*, 2017, p. 19.

63. Carl SCHMITT, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 253-378.

64. Roland MARX, « NIVELEURS ou LEVELLERS », *Encyclopædia Universalis*.

65. Francis DUPUIS-DÉRI, *Démocratie. Histoire politique d'un mot*, Montréal, Lux, 2013.

66. D. Bensaïd, préc., note 53, p. 27.

fondamentaux (dits naturels) gagnés par les marchands face à l'Ancien Régime – notamment ceux de circuler, de commercer et d'accumuler des biens librement et pacifiquement – pouvaient donc être menacés par une nouvelle force politique, la foule des pauvres, la plèbe, qu'il fallait encadrer par le droit.

Karl Marx analysait, en 1844, les débuts de cette logique – aujourd'hui nommée judiciarisation du politique –, voulant que «la vie politique [ne soit] que la garantie des droits de l'homme, des droits de l'homme individuel⁶⁷». Or, «les *droits de l'homme* [c'est-à-dire l'individu privé, tel le bourgeois], distingués des *droits du citoyen*, ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société civile [et non pas les droits du membre de la république], c'est-à-dire de l'homme égoïste [disposant à sa guise de sa propriété privée], de l'homme séparé de la chose publique⁶⁸». Marx critiquait ainsi «l'idée des droits de l'homme en tant qu'opposés aux droits du citoyen [, idée] qui se confond avec la version libérale des droits de l'homme et consiste à invoquer ceux-ci pour limiter la portée des droits politiques⁶⁹».

Soumettre l'ensemble de la population au même droit, à une justice aveugle – «la majestueuse égalité des lois interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et de voler du pain⁷⁰» –, permettait ainsi de pacifier les conflits sociaux par des procédures judiciaires, et de sacraliser l'ordre social, en tant que «règne égalitaire de la loi». Traiter sur le même pied dominants et dominés est un mécanisme de domination subtil, difficile à contrer, car il se nourrit de la force symbolique et universelle de la valeur d'égalité. La différence particulière serait inégalitaire, l'homogénéité universelle serait égalitaire : un citoyen générique n'a qu'un vote ; une province n'est qu'une province comme les autres. D'ailleurs, en Espagne on dit *El café para todos*, pour décrire le traitement égal

67. Karl MARX, *Sur la question juive*, Paris, La Fabrique, 2006, p. 59.

68. *Ibid.*, p. 55.

69. Justine LACROIX et Jean-Yves PRANCHÈRE, «Karl Marx fut-il vraiment un opposant aux droits de l'homme?», *Revue française de science politique*, vol. 62, n° 3, 2012, p. 438.

70. Anatole FRANCE, *Le lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1894, p. 118.

et uniforme auquel ont droit les régions politiques, peu importe qu'elles constituent une nation historique, comme la Catalogne⁷¹.

Soumettre aux mêmes règles les dominants et les dominés, dans un régime donné, revient, au bout du compte, à assujettir ces derniers à un ordre constitutionnel, qui reflète les intérêts et la vision des premiers. Les mêmes droits et les mêmes votes peuvent toutefois avoir des effets contingents et être réinvestis par le peuple. On peut chercher à donner un sens et une force plus profonde aux constitutions qui proclament formellement l'égalité de tous les «hommes», et l'on peut aussi utiliser le vote pour enclencher une «révolution tranquille» ou pour faire sécession. Ces réinvestissements contingents sont autant de menaces à encadrer, car elles peuvent toucher aux intérêts fondamentaux : le monopole du territoire, de la violence légitime, des ressources et du droit. C'est ici que se manifeste avec le plus de force la puissance symbolique de l'institution judiciaire, qui encadre et fige tout à la fois l'ordre sociopolitique, tout en permettant des changements à la marge, qui dynamisent la société et évitent qu'elle n'implose par rigidité. Hirschl souligne d'ailleurs que la judiciarisation du politique au xx^e siècle – soit le rôle de plus en plus important dévolu aux tribunaux sur les questions politiques fondamentales – relève d'un processus de «préservation hégémonique». C'est-à-dire que l'on déplace le lieu de la lutte du champ politique, où les élites sont contestées et risquent de perdre le pouvoir, vers le champ juridique où leurs valeurs peuvent être à l'abri du politique et se cristalliser dans une constitution, interprétée par des juges qui partagent leur idéologie⁷².

À cet égard, Michel Foucault, prenant le contrepied de Clausewitz, affirmait que la politique est la continuité de la guerre autrement : «Le pouvoir politique [...] aurait pour rôle de réinscrire perpétuellement ce rapport de forces [initial] par une sorte de guerre silencieuse, et de le réinscrire dans les institutions, dans

71. Enric FOSSAS, «Autonomie et plurinationalité en Espagne», dans Alain-G. GAGNON et coll. (dir.), *Les nationalismes majoritaires contemporains*, Montréal, Québec Amérique, p. 305-306.

72. Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

les inégalités économiques, dans le langage⁷³. » On pourrait ainsi dire que, si la politique est la poursuite de la guerre par d'autres moyens, le droit serait alors la continuation de la politique autrement.

7 LE RENVOI ET LA DOMINATION

Quand on étudie les acteurs politiques au sein d'un régime et qu'on s'attarde à leur volonté dans le temps court, il est possible de débattre des vertus démocratiques de la justice constitutionnelle, comme le fait notamment Tully. Mais, lorsqu'on modifie la perspective d'analyse, en passant de l'intérieur du régime à son horizon normatif, en délaissant l'histoire récente pour le temps long, en mettant de côté l'acteur et sa volonté pour les champs sociaux ainsi que leur développement contingent, on repositionne ainsi le *Renvoi* dans le contexte approprié pour mieux le comprendre.

En effet, Weber et Bourdieu conçoivent le droit comme étant nécessairement un discours et une pratique de pouvoir servant à légitimer la domination étatique. Et, « [l]e pouvoir s'exerce toujours au profit d'un groupe, d'un clan, d'une classe », donc « [a]ucune forme d'État [...] n'est entièrement au-dessus de la mêlée⁷⁴ ». Ce pouvoir doit se légitimer légalement : « De même que les groupements politiques qui l'ont précédé historiquement, l'État est un rapport de *domination* exercé par des hommes sur d'autres hommes, et appuyé sur le moyen de la violence légitime (ce qui signifie considéré comme légitime)⁷⁵. » Cette légitimité peut être charismatique (l'aura des chefs), traditionnelle (respect de la tradition) ou légale-rationnelle (conformité à un ensemble de règles et de procédures légales). Or, « [l]a forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la *légalité*, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et

73. Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997, p. 16.

74. Maurice DUVERGER, *Introduction à la politique*, Paris, Gallimard, 1964, p. 28 et 284.

75. Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Éditions La Découverte, 2003, p. 119.

établis selon la procédure d'usage⁷⁶». Dans la modernité tardive, la rationalité légale serait ainsi le moyen de légitimation de la domination par excellence au sein des régimes libéraux constitutionnels.

En outre, le droit serait comme le métadiscours qui dessine les frontières normatives d'un État, délimitant ainsi les contours du légal et du normal, de l'illégal et du pathologique⁷⁷. Ce faisant, les possibilités de revendications à l'intérieur d'un régime seraient déjà limitées par un ensemble de méta-normes juridiques sur lesquelles la politique n'aurait pas de prise, mettant de la sorte hors jeu les demandes incompatibles avec l'ordre libéral. Les juges balisent la frontière du champ juridique en « déterminant les conflits qui méritent d'y entrer et la *forme* spécifique qu'ils doivent revêtir pour se constituer en débats proprement juridiques⁷⁸». En outre, « l'institution juridique contribue sans doute *universellement* à imposer une représentation de la normalité par rapport à laquelle toutes les pratiques *différentes* tendent à apparaître comme *déviantes*, anoniques, voire anormales, pathologiques⁷⁹». La *normalité* instituée est certes appelée à changer, mais dans la continuité : « Les transformations et les adaptations inévitables seront pensées et parlées dans le langage de la conformité avec le passé⁸⁰. »

À ce sujet, la nature intangible de la monarchie parlementaire canadienne a été réaffirmée à deux reprises par la Cour suprême⁸¹, ce qui signifie que le peuple ne peut directement adopter des lois ou modifier la Constitution par la procédure référendaire, car elles sont des prérogatives de la Couronne (donc de l'exécutif) et des parlementaires. Le référendum est une consultation que les gouvernements se donnent toute latitude de respecter ou non, au vu des résultats⁸².

76. Max WEBER, *Économie et société*, 1, Paris, Presses Pocket, 1995, p. 73.

77. P. BOURDIEU, préc., note 7.

78. P. BOURDIEU, préc., note 46, p. 11.

79. *Ibid.*, p. 16.

80. *Ibid.*, p. 15 et 16.

81. *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2, 4; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 265.

82. Stéphane DION, « La signification des référendums au Canada », dans A. BINETTE et P. TAILLON (dir.), préc., note 50, p. 167.

À cette première barrière normative de la voix du peuple s'ajoutent d'autres freins qui découlent de la lecture que font les juges de l'histoire juridico-politique du Canada. Innovant dans la continuité, la magistrature a déterré les soubassements du régime canadien – *principes organiques déjà là et racines de l'arbre vivant* – qui animent l'ordre constitutionnel et lui permettent de s'adapter. Or, le principe de la démocratie constitue le dernier barreau d'une échelle normative mettant le peuple québécois sur la défensive, lui qui doit respecter la volonté de ses partenaires (fédéralisme), se conformer à l'ordre constitutionnel – notamment la procédure d'amendement – duquel il veut s'affranchir et auquel il ne reconnaît pas de légitimité depuis 1982 (primauté du droit et constitutionnalisme), et rassurer quant à son *projet de société*, qui nourrit la peur de la « tyrannie de la majorité » (protection des minorités). En outre, le principe démocratique, tel qu'il est énoncé dans le *Renvoi*, peut constituer une entrave supplémentaire à la volonté populaire québécoise, car cette dernière doit prendre en compte la volonté populaire canadienne, qui inclut *de facto* et *de jure* tous les Canadiens, donc les Québécois. Le premier ministre Pierre Elliott Trudeau avait défendu cette idée en 1982 : puisque les députés du Québec à Ottawa représentaient eux aussi les Québécois et qu'ils avaient donné leur aval au rapatriement, ce dernier était légitime au sens du libéralisme constitutionnel. Le principe démocratique se voit enfin contraint par les règles de la « majorité claire » – qui signifie une majorité qualifiée pour le reste du Canada, tout comme pour l'ancien juge en chef Antonio Lamer⁸³ – et de la « question claire » – qui astreint le peuple québécois à ne choisir qu'entre les extrêmes du *statu quo* et de l'indépendance, au détriment de toute solution médiane. Du coup, la majorité canadienne détient un « méta-veto » touchant le processus politique (la sécession) tout comme sa substance (la nature du projet).

La Cour intervient, le temps de discipliner le Québec, en imposant un ensemble complexe et ambigu de règles et de normes endiguant l'expression référendaire de sa population. Puis, elle se retire pour laisser le jeu politique suivre son cours, car les acteurs politiques doivent apprécier *a posteriori* la clarté de la question et

83. Alain-Robert NADEAU, «Entrevue avec Antonio Lamer», *Le Devoir*, 27 octobre 2008.

de la réponse, et enclencher en conséquence les négociations⁸⁴. Un jeu dans lequel le rapport de force ne joue pas en faveur du minoritaire, et où le majoritaire dispose de plusieurs atouts.

Selon cette vision, le droit serait au service des puissants et de la majorité, car le *Renvoi* renforcerait l'ascendant des dominants et contribuerait à préserver du changement l'ordre hiérarchique canadien. L'« ouverture » de la Cour « trouve ses limites quand la souveraineté canadienne sur son territoire est en jeu⁸⁵ ».

Décortiquer le *Renvoi* à l'aune des théories de l'État, de la sociologie de la domination et de l'analyse du droit comme méta-discours rend caduc l'argument des libéraux constitutionnalistes, comme Tully, et replace le droit dans le rôle qui est le sien depuis le Haut Moyen Âge : un instrument de consolidation du pouvoir et d'édification étatique.

Joseph Strayer révèle qu'à l'époque médiévale, la justice constituait déjà un pouvoir intégrateur. En étendant le réseau des juges, le monarque pouvait s'attirer la loyauté de ses sujets, faisant appel à sa justice, et réduire l'influence des pouvoirs locaux⁸⁶. L'idée s'est imposée, depuis, que la souveraineté implique de rendre la justice et d'être garant des lois du royaume.

La fonction du droit est de légitimer le pouvoir, d'accroître son rayonnement, d'uniformiser les normes et d'intégrer une population à un ordre donné. « L'intégration est donc le processus d'unification d'une société, qui tend à en faire une Cité harmonieuse, basée sur un ordre ressenti comme tel par ses membres⁸⁷. » La monopolisation étatique de la violence et la

84. François ROCHER et Elisenda Casanas ADAM, « L'encadrement juridique du droit de décider », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 877; François ROCHER, « Les incidences démocratiques de la nébuleuse obligation de clarté du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* », dans A. BINETTE et P. TAILLON (dir.), préc., note 50, p. 205.

85. Andrée LAJOIE, « Le fédéralisme au Canada : provinces et minorités même combat », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 201.

86. Joseph STRAYER, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 30.

87. M. DUVERGER, préc., note 74, p. 275.

sublimation des conflits en luttes politiques, encadrés légalement *dans* le régime, sont deux mécanismes par lesquels les États se sont bâtis et ont assuré leur autorité. Mais si les États, nés dans la violence armée, se perpétuent dans le droit, ils n'évacuent pas pour autant la force: «Plus qu'une suppression proprement dite, il s'agit d'une transposition de la violence: la violence physique est remplacée par une violence légale, juridique, une violence aux mains propres⁸⁸.» Comme l'avance Walter Benjamin, la violence est fondatrice du droit, et le droit est violence conservatrice du nouvel ordre institué, qui peut lui-même faire face à une violence révolutionnaire, aspirant à fonder un nouvel ordre. La violence conservatrice cherchera par tous les moyens à écarter ou à intégrer les forces porteuses de la violence révolutionnaire, de manière à conserver l'ordre établi⁸⁹.

L'imposition d'un cadre et d'une limite à la lutte détermine l'horizon normatif des possibles. Le compromis sur les moyens de l'affrontement mène inéluctablement vers un compromis sur les fins. «L'élimination de la violence suppose un premier compromis, relatif aux règles de combat. Avec l'idée d'un compromis sur le fond, et non plus sur la forme, on pénètre réellement dans le processus d'intégration. Il ne s'agit plus de régler le déroulement de la lutte politique, mais d'y mettre fin par un ajustement des intérêts en cause⁹⁰.» Si le compromis est nécessairement inégalitaire, sa viabilité dépend de l'appréciation qu'en font les acteurs concernés: le jugent-ils juste, ils s'y conformeront; le conçoivent-ils comme inique, ils s'y opposeront. «Les compromis sont d'autant plus faciles à conclure qu'ils apparaissent plus justes: la notion de justice joue ainsi un grand rôle dans le processus d'intégration⁹¹.»

L'intégration par le droit est donc une forme de domination subtile, un lieu de lutte inégalitaire d'autant plus efficace qu'il est drapé dans l'illusion de sa neutralité. D'une part, tous les acteurs, majoritaires et minoritaires, sont soumis à la même règle inique et contraignante. De l'autre, ils jouissent des mêmes droits, à travers

88. *Ibid.*, p. 280 et 281.

89. Walter BENJAMIN, *Critique de la violence*, Paris, Payot, 2012.

90. M. DUVERGER, préc., note 74, p. 281.

91. *Ibid.*, p. 284.

un processus judiciaire qui a épousé les dehors de la formalité, de l'impartialité et de la rationalité. Ce sont justement ces aspects de l'institution judiciaire qui lui permettent d'occulter sa part d'arbitraire et, de la sorte, lui donne la capacité de donner une dimension universelle à une vision particulière du monde⁹².

Au contraire, le gouvernement central ne peut prétendre à la même « neutralité », ne jouit pas d'un haut niveau de confiance, doit se conformer à l'imaginaire national dominant pour se maintenir au pouvoir et voit son action limitée par une frontière constitutionnelle (division des pouvoirs, formule d'amendement, charte des droits). La Cour est donc structurellement le lieu adéquat pour résoudre avec subtilité les crises juridico-politiques, de la nature de celle qui est impulsée par la tentative de sécession du Québec. À la rigidité politique, qui menaçait l'ordre canadien, répondrait donc la flexibilité judiciaire, comme moyen structurel permettant de modifier le régime, sans toucher aux fondements, et d'assurer ainsi la loyauté des sujets québécois.

La violence physique étatique n'a pas eu à être mobilisée pour mater un pouvoir local en révolte. La violence symbolique de l'État, à travers l'organe judiciaire, s'est avérée suffisante. Le *Renvoi* affirme d'un côté « l'obligation de négocier » et, en quelque sorte, l'existence d'un *demos* québécois, mais de l'autre l'astreint aux principes du fédéralisme, de la démocratie, de la protection des minorités ainsi que du constitutionnalisme et de la primauté du droit. L'essentiel a été préservé. « Pour maintenir l'ordre existant, on peut d'abord s'y accrocher en bloc, en refusant de rien changer, en s'opposant à toute réforme, à toute modification, même minime. Au contraire, considérant que certaines évolutions ne peuvent être empêchées, on peut accepter de céder sur des points de détail pour maintenir l'essentiel⁹³. »

92. P. BOURDIEU, préc., note 46, p. 15.

93. M. DUVERGER, préc., note 74, p. 244.

CONCLUSION : PATRIOTISME CONSTITUTIONNEL ET DOMINATION

La Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, a mis face à face deux acteurs : le Québec et le Canada. Ceux-ci devaient se conformer aux mêmes principes (fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, protection des minorités) et suivre les mêmes procédures. En donnant justice au minoritaire, par la reconnaissance du droit de faire sécession (le compromis juste), elle l'intègre par le fait même à l'ordre constitutionnel duquel il cherche à s'extirper politiquement. Elle le soumet ainsi à un parcours légal semé d'embûches pour atteindre l'autodétermination, valeur phare de la modernité. Du coup, elle soumet le minoritaire à la volonté du majoritaire, qui peut lui refuser ce droit, notamment par la procédure d'amendement.

Contrairement à l'analyse tullysienne et à ce qu'affirme le *Renvoi*, la protection des minorités, le fédéralisme et la démocratie ne constituent pas des principes fondamentaux et incontournables du Canada contemporain. C'est plutôt la primauté de l'ordre constitutionnel et légal, incarnant le majoritaire, qui en est le pilier central et qui permet incidemment le maintien du *statu quo*. La Cour, devenue constituante, assujettit plutôt le projet démocratique, nationaliste et républicain québécois à l'horizon normatif qu'elle dessine elle-même.

La magistrature mène ainsi à son paroxysme le « patriotisme constitutionnel » des fondateurs du régime canadien contemporain, tels Frank R. Scott et Pierre Elliott Trudeau. Dans son extension logique, du « patriotisme constitutionnel » découle la judiciarisation du politique, porteuse d'une seule identité nationale et d'une seule société libérale individualiste. Cette judiciarisation du politique soustrait dès lors de la bataille les questions du régime et de la sécession, pour les soumettre à un pouvoir plus « flexible », « rationnel » et « prévisible » : celui de la gouvernance judiciaire et oligarchique. Or, cette arène incarne les valeurs du nationalisme et les intérêts économique-politiques dominants.

En effet, la Cour contribue à énoncer et à légitimer en même temps l'État – qui aurait telles valeurs, telles normes, etc. – et le

peuple – qui légitime l'État qui applique sur lui son autorité⁹⁴. La nuance ici est importante : au contraire de ce qu'avance la théorie libérale contractualiste, l'État a précédé historiquement le peuple qu'il gouverne et il a contribué à l'avènement de ce dernier au XVIII^e siècle. En retour, le peuple renouvelle la légitimité de l'État à travers des rituels théologico-politiques, comme une élection.

Il faut bien sûr voir le processus d'édification nationale comme un objet de luttes perpétuelles, desquelles découlent des identités contingentes, qui peuvent jouer pour ou contre l'État. Le nationalisme canadien et son interventionnisme d'après-guerre ont ainsi impulsé un contrepouvoir avec le néonationalisme québécois⁹⁵. Les majorités nationales, soutenant davantage les institutions et la culture qu'elles dominent et qui les reflètent, s'opposeront ainsi de manière violente ou sublimée (par le droit) aux contestations des minorités nationales, qui se retrouvent jugées et exclues au regard des normes et des valeurs qu'on leur impose. Le droit du groupe dominant est appelé à juger de manière « impartiale » les groupes dominés. L'État ayant faim de légitimité nationale, laquelle accroît et magnifie son pouvoir, les minorités contestatrices sont invitées à s'assimiler, à grossir les rangs du groupe légitimateur, faute de quoi elles peuvent encourir la répression.

Le pouvoir et la force demeurent ainsi premiers, aux fondements des États, et ils se retrouvent ensuite occultés par une mythification de l'État et du peuple, par l'imaginaire national, qui se construit à partir de multiples sources : académie, presse, histoire, culture, arrêts judiciaires, politiques publiques, etc. Les débuts violents deviennent ainsi progrès continu des libertés, et le premier ministre John A. Macdonald, massacreur des Métis, impérialiste et contempteur des francophones, se transforme en un homme d'État « qui valorisait la diversité, la démocratie et la liberté⁹⁶ ». Bourdieu et Weber affirmaient d'ailleurs que, même

94. Voir notamment Gérard BERGERON, « L'État et ses trois niveaux : le régime, la gouverne et la polition », *Revue canadienne de science politique*, vol. 15, n° 2, 1982, p. 235-236.

95. Louis BALTHAZAR, « Les nombreux visages du nationalisme au Québec », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Québec : État et société*, Montréal, Québec Amérique, 1994, p. 23.

96. Déclaration de la ministre du Patrimoine canadien, Mélanie Joly, le 11 janvier 2016, à l'occasion de la Journée sir John A. Macdonald.

s'ils sont des conditions nécessaires, le pouvoir et la force ne suffisent pas à conserver et à pacifier un régime politique. Donc, le pouvoir et la force doivent devenir domination, c'est-à-dire puissance légitime, ancrée dans les croyances. Le principe justificateur, producteur de croyances, permet à la force de devenir domination légitime, à laquelle on obéit. Or, la forme de domination acceptable dans la modernité avancée sera surtout rationnelle-légale, en ce sens que l'on consentira à être gouverné par des lois et des procédures légales. « Par conséquent, le détenteur légal type du pouvoir [...] lorsqu'il statue, et partant lorsqu'il ordonne, obéit pour sa part à l'ordre impersonnel par lequel il oriente ses dispositions⁹⁷ ». En retour, « les membres du groupement, en obéissant au détenteur du pouvoir, n'obéissent pas à sa personne, mais à des règlements impersonnels ; [...] ils ne sont tenus de lui obéir que dans les limites de la compétence objective, rationnellement délimitée, que lesdits règlements fixent⁹⁸ ».

En somme, la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, n'a ni plus ni moins rempli la fonction attendue par sa position structurelle dans l'État canadien, en légitimant la continuité et la centralité du Dominion, de son *demos* et de son ordre constitutionnel, et en lui assujettissant les pouvoirs locaux, ici le Québec, son peuple et ses représentants. L'impérialisme constitutionnel libéral peut être généreux et épouser les formes plus fluides de la gouvernance judiciaire ; il n'en reste pas moins de l'impérialisme et du conservatisme, donc opposé à la liberté collective des minorités nationales.

97. M. WEBER, préc., note 76, p. 291.

98. *Ibid.*

La gouvernance constitutionnelle

Le constitutionnalisme et l'identité constitutionnelle du Canada au XXI^e siècle

STÉPHANE BERNATCHEZ*

Bien qu'il soit de bon usage, lors des colloques, de commencer les communications par des remerciements adressés aux organisateurs de l'évènement, ces mots sont rarement repris dans les actes qui y donnent suite. Je voudrais ici faire entrave à cette deuxième pratique, pour deux raisons.

D'abord, je tiens à remercier Dave Guénette, Félix Mathieu et Alain-G. Gagnon, non seulement de m'avoir invité à participer à ce colloque, mais également parce qu'ils m'ont permis de renouer, encore une fois, avec la science politique et les politologues. Alors que j'y étais venu la première fois pour une maîtrise à l'Université de Montréal sous la direction du professeur Alain Noël, je me suis rappelé durant le colloque les paroles de Léon Dion qui m'avaient jadis incité à faire ce passage au pays des politicologues, comme on disait à l'époque: «Les constitutionnalistes doivent s'intéresser à la fois au droit constitutionnel et à la science politique, car la Constitution est à la fois juridique et politique.»

Selon le cadre d'analyse adopté ici, l'étude des questions constitutionnelles est menée dans la perspective du droit de la gouvernance et du passage à une gouvernance constitutionnelle. Ainsi, en s'interrogeant sur le constitutionnalisme caractérisant l'État canadien, le présent texte s'intéresse à la question de l'identité constitutionnelle canadienne en mobilisant ce nouveau cadre théorique. Se demander si ce constitutionnalisme canadien est un vecteur ou un obstacle de l'évolution constitutionnelle oblige

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG).

au surplus à réfléchir, de manière processuelle et pragmatique, à la possibilité de ré-imaginer la constitution canadienne à partir des principes constitutionnels sous-jacents. Cela exige d’abord de s’arrêter à ces normes constitutionnelles que forment les principes constitutionnels implicites. Alors que les constitutionnalistes se sont déjà intéressés à ces principes constitutionnels auxquels la Cour suprême du Canada a eu recours dans certains arrêts et renvois célèbres¹, afin de comprendre la signification de leurs usages judiciaires², la perspective de la gouvernance permet de jeter un nouvel éclairage sur ce phénomène normatif.

Qu’il me soit permis ici de commencer ce texte en remerciant les directeurs de cet ouvrage pour une seconde raison, soit de permettre aux juristes-constitutionnalistes de s’intéresser, à travers une question comme celle qui fait l’objet de nos travaux – «Ré-imaginer le Canada: vers un État multinational?» –, aux fondements du droit constitutionnel, ce qu’ils ont trop souvent omis de faire³. Ce faisant, il leur est rendu possible d’élargir leur objet d’étude, pour en faire un objet de recherche. Je développerai cet argument dans la première partie de mon texte, qui servira à présenter la perspective épistémologique et méthodologique offerte par la théorie constitutionnelle et la théorie de la gouvernance. Le passage à la gouvernance constitutionnelle, comme arrière-plan du droit constitutionnel, sera mobilisé dans la deuxième partie afin d’analyser les principes constitutionnels.

-
1. Voir notamment: *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.
 2. Voir notamment: Danielle PINARD, «Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 55, 2007, p. 625; Luc B. TREMBLAY, «Les principes constitutionnels non écrits», *Review of Constitutional Studies*, vol. 17, n° 1, 2012, p. 16.
 3. J’ai tenté de le montrer, concernant le principe de démocratie, dans un autre ouvrage: Stéphane BERNATCHEZ, «Le droit constitutionnel, les constitutionnalistes et la démocratie: de la légitimité à l’effectivité», dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité: Mélanges en l’honneur de Josée Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 505.

Enfin, dans la troisième partie, l'identité constitutionnelle canadienne sera examinée à partir de cette hypothèse de la gouvernance constitutionnelle.

1 L'ARRIÈRE-PLAN DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Tels qu'ils sont conçus ici, les principes constitutionnels, dont le constitutionnalisme, sont des fondamentaux de l'arrière-plan du droit constitutionnel. Après avoir montré comment se construit cet objet constitutionnel, il s'agira d'explicitier la méthode par laquelle il est possible de le reconstruire.

1.1 De l'objet d'étude à la construction de l'objet de recherche

Cette première partie vise à montrer que la question de ce colloque permet aux juristes-constitutionnalistes de s'élever au-delà de leur rôle trop habituel d'arrêriste ou d'exégète des jugements de la Cour suprême du Canada, avec la montée en puissance du contrôle judiciaire de constitutionnalité depuis l'enchâssement constitutionnel de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. La présente étude prend appui sur la démonstration effectuée par le professeur Alexandre Viala⁵, qui invite les constitutionnalistes à transformer leur objet d'étude en objet scientifique – ou plutôt en objet de recherche, comme il est possible de le dire en quittant le rivage de l'épistémologie positiviste sur laquelle perdure le projet d'ériger une science du droit au sens où l'entendait Hans Kelsen. Cet ouvrage offre ainsi la possibilité de s'intéresser à ces normes fondamentales, dont Kelsen disait qu'elles ne devaient qu'être présupposées par les juristes⁶.

Le droit de la gouvernance constitutionnelle offre donc de nouveaux objets normatifs à étudier pour les constitutionnalistes, ce qui exige de leur part qu'ils réfléchissent plus largement à leur objet d'étude et à la construction de leur objet de recherche, dans

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.).

5. Alexandre VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêriste. Questions de méthode », *Revue du droit public*, 2016, p. 1137.

6. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 (2^e éd. Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999).

une double perspective épistémologique et méthodologique. Il importe de sortir de l'impasse épistémologique dans laquelle se trouve la doctrine juridique, qui produit de l'opinion juridique et du commentaire d'arrêt. Que la doctrine opine, soit⁷; mais elle est alors «*partie prenante du processus de production du droit*: elle ne se place pas en position d'extériorité par rapport au droit mais entend "se situer dans le droit" et "intervenir en droit"⁸».

Pour le dire en un trait, avec Viala, le constitutionnaliste ne peut adopter simplement la perspective de l'arrêtiste. Il ne peut se contenter de réitérer le discours du juge, car la science du droit constitutionnel ne deviendrait alors que normative, tout comme son objet d'étude. La norme et la proposition de droit qui la décrit auraient le même sens, sémantiquement. Lorsque la proposition juridique ou le discours du juriste reprend l'énoncé normatif, il ne fait que dire autrement, selon ce que Wittgenstein avait constaté de l'interprétation, entraînant le discours juridique dans une régression infinie. Le discours de la norme a déjà un sens, une signification, contrairement aux objets d'étude du sociologue ou du politologue à qui il revient de donner un sens aux phénomènes: «Aux savants qui les étudient, les choses ne prétendent rien faire savoir sur elles-mêmes; elles ne cherchent pas à s'expliquer elles-mêmes scientifiquement⁹.» Dans les mots de Viala, «l'objet d'étude n'est pas l'objet scientifique¹⁰». Mais cet objet n'est pas donné, il est à construire¹¹.

Cela exige, selon Viala, de sortir du seul rapport d'imputation qui caractérise la norme juridique, pour lui substituer le rapport de causalité, dans la mesure où la causalité est le principe par excellence de l'explication scientifique; il est un gage

-
7. André-Jean ARNAUD, «Doctrines», dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 186; Olivier BEAUD, «Doctrines», dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 385.
 8. Jacques CHEVALLIER, «Doctrines juridiques et science juridique», *Droit et société*, vol. 50, 2002, p. 103, à la page 105.
 9. H. KELSEN, préc., note 6, p. 11.
 10. *Ibid.*
 11. Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance*, Paris, Vrin, 1938.

de scientificité. Or, la norme juridique s'inscrit dans un rapport d'imputation, comme l'a montré Kelsen : si A est, B doit être. Des conséquences juridiques sont imputées à des faits générateurs, mais les conséquences ne sont jamais certaines. Et la science juridique ne peut être réellement scientifique si elle n'en arrive pas à une explication causale du type de celle des sciences naturelles : A est, donc B est. C'est précisément pour être trop resté rivé à son objet d'étude que Kelsen, prisonnier du piège ontologique, n'a pas saisi qu'il fallait en sortir pour construire une science du droit. Selon ce dernier, le juriste ne peut produire de lois causales. Sur cette base, l'apport du constitutionnaliste ne peut être qu'une simple observation du droit positif.

Pour cela, il importe donc que le juriste puisse instaurer une distance par rapport à l'objet. Cela passe pour Viala, comme pour François Ost et Michel van de Kerchove¹², par une objectivation qui exige d'adopter un point de vue externe – externe modéré certes, mais externe tout de même. Selon la métaphore de l'architecture théâtrale¹³ élaborée par Ost et van de Kerchove, pour faire œuvre scientifique les juristes devraient se placer au balcon, c'est-à-dire que la science du droit ne pourrait prétendre, paradoxalement, à la scientificité qu'à la condition d'emprunter la voie des autres disciplines, jetant un regard externe sur le droit : sociologie du droit, analyse économique du droit, etc. Dans cette perspective, la problématique de cet ouvrage offre aux juristes la possibilité, en empruntant les jumelles de la science politique, d'examiner le droit constitutionnel avec une distance et d'adopter le point de vue externe des politologues.

Il y a cependant d'autres perspectives possibles, dont celle du comparatisme. À cet égard, la méthode de droit comparé induite par les standards constitutionnels mondiaux, qui consiste à dégager ses standards et à comparer les pratiques en vue de

12. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, p. 67.

13. Sur la métaphore de l'architecture en droit constitutionnel, voir Dave GUÉNETTE, « L'architecture constitutionnelle – Dimensions artistiques d'une construction juridique », *Les Cahiers de droit*, vol. 58, 2017, p. 33.

déterminer les meilleures d'entre elles, constitue une approche qui, sur les plans épistémologique et méthodologique, offre une certaine garantie d'objectivation du droit¹⁴. La *sociological jurisprudence* et le réalisme juridique avaient déjà proposé de s'intéresser à la dimension pragmatique du droit, en se tournant davantage vers les acteurs que sont les juges. Une autre approche possible est celle de la métathéorie réflexive développée par la professeure Louise Lalonde¹⁵. Il s'agit aussi d'une approche dite externe modérée, mais qui permet néanmoins un certain internalisme à la discipline du droit.

1.2 L'approche métathéorique réflexive en matière constitutionnelle

Comment les constitutionnalistes peuvent-ils analyser le droit en tant que juristes, sans adopter la perspective d'une discipline externe qu'ils ne maîtrisent pas totalement, mais sans non plus réduire leur travail à celui qu'imposerait l'objet d'étude normatif? Telle est la délicate question à laquelle l'approche métathéorique réflexive permet d'apporter une réponse.

Il convient au départ de laisser aux juristes, plus particulièrement à la doctrine juridique, la construction du problème. Très souvent les juristes se sont tournés vers les autres disciplines, en raison de leurs constructions épistémologiques et méthodologiques déjà bien reconnues. «Or, écrit Lalonde, certains types de problèmes de recherche requièrent une approche théorique spécifique, issue de la discipline du droit, et en conséquence, on peut concevoir que le choix de l'approche disciplinaire s'effectue en fonction du problème de recherche, sans qu'une discipline externe ne dicte d'entrée de jeu la construction dudit problème de recherche¹⁶.»

14. Maxime ST-HILAIRE, «Standards constitutionnels mondiaux : épistémologie et méthodologie», dans Mathieu DISANT, Gregory LEWKOWICZ et Pauline TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 11.

15. Louise LALONDE, «Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 68, 2012, p. 49.

16. *Ibid.*, p. 51.

L'approche métathéorique réflexive permet de s'intéresser aux faces cachées du droit, à partir de la perspective des coulisses de la scène – que Lalonde substitue à celle, distante et externe, du balcon –, de dévoiler l'implicite, ou l'arrière-scène, des discours juridiques et des problèmes de connaissance du droit. C'est précisément dans cet implicite que des représentations du droit se construisent et se révèlent. Il s'agit, par conséquent, de s'intéresser à l'arrière-plan des discours juridiques normatifs. En ce sens, « l'approche métathéorique réflexive, parce qu'elle conjugue la métathéorie à la réflexivité comme méthodologie, offre un degré d'externalité qui permet l'objectivation nécessaire à une certaine rupture épistémologique¹⁷ ». Il s'agit en quelque sorte de « l'explication de l'explication¹⁸ ».

Il peut paraître inapproprié de recourir à l'approche métathéorique réflexive pour l'analyse du discours judiciaire, puisque cette approche a été développée pour expliciter l'arrière-plan mobilisé implicitement par le discours doctrinal. Mais il convient de préciser que les juges empruntent ici à la théorie et à la doctrine constitutionnelles lorsqu'ils ont recours aux principes implicites dans les renvois. Plus encore, leur œuvre se fait elle-même, paradoxalement, théorique et « quasi-doctrinale », du moins en partie, puisqu'ils (re)construisent les fondements historiques et théoriques du droit constitutionnel, à l'instar de doctriniens – qu'ils citent d'ailleurs. En cela, les implicites de leurs discours n'en sont pas moins révélateurs que ceux de la doctrine. Ainsi comprise, l'approche métathéorique réflexive devient une méthodologie de la recherche applicable à la doctrine, certes, mais aussi à la jurisprudence lorsque les juges se lancent dans des enseignements doctrinaux.

Aux fins de la présente réflexion, l'arrière-plan que l'approche nous permet ici d'éclairer est celui du passage d'une conception traditionnelle du constitutionnalisme, axée sur le droit du gouvernement, à une approche de la gouvernance constitutionnelle. Les principes sous-jacents de la constitution canadienne révèlent un autre implicite dans la mesure où ils s'inscrivent

17. *Ibid.*, p. 66.

18. *Ibid.*, p. 66.

dans une transformation contemporaine du droit qui dépasse le domaine constitutionnel – le droit administratif, comme nous l’indiquerons plus loin, a déjà bien pris ce tournant de la gouvernance. La « mise en contexte théorique¹⁹ » que permet l’approche métathéorique réflexive lève le voile sur la philosophie du droit mise en pratique par les acteurs du droit. Comme l’écrit Louise Lalonde, cela permet dès lors « de comprendre et d’expliquer les représentations effectives et implicites qui militent vers pareilles révolutions dans la conception non seulement du droit mais de sa philosophie²⁰ ». En ce sens, la théorie de la gouvernance permet de développer une explication compréhensive du droit constitutionnel.

2 LE PASSAGE VERS UNE GOUVERNANCE CONSTITUTIONNELLE

La gouvernance constitutionnelle permet de concevoir le constitutionnalisme dans le contexte des transformations contemporaines du droit. Alors que la conception traditionnelle du constitutionnalisme était fondée sur le modèle de la pyramide, voilà que celui du réseau tend à s’y substituer comme arrière-plan²¹. C’est ainsi qu’il est possible de parler de « la sortie de l’épistémè du gouvernement au profit d’une entrée dans l’épistémè de la gouvernance²² ». Après avoir redéfini sur cette base le constitutionnalisme canadien, il s’agira d’en expliciter les conséquences quant aux normes constitutionnelles que sont les conventions constitutionnelles et les principes constitutionnels implicites.

19. *Ibid.*, p. 80.

20. *Ibid.*, p. 80.

21. Voir François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; Boris BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l’ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L’Harmattan, 2012.

22. Marc MAESSCHALCK, *Gouvernance réflexive de la recherche et de la connaissance innovante*, Londres, ISTE, 2017, p. 25.

2.1 Le constitutionnalisme canadien à l'ère de la gouvernance

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²³, la Cour suprême du Canada a choisi de répondre, comme l'avait prévu Jacques-Yvan Morin²⁴, à la question constitutionnelle posée en ayant recours aux principes constitutionnels fondateurs du régime de 1867, plutôt qu'aux règles de modification adoptées en 1982. On peut certes analyser ce choix à l'aide de la philosophie du droit de Ronald Dworkin, pour qui le droit est composé non seulement de règles, comme le prônait le positivisme juridique, mais aussi de principes²⁵. L'explication doit aussi se tourner vers la philosophie politique, en raison de l'exigence de légitimité démocratique justifiant ce choix de recourir à des principes constitutionnels. Depuis l'abandon de toute prétention fondationnelle, la philosophie politique est « une observatrice attentive de la nouvelle manière de pratiquer le droit constitutionnel²⁶ ». Répondre négativement à la question posée en se fondant sur les règles écrites de la *Loi constitutionnelle de 1982* aurait certes paru illégitime, puisque le Québec n'a toujours pas adhéré à la réforme constitutionnelle de 1982. Or, en rendant son avis sur la sécession, la Cour cherchait d'abord à fonder sa propre légitimité pour intervenir dans ce débat politico-constitutionnel²⁷. La Cour suprême semble être sensible à ce fait. C'est du moins ce qu'il est possible d'inférer du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, lorsque la Cour précise que la procédure de modification constitutionnelle en vigueur depuis 1982 est

23. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1.

24. Jacques-Yvan MORIN, « La sécession du Québec et la Cour suprême du Canada », *L'Action nationale*, vol. 88, 1998, p. 117, aux pages 134 et suiv.

25. Ronald DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

26. M. ST-HILAIRE, préc., note 14, p. 11.

27. Andrée LAJOIE, « La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* », *Politique et sociétés*, vol. 19, 2000, p. 31. C'est en ce sens que la Cour suprême a écrit que « La sécession est autant un acte juridique qu'un acte politique » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1 ; voir aussi le chapitre de David Sanschagrin dans le présent ouvrage.

issue de l'accord interprovincial du 16 avril 1981²⁸, tout en soulignant que le Québec avait bien signé ce dernier²⁹.

Le recours aux principes constitutionnels témoigne également du constat que le droit constitutionnel s'inscrit dans la perspective plus large des mutations contemporaines du droit. L'invitation à penser le passage d'un État binational à multinational doit ainsi se situer sur l'arrière-plan d'un autre passage, soit celui du gouvernement à la gouvernance. Le constitutionnalisme doit être appréhendé sur la base des déclinaisons de la gouvernance, parfois qualifiée de gouvernance globale, mondiale et de nouvelle gouvernance étatique³⁰, et sur le modèle du réseau plutôt que sur celui de la pyramide des normes.

Si le passage du gouvernement à la gouvernance a fait l'objet d'analyses en droit administratif canadien³¹, la démonstration en matière constitutionnelle n'en serait qu'au statut d'hypothèse. La gouvernance constitutionnelle dont il s'agit ici, qui trouve certains échos dans des travaux plus récents en matière constitutionnelle³², doit être comprise dans le contexte de la théorie de

-
28. *Accord constitutionnel : projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981).
 29. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 92 et 99.
 30. Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.
 31. Voir notamment les travaux de Daniel Mockle et de Pierre Issalys, entre autres : Daniel MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », fasc. 5, *JurisClasseur Québec, Droit administratif*, Montréal, LexisNexis, 2016 ; Daniel MOCKLE, « Les approches critiques du droit administratif », *Les Cahiers de droit*, vol. 57, 2016, p. 497 ; Daniel MOCKLE, « Le droit administratif doit-il être vu autrement ? », *Droit et société*, vol. 92, 2016, p. 231 ; Pierre ISSALYS, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique* (rapport de recherche), Société de l'assurance automobile du Québec, 2002 ; Pierre ISSALYS, « L'analyse d'impact des lois et règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 133 ; Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2009.
 32. Voir notamment : *Le rôle des Cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux*, Belgique, La Cour constitutionnelle, étude, Service de

la gouvernance³³, des réflexions sur la démocratie, le droit et la gouvernance³⁴, ainsi qu'à partir de l'avènement du droit de la gouvernance, observable dans plusieurs domaines du droit³⁵. Sur cette base, les principes constitutionnels, tout comme les conventions constitutionnelles avant eux, peuvent être saisis en tant que nouveaux objets normatifs³⁶ – au départ qualifiés d'objets juridiques non identifiés (O.J.N.I.) ou d'objets normatifs non identifiés (O.N.N.I.)³⁷ ayant entraîné un brouillage des catégories juridiques traditionnelles³⁸ –, issus du droit souple³⁹ ou, mieux nommé encore, du droit de la gouvernance⁴⁰. Ces transformations récentes du droit⁴¹ ont provoqué des questionnements

recherche du Parlement européen, 2016; Nicolas LEPRON, *La gouvernance constitutionnelle des juges. L'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'Union européenne*, thèse de doctorat, Institut d'études politiques de Paris, 2014.

33. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Édition Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.
34. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.
35. Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015.
36. Boris BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 36.
37. Benoît FRYDMAN, « Comment penser le droit global? », dans Jean-Yves CHÉROT et Benoît FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17; Benoît FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2007.
38. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 22 et suiv.
39. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales Boulogne-sur-Mer, Paris, Dalloz, 2009. CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, Paris, La Documentation française, Direction de l'information légale et administrative, 2013.
40. V. LASSERRE, préc., note 35, p. 349 et suiv.
41. Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999. Voir aussi Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2015. Fabrizio CANTELLI, Steve JACOB, Jean-Louis GENARD et Christian DE VISSCHER (dir.), *Les constructions de l'action publique*, Paris, L'Harmattan, 2006. Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

importants quant à la force et la densification normatives⁴², à la théorie des sources du droit⁴³, à la normativité⁴⁴ et la juridicité⁴⁵, afin de comprendre le reformatage de la norme juridique et du droit⁴⁶.

Il paraît tout à fait concevable que cette révolution scientifique du droit et de la science juridique puisse aussi avoir une incidence sur le droit constitutionnel et le constitutionnalisme. C'est en ce sens qu'il est proposé ici de situer les principes constitutionnels sur l'arrière-plan du droit de la gouvernance. D'ailleurs, ils n'y sont pas seuls, puisque les conventions constitutionnelles, dont s'est servie la Cour suprême du Canada pour répondre à une tout autant délicate question, soit celle du degré de consentement provincial nécessaire pour rapatrier la Constitution canadienne, comptent aussi parmi ces autres normes constitutionnelles qui s'ajoutent aux règles écrites du droit constitutionnel.

Récemment sont également apparues de nouvelles normes émanant de réformes paraconstitutionnelles qui évitent la voie de l'amendement constitutionnel formel. Jusqu'à un certain point, ces réformes peuvent être perçues comme un échec de la procédure de modification constitutionnelle, souvent considérée

42. Catherine THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris et Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence et Bruylant, 2009. Catherine THIBIERGE, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013. Pour une application au droit constitutionnel canadien, voir le texte d'Amélie Binette dans le présent ouvrage.

43. Stéphane GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012; Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées* (4 vol.), Bruxelles, Anthemis-Facultés universitaires Saint-Louis, 2012; François OST, « Penser le droit aujourd'hui. L'exemple de la théorie des sources », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La norme juridique reformatée. Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, p. 433; Nathalie MARTIAL-BRAZ, Jean-François RIFFARD et Martine BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011.

44. François BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011.

45. Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997.

46. L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 43.

comme étant trop rigide. C'est sans compter sur le manque de volonté politique pour entreprendre des modifications formelles de la constitution. Quoi qu'il en soit, «le recours à des instruments de réformes paraconstitutionnelles tend à s'accélérer⁴⁷». Ces instruments prennent notamment la forme d'entente intergouvernementale ou administrative, de référendum consultatif ou de loi organique⁴⁸.

2.2 Les principes et les conventions comme normes du droit de la gouvernance constitutionnelle

Invitée à se prononcer sur le rapatriement de la constitution canadienne et la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada a répondu à la question constitutionnelle qui lui était posée en s'en remettant à des normes autres que les traditionnelles règles juridiques. Dans les renvois relatifs au rapatriement, la Cour a fait référence aux conventions constitutionnelles et, dans le renvoi sur la sécession, aux principes constitutionnels. Non écrites et implicites, de telles normes peuvent être comprises comme des «petites sources du droit⁴⁹», c'est-à-dire des normes pouvant être considérées comme étant juridiquement non obligatoires, non contraignantes ou non sanctionnables – ce qui n'exclut pas qu'elles puissent créer des obligations, des contraintes et que des sanctions soient possibles.

La juridicité et la force normative de ces normes soulèvent des interrogations, des questions examinées par la théorie du droit de la gouvernance. Alors que les conventions constitutionnelles posent l'enjeu de l'acceptation pratique de la norme,

47. Patrick TAILLON, «Une constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la "déhiérarchisation" de la Constitution du Canada», dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 43, p. 297, à la page 302.

48. Voir, par exemple, la loi de clarification (ou dite sur la clarté): *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*, L.C. 2000, c. 26; la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), c. 24 (4^e suppl.).

49. S. GERRY-VERNIÈRES, préc., note 43.

les principes mettent en lumière l'importance des processus en matière de droit de la gouvernance⁵⁰.

Au surplus, que ces questions soient déterminées par des avis consultatifs émis par le plus haut tribunal est déjà une indication que la fonction judiciaire ne vise pas qu'à émettre des ordonnances assorties de sanctions. En cela, bien que cette possibilité existe depuis longtemps, le cadre d'analyse du droit de la gouvernance permet de comprendre autrement cette autre finalité du droit, où un tribunal exerce une fonction consultative. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a eu à justifier cette fonction :

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. [...] Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif⁵¹.

Le droit, comme le tribunal, peut exercer des fonctions consultatives, émettre des avis ou des recommandations, remplir des fonctions informationnelle et promotionnelle⁵².

50. Sur ces différentes questions, voir notamment : Stéphane BERNATCHEZ, « La pratique de l'opération normative : les conditions de possibilité de la gouvernance par le droit », dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 43, p. 203. Une partie du développement qui suit s'appuie sur ce texte. Voir aussi : Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, « L'effectivité dans le monde vécu comme lieu d'émergence de la norme : la normativité, l'interprétation contextuelle et l'acceptation pratique », dans Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER (dir.), *Les pratiques, sources de normativité ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 9. Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit », dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 30, p. 159.

51. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 15.

52. Voir notamment : Norberto BOBBIO, *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012.

Dans le premier renvoi sur le rapatriement de la Constitution⁵³, la Cour suprême s'est penchée – certains disent qu'elle penche toujours – sur la nature des conventions constitutionnelles. « Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites⁵⁴. »

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law* les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation⁵⁵.

Cet extrait montre bien que les conventions constitutionnelles ne constituent pas des règles de droit au sens traditionnellement accordé à cette notion. C'est précisément le « conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions⁵⁶ » et qui « empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi⁵⁷ ». N'étant pas des règles de droit, les conventions constitutionnelles servent au couplage structurel, pour reprendre la notion de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann⁵⁸, entre le système juridique et le système politique. C'est d'ailleurs ainsi que l'on peut comprendre l'avis rendu le 28 septembre 1981 par la Cour suprême du Canada, lorsqu'elle en est arrivée à la conclusion que le rapatriement sans un degré

53. *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

54. *Ibid.*, 880.

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*, 882.

57. *Ibid.*

58. Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

appréciable de consentement provincial était constitutionnel eu égard au droit, mais inconstitutionnel en vertu des conventions.

S'interrogeant, dès lors, sur ce qui peut fonder l'existence d'une convention constitutionnelle – en l'espèce, obligeant le gouvernement fédéral à obtenir le consentement des provinces avant de rapatrier le pouvoir formel d'amender la Constitution rigide, pouvoir qui, jusque-là, relevait des autorités britanniques –, la Cour suprême a établi, en s'appuyant sur le constitutionnaliste anglais Jennings⁵⁹, que, pour établir l'existence d'une convention, trois conditions doivent être remplies :

Nous devons nous poser trois questions : premièrement, y a-t-il des précédents ? ; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle ? ; et, troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être ? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées⁶⁰.

Dans le second renvoi sur le rapatriement⁶¹, la Cour suprême a précisé que « la condition la plus importante pour établir une convention⁶² » est la seconde, soit « l'acceptation ou la reconnaissance par les acteurs dans les précédents⁶³ » : « la reconnaissance ou l'assentiment est un élément essentiel des conventions constitutionnelles⁶⁴ ». S'appuyant sur le premier renvoi, la Cour indique que « les précédents et l'usage ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents⁶⁵ ».

La reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est, à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui

59. W. IVOR JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 136.

60. Traduction tirée du *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 53, 888.

61. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

62. *Ibid.*, 814.

63. *Ibid.* (nos italiques).

64. *Ibid.*, 816.

65. *Ibid.*, 807 (nos italiques).

permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique⁶⁶.

La Cour a par la suite exigé une reconnaissance formelle, explicite et expresse, de cette acceptation, manquant ainsi la dimension pragmatique d'une telle norme à exigence de réflexivité⁶⁷. L'exemple des conventions constitutionnelles nous informe néanmoins de l'importance de la reconnaissance ou de l'acceptation par les acteurs dans la normativité.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶⁸, la Cour suprême du Canada devait répondre à la question de savoir si le Québec possédait le droit de faire sécession du Canada de façon unilatérale. Plutôt que de répondre à cette question sur la base des règles juridiques écrites de la procédure de modification établie par la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour a choisi de fonder son avis sur des principes constitutionnels qui sous-tendent la Constitution canadienne – en l'espèce, les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit, et de la protection des minorités. La Cour examine alors la nature des principes constitutionnels. Elle écrit : « Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées⁶⁹. »

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale⁷⁰.

Par la suite, la Cour suprême se demande comment elle peut utiliser ces principes. Elle écrit :

66. *Ibid.*, 816 (nos italiques).

67. L. LALONDE et S. BERNATCHEZ, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit », préc., note 50.

68. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1.

69. *Ibid.*, par. 49.

70. *Ibid.*, par. 51.

Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] « arbre vivant » selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens reconnaissent depuis longtemps l'existence et l'importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement⁷¹.

Reconnaissant qu'ils peuvent « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel⁷² », la Cour leur a accordé une force normative en ce qu'ils constituent une source d'obligations :

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs ; ils sont aussi investis d'une *force normative puissante* et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements⁷³.

Dans le cas des principes constitutionnels, il semble donc, si l'on en croit la Cour suprême, que ce soit par leur capacité à donner naissance à des obligations juridiques qu'ils acquièrent une force normative. Le concept de force normative peut servir d'outil technique de diagnostic de la force des normes en droit⁷⁴. Comme l'a énoncé Catherine Thibierge, ce diagnostic repose sur les trois pôles de la force normative : la valeur normative (*en lien avec la source de la norme, la force conférée à la norme par son émetteur*), la portée normative (*en lien avec les effets de la norme, la force*

71. *Ibid.*, par. 52.

72. *Ibid.*, par. 49.

73. *Ibid.*, par. 54 (nos italiques).

74. Catherine THIBIERGE, « Le concept de "force normative" », dans C. THIBIERGE et alii, *La force normative*, préc., note 42, p. 813, à la page 817.

perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires) et la garantie normative (*la garantie du respect et de la validité de la norme offerte par le système juridique: la norme est-elle contraignante, sanctionnable, contestable, mobilisable par le juge, et opposable, invocable par les justiciables ?*)⁷⁵.

Tant les conventions constitutionnelles que les principes constitutionnels ne jouissent pas d'une forte valeur normative, étant à l'extérieur de la Constitution formelle – sauf pour une reconnaissance, implicite ou explicite, des principes dans les préambules des lois constitutionnelles de 1867 et 1982. Leur force normative provient davantage de leur portée normative, dans la mesure où les acteurs politiques se sentent liés par une règle conventionnelle et que les principes peuvent produire des effets juridiques que les gouvernements semblent considérer comme étant contraignants. Dans la mesure où ils peuvent donner lieu à des obligations juridiques, les principes jouissent d'une garantie normative. Les conventions offrent aussi une certaine garantie normative, car, même si elles ne peuvent être sanctionnées par les tribunaux, ces derniers peuvent les reconnaître et les définir. De même, les tribunaux peuvent se servir des principes comme des guides dans l'interprétation constitutionnelle, dans la détermination des droits et des obligations, ainsi que dans la définition du rôle des institutions politiques. La garantie normative des conventions et des principes provient à la fois de la reconnaissance par les institutions du système juridique et de l'acceptation pratique par les destinataires des normes⁷⁶.

Selon la grille d'analyse de la gouvernance, les principes constitutionnels peuvent être compris en tant que standards constitutionnels mondiaux⁷⁷. En ce sens, ils doivent être compris

75. *Ibid.*, p. 822 et 823; voir aussi le chapitre d'Amélie Binette dans le présent ouvrage.

76. Stéphane BERNATCHEZ, «La pratique de l'opération normative: les conditions de possibilité de la gouvernance par le droit», dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 43, p. 203.

77. M. ST-HILAIRE, préc., note 14. Voir aussi: Daniel MOCKLE, «La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée», *Les Cahiers de droit*, vol. 51, 2010, p. 245; Daniel MOCKLE, «Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global», *Les Cahiers de droit*, vol. 53, 2012, p. 3.

comme des instruments normatifs propres au droit mondial, par opposition au droit global⁷⁸. Les deux tendances, incarnées l'une dans un *jus cosmopolitanum*⁷⁹ ou, dirait-on aujourd'hui, un constitutionnalisme global⁸⁰ (qui lui-même s'élabore sur un constitutionnalisme sociétal⁸¹), et l'autre dans un *jus gentium*⁸², caractérisent la mondialisation et ses normativités émergentes⁸³.

Conçus en tant que standards constitutionnels, les principes peuvent s'inscrire dans le droit de la gouvernance dans un double sens. En un premier sens, ils participent de ce mouvement consistant à gouverner par les standards⁸⁴. En un second sens, les standards constitutionnels mondiaux constituent les meilleures pratiques possible, telles celles qu'établit la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)⁸⁵. Si la logique des meilleures pratiques est bien connue dans la gouvernance d'entreprise, elle s'incarne en droit de la

-
78. Dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Vers un droit global ?*, Montréal, Thémis, 2016, voir les textes suivants : Karim BENYEKHLEF, « Une introduction au droit global », p. 1 ; Benoît FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », p. 115 ; Maxime ST-HILAIRE, « Droit global ou *jus gentium* ? », p. 163.
79. Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1971.
80. Gunther TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016. Gunther TEUBNER, « Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État », *Revue juridique Thémis*, vol. 39, 2005, p. 435.
81. David SCULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; voir aussi : David SCULLI, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001 ; David SCULLI, « The Critical Potential of the Common Law Tradition », *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 1076 ; David SCULLI, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », *British Journal of Sociology*, vol. 39, 1988, p. 377.
82. Jeremy WALDRON, « *Partly Laws Common to All Mankind* » : *Foreign Law in American Courts*, New Haven, Yale University Press, 2012.
83. Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2015.
84. Benoît FRYDMAN et Arnaud VAN WAËYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
85. Voir M. ST-HILAIRE, préc., note 14.

gouvernance dans de nouveaux instruments ainsi que dans des mécanismes de contrôle qualitatif et quantitatif, d'analyse d'impact⁸⁶, de qualité de la norme⁸⁷. Appliquée au droit, cette technique de management ou de marketing du droit devient une sorte de benchmarking juridique ou, ici, de benchmarking constitutionnel⁸⁸.

Les standards constitutionnels mondiaux se présentent pour ainsi dire comme une méthode de droit comparé, à laquelle contribue la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en interprétant et en appliquant des principes constitutionnels, tels que la démocratie, la primauté du droit, le constitutionnalisme, l'indépendance judiciaire, le fédéralisme, etc.

Par ailleurs, les principes constitutionnels s'inscrivent dans le droit de la gouvernance d'une autre manière encore, soit en créant des normes processuelles⁸⁹. C'est ainsi que les principes mobilisés dans le renvoi sur la sécession prennent la forme de processus de négociation, de délibération, de consultation référendaire.

Si ré-imagination du projet constitutionnel canadien il doit y avoir, cela pourrait se faire par les innovations propres au droit de la gouvernance constitutionnelle plutôt que par les voies traditionnelles, voire impénétrables pour emprunter un vocabulaire mystique qui sied bien à la suprématie constitutionnelle, du droit constitutionnel.

86. Voir notamment : Pierre ISSALYS, « L'analyse d'impact des lois et règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité? », préc., note 31.

87. Voir notamment : Evelyne BONIS et Valérie MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Paris, Mare & Martin, 2016 ; Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

88. Pierre DE MONTALIVET, « Le marketing du droit », dans Sarah DORMONT et Thomas PERROUD (dir.), *Droit et marché*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015, p. 127 ; Pierre DE MONTALIVET, « La "marketisation" du droit. Réflexions sur la concurrence des droits », *Dalloz*, 2013, n° 44, p. 2923.

89. L. LALONDE et S. BERNATCHEZ, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit », dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 30, p. 159.

3 L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE CANADIENNE

Dans cette troisième partie, il s'agit de se demander en quoi les normes de la gouvernance constitutionnelle permettent de redéfinir l'identité constitutionnelle du Canada, en ré-imaginant le Canada en un État multinational plutôt que binational. Il faut d'abord convenir que le rêve de la dualité canadienne formulé par André Laurendeau paraît s'être éteint depuis un certain temps, avec notamment l'échec de l'Accord du lac Meech. C'est du moins la conclusion qu'en avait tirée à l'époque le politologue Guy Laforest⁹⁰, ce qui n'avait pas empêché Kenneth McRoberts⁹¹ d'espérer un retour à l'esprit des pages bleues de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (commission Laurendeau-Dunton).

Dans cette troisième et dernière partie, il s'agit d'examiner certains développements récents en Europe, plus précisément l'émergence, dans la pratique judiciaire, d'un concept susceptible, en faisant les adaptations requises, d'éclairer la compréhension du droit constitutionnel canadien.

3.1 Le concept d'identité constitutionnelle⁹²

Le nouveau concept qu'il s'agit maintenant d'étudier est celui d'identité constitutionnelle. Même si le concept avait déjà été utilisé par le passé, notamment dans la décision *Solange I*⁹³ traitant de la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande – et qui affirmait que « la structure fonda-

90. Guy LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992.

91. Kenneth McROBERTS, *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, Montréal, Boréal, 1999. Voir aussi Guy LAFOREST, avec la collaboration de Jean-Olivier ROY, *Un Québec exilé dans la fédération*, Montréal, Québec Amérique, 2014.

92. J'ai déjà examiné ce concept dans Stéphane BERNATCHEZ, « L'identité constitutionnelle du Québec: l'émergence d'un nouveau concept juridique? », Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Yvon Blais, 2016, p. 101. Je reprends ici certains développements théoriques, en les appliquant non pas au Québec, mais cette fois-ci au Canada.

93. BVerfGE 37, 271 (279 et s.) §43 *Solange I* (traduction française dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, p. 316).

mentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité» ne peut être modifiée par la législation de l'institution interétatique –, l'usage qu'en ont fait les tribunaux des États européens depuis une dizaine d'années constitue un renouveau suffisamment important pour justifier de parler encore aujourd'hui de l'émergence du concept. D'autant plus qu'une abondante littérature doctrinale accompagne, ces dernières années, le développement jurisprudentiel du concept d'identité constitutionnelle⁹⁴.

Au départ, le concept d'identité constitutionnelle doit être distingué de celui de marge nationale d'appréciation développé en droit européen dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵. Le concept d'identité constitutionnelle a plutôt été créé et appliqué en droit national. Au sens large, la notion de marge d'appréciation « s'entend de la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁶ ». Cette notion « ne se trouve toutefois ni dans le texte de la Convention elle-même ni dans les travaux préparatoires, mais apparaît pour la première fois en 1958 dans le rapport de la Commission dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni*, ayant son origine dans la requête de la Grèce alléguant des violations commises par

94. Voir notamment les études et travaux publiés dans : Hélène GAUDIN (dir.), « L'État membre de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, vol. 2, 2004, p. 3-256 ; Jean-Claude MASCLÉ et al. (dir.), *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010 ; Jean-Christophe BARBATO et Jean-Denis MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011 ; Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI et collab. (dir.), *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quels sens ? Quelles fonctions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

95. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue de droit de McGill*, vol. 46, 2001, p. 923.

96. Steven GREER, « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 17, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 5.

le Royaume-Uni à Chypre⁹⁷ ». Utilisée des centaines de fois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette notion a servi surtout à justifier, dans la perspective du contrôle du respect de la Convention, une retenue judiciaire.

Le concept d'identité constitutionnelle se distingue aussi de la notion d'identité nationale, qui demeure marquée par le concept de l'État-nation. Dans le contexte pluraliste qui caractérise les États contemporains, associer l'identité constitutionnelle à la nation (ou à un groupe national majoritaire) demeure trop réducteur. Il faut penser aujourd'hui dans les suites de l'idée d'un patriotisme constitutionnel post-national développée par Jürgen Habermas lors des débats sur la réunification de l'Allemagne et la construction européenne⁹⁸. Sur la base de ces développements, la difficile quadrature du cercle identitaire consiste maintenant à réfléchir à l'identité constitutionnelle de manière contextuelle, la réalité politique et sociologique permettant néanmoins de définir l'identité en tenant compte des dimensions majoritaires et minoritaires.

Afin d'éclairer les enjeux d'arrière-plan, il convient d'aborder, dès à présent, une autre question qui pourrait devenir une importante source d'incompréhension risquant de miner le concept d'identité constitutionnelle – surtout lorsqu'il est transposé dans le contexte canado-québécois. Même si elle a parfois, souvent peut-être, été invoquée comme limite à l'intégration européenne, l'identité constitutionnelle ne doit pas être conçue uniquement comme un bouclier de l'identité nationale, ou comme un principe

97. *Ibid.* Voir « L'Affaire de Chypre (Grèce c. Royaume-Uni) », dans *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme : Commission et Cour européennes des droits de l'homme*, vol. 2, La Haye, Martinus Nijhoff, 1958-1959, p. 172.

98. Jürgen HABERMAS, *Écrits politiques : culture, droit, histoire*, Paris, Éditions du Cerf, 1990; Jürgen HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998; Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000; Jürgen HABERMAS, « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », dans Jacques LENOBLE et Nicole DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Paris, Esprit, 1992, p. 17; Jürgen HABERMAS, *La constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, 2012.

de défense de la souveraineté nationale⁹⁹. Elle est à la fois norme de résistance et norme de convergence entre les constitutionnalismes nationaux et européen¹⁰⁰, même s'il est vrai qu'elle marque une certaine opposition à l'«euroconstitutionnalisme», qu'elle est destinée à protéger la personnalité «interne» et «externe» des États. Par exemple, en France, à la même époque où a été mise en place la question prioritaire de constitutionnalité (dans cette même perspective défensive de «mettre une limite à la primauté européenne¹⁰¹»), l'identité constitutionnelle ne constitue pas qu'un obstacle à l'intégration européenne; elle s'avère aussi un mode de construction de cette intégration. En effet, l'Union européenne «se construit et ne peut se construire que dans le respect des identités constitutionnelles¹⁰²»: «En d'autres termes, l'Union n'est pas une pyramide, mais une étoile dont les branches sont les identités constitutionnelles, une étoile qui tire son énergie vitale de ses branches et qui donne à ses branches leur rayonnement et leur luminosité¹⁰³.»

En un mot, l'Union fait vivre et vit de plusieurs niveaux de production normative, local, régional, national et européen sans qu'un de ces niveaux soit, une fois pour toutes, en position de surplomb. Tous concourent et participent à la production de l'étoile européenne. Sans ses branches constitutionnelles, l'Union ne serait pas, et donc pour être – au sens fort du mot –, elle doit respecter ses branches qui font aussi son identité¹⁰⁴.

Dans sa formulation par le Conseil constitutionnel français, le concept d'identité constitutionnelle signifie que, dans le cadre de son contrôle du respect du droit communautaire par le droit interne, le Conseil «ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France,

99. Dominique ROUSSEAU, «L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne?», dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), préc., note 94, p. 89.

100. François Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013.

101. D. ROUSSEAU, préc., note 99, aux pages 93 et 94.

102. *Ibid.*, à la page 98.

103. *Ibid.*, aux pages 98 et 99.

104. *Ibid.*, à la page 99.

sauf à ce que le constituant y ait consenti¹⁰⁵ ». Ainsi, il serait possible d’y consentir, donc d’y renoncer ; l’identité constitutionnelle « ne serait pas indisponible. Elle ne serait pas supra-constitutionnelle¹⁰⁶ ». Le constitutionnaliste Alexandre Viala explique comme suit l’origine de ce concept :

Le Conseil s’est inspiré de l’article I-5 du Traité constitutionnel européen qui était destiné à relativiser le principe de primauté du droit de l’Union européenne affirmé en son article I-6. Ce traité n’ayant jamais été ratifié, c’est l’article 4 § 2 du Traité sur l’Union européenne, dans sa version issue du traité de Lisbonne, qui formule ce principe en disposant que « l’Union respecte l’égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »¹⁰⁷.

Le professeur Viala fait également observer que l’indétermination sémantique a davantage attiré l’attention sur *les principes inhérents* à l’identité constitutionnelle, plutôt que sur le concept d’identité constitutionnelle lui-même. Comme le souligne le constitutionnaliste Dominique Rousseau, la doctrine s’est immédiatement interrogée sur « le contenu possible de cette identité, sur ces règles et principes qui seraient inhérents », chaque professeur y allant de sa liste¹⁰⁸, ce qui démontre la difficulté d’en préciser le contenu concret¹⁰⁹. De plus, au même moment où les constitu-

105. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (*Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*), J.O.R.F., 3 août 2006, p. 11541, considérant 19. Voir aussi : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 (*Loi relative au secteur de l’énergie*), J.O.R.F., 8 décembre 2006, p. 18544 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 (*Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*), J.O.R.F., 21 août 2008, p. 13079 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 (*Loi relative à l’ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne*), J.O.R.F., 13 mai 2010, p. 8897. En Allemagne, voir l’arrêt de la Cour constitutionnelle sur le traité de Lisbonne (BverfG, 2 BvE 2/08 vom 30 juin 2009, Nep., pts 211, 240, 241).

106. Alexandre VIALA, « Le concept d’identité constitutionnelle : approche théorique », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) préc., note 94, p. 7, à la page 11.

107. *Ibid.*, à la page 7.

108. D. ROUSSEAU, préc., note 99, à la page 96.

109. Michel TROPER, « L’identité constitutionnelle », dans Bertrand MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la constitution française*, Paris, Dalloz,

tionnalistes tentent de conceptualiser l'identité constitutionnelle et d'en faire une application juridique s'élève une opposition à la construction de modèles, plus précisément en matière de justice constitutionnelle¹¹⁰ – qui pourrait d'ailleurs s'avérer l'une des variables permettant de définir l'identité constitutionnelle d'un État.

Ainsi, un principe inhérent à l'identité constitutionnelle serait un « principe *expressément* contenu dans la Constitution française, dont on ne retrouve pas l'équivalent dans les textes communautaires. En somme, un principe spécifique à l'ordre constitutionnel national¹¹¹ ». À titre d'exemple, la laïcité, que l'on aurait tendance à retenir pour définir l'identité constitutionnelle de la France, est au cœur de la jurisprudence relative à la Convention européenne, ce qui annihile sa spécificité franco-française¹¹². Cela n'a pas empêché certains tribunaux constitutionnels nationaux, par exemple en Pologne ou en Allemagne, d'inclure de nombreux éléments constitutifs de l'identité constitutionnelle nationale, même si ceux-ci sont partagés par le constitutionnalisme européen : en Pologne, la souveraineté, la démocratie, l'État de droit, le principe de justice sociale, le principe de subsidiarité ainsi que les principes de protection de la dignité humaine, des droits constitutionnels et des libertés fondamentales¹¹³; en Alle-

2008, p. 123. Voir aussi Anne LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne? », dans H. GAUDIN (dir.), préc., note 94, p. 173; Anne LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle: comment concilier l'inconciliable? », dans J.-C. MASCLÉ, préc., note 94, p. 109.

110. Guillaume TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologne, Bononia University Press, 2009.
111. A. VIALA, préc., note 106, à la page 8. L'auteur prend également en considération la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2004 : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*), J.O.R.F., 22 juin 2004, p. 11182; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 (*Loi relative à la bioéthique*), J.O.R.F., 7 août 2004, p. 14077.
112. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « L'identité constitutionnelle en question(s) », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), préc., note 94, p. 155, à la page 160.
113. Stéphanie LAULHE-SHAËLOU, « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), préc., note 94, p. 133.

magne, la démocratie, l'État de droit, l'État social, la République, l'État fédéral et les droits fondamentaux¹¹⁴. Plus significative est la conception que la Cour constitutionnelle allemande a retenue dans l'arrêt *Lisbonne* de 2009, dans lequel elle a conclu que le principe de démocratie, auquel la Constitution offre une garantie de pérennité, permet de « tracer une limite qu'aucune évolution politique ultérieure ne saurait franchir ». Cela confère une « identité constitutionnelle inaliénable » : « Avec cette “garantie de pérennité”, même le législateur constitutionnel ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral¹¹⁵. »

En ce sens, Viala reconnaît la difficulté de préciser la signification de l'identité constitutionnelle française en raison de « l'instabilité constitutionnelle que la France a connue à partir de 1789¹¹⁶ ». En revanche, poursuit-il,

il y a tout lieu, sans trop de sérieuses difficultés, de repérer une identité constitutionnelle du Royaume-Uni, liée au bipartisme, au régime parlementaire et au légicentrisme, tout comme il est aisé de cerner l'identité constitutionnelle américaine à laquelle on associe volontiers le fédéralisme, le régime présidentiel et le constitutionnalisme, voire l'identité constitutionnelle allemande marquée par l'État de droit et l'héritage fédéral germanique¹¹⁷.

Selon la perspective adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne, il semble que le noyau dur de l'identité constitutionnelle de l'État tient à la structure de l'État et à sa tradition constitutionnelle¹¹⁸. Les éléments relatifs aux fonctions essentielles de l'État, notamment afin d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale, peuvent également être considérés, tout comme les conditions

114. FRANZ C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), préc., note 94, p. 133.

115. BVerfGE 123, 267 *Lisbonne* (343) §216, (344) §218. Traduction française disponible sur le site de la Cour constitutionnelle allemande : [En ligne], [www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html].

116. A. VIALA, préc., note 106, à la page 10.

117. *Ibid.*

118. DENYS SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », dans L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), préc., note 94, p. 27, aux pages 33-35.

par lesquelles l'appartenance à l'identité nationale est préservée, notamment dans l'administration publique. De même, la prise en compte de l'identité culturelle et linguistique a été reconnue dans la jurisprudence de l'Union européenne¹¹⁹. En revanche, le Conseil constitutionnel français a jugé que « les services publics “à la française” [...] ne sont pas caractéristiques de l'identité constitutionnelle de la France et ne permettent pas en conséquence de s'opposer à la transposition de la directive privatisant le secteur de l'énergie¹²⁰ ».

Définir l'identité, individuelle ou étatique, pose problème. Il s'agit d'un acte performatif particulier : « L'identité est le fruit d'une performativité qui réside en ceci qu'en le disant je ne le *fais pas*, mais bien plutôt qu'en le disant je le *suis*¹²¹. » Rapportée à l'identité constitutionnelle, la performativité mène à ceci : « L'identité constitutionnelle est alors ce que la Constitution dit qu'elle est¹²². »

Se pose dès lors le problème des principes supra-constitutionnels. Du fait de leur supra-constitutionnalité, ils ne présenteraient plus la caractéristique d'être inhérents à l'identité constitutionnelle d'un État. Les droits et libertés seraient ainsi des standards constitutionnels mondiaux¹²³ incapables d'assurer la spécificité requise pour constituer l'ipséité de la constitution ou de l'identité constitutionnelle. « Au sein d'une Constitution, ils sont garantis comme ils pourraient l'être dans n'importe quelle autre Constitution démocratique et libérale¹²⁴. » Pour un État, la Constitution traduit la transcendance dans l'immanence, le lien, montré par l'école historique allemande de Savigny, entre le droit et la culture particulière. L'identité constitutionnelle est plutôt liée au principe de souveraineté¹²⁵ ; elle n'est pas intangible, « elle ne relève que de l'univers intelligible du langage et du construit¹²⁶ ».

119. *Ibid.*, aux pages 35-37.

120. D. ROUSSEAU, préc., note 99, à la page 97. Voir CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2006-543, préc., note 105.

121. A. VIALA, préc., note 106, à la page 20.

122. *Ibid.*, à la page 21.

123. M. ST-HILAIRE, préc., note 14.

124. A. VIALA, préc., note 106, à la page 21.

125. *Ibid.*, aux pages 21-22.

126. *Ibid.*, à la page 24.

Autre difficulté, l'identité se rapprocherait, paradoxalement, de l'idée de permanence, comme si elle se distinguait par son immutabilité, tout en demeurant une construction, une institution susceptible d'évoluer et de se modifier librement par volonté ou par choix. « L'identité n'est pas donnée une fois pour toutes, elle se construit et se transforme tout au long de l'existence¹²⁷. » À la manière d'une constitution, qui assure la stabilité tout en prévoyant des règles pour sa modification, l'identité se transforme tout en conservant ses particularités. La métaphore du bateau de Thésée sert à illustrer ce phénomène: « La légende enseignait qu'après le retour de l'île de Crète du jeune Athénien le bateau restera le même vaisseau par-delà les nombreuses réparations dont il fera par la suite l'objet. S'il n'a plus les mêmes planches, ni les mêmes pièces ni les mêmes matériaux, ce bateau demeure toujours celui de Thésée¹²⁸. »

De la même manière, lorsqu'un ordre juridique est modifié, il demeure le même, avec à sa tête sa constitution, stable. « Où l'on voit que la Constitution est la clé de voûte de ce qui fait la pérennité de l'ordre juridique, sinon son identité. L'identité constitutionnelle, c'est d'abord l'identité de l'ordre juridique dont la Constitution est le garant¹²⁹. » Même en subissant des modifications, la constitution et, avec elle, l'identité constitutionnelle demeurent les mêmes, sans être tout à fait les mêmes: changer *la* Constitution, sans changer *de* constitution¹³⁰. Aussi le régime constitutionnel canadien est-il le même depuis 1867, tout en n'étant plus vraiment le même en raison des nombreuses modifications qui lui ont été apportées.

3.2 L'identité constitutionnelle canadienne ré-imaginée

La question qu'il s'agit maintenant d'examiner consiste à se demander en quoi les normes de la gouvernance constitutionnelle, et plus précisément ici les principes constitutionnels sous-

127. Amin MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, p. 30.

128. A. VIALA, préc., note 106, à la page 13. Voir aussi Stéphane FERRET, *Le bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, Paris, Éditions de Minuit, 1996.

129. A. VIALA, préc., note 106, à la page 13.

130. *Ibid.*, à la page 21.

jacents dont la Cour suprême du Canada a fait usage dans ses renvois et jugements, seraient constitutives d'une identité constitutionnelle canadienne renouvelée. Déjà, il faut bien observer que la Cour suprême du Canada prend bien soin de rattacher les principes à l'ordre constitutionnel existant depuis 1867, ce qui pourrait laisser penser qu'ils ne pourraient avoir pour vocation de ré-imaginer le Canada. Les principes permettraient néanmoins de changer la constitution, sans changer de constitution, surtout à la lumière des nouveaux usages que les tribunaux semblent prêts à en faire.

A priori, comme l'a justement souligné Alain-G. Gagnon, les questions relatives aux repères identitaires ne semblent pas constituer de grandes priorités au sein des États occidentaux¹³¹. De là sans doute l'importance de renouveler la réflexion sur l'identité, comme le propose le concept d'identité constitutionnelle. Au sujet de l'identité constitutionnelle canadienne, je me limiterai ici à deux remarques.

Premièrement, dans le débat sur l'identité constitutionnelle des États européens, les réflexions ont porté surtout sur la liste de principes inhérents à l'identité constitutionnelle de chaque État. *A priori*, un principe inhérent à une constitution particulière ne doit pas exister au niveau européen. Dans le cas de l'identité constitutionnelle canadienne, il n'y a évidemment pas d'entité supra-étatique susceptible de limiter la liste des principes admissibles. Toutefois, si l'identité constitutionnelle canadienne doit être définie à l'aune de la méthode de droit constitutionnel comparé que représentent les standards constitutionnels mondiaux, il ne fait pas de doute que les principes de la démocratie, du fédéralisme, de la primauté du droit, du constitutionnalisme, de l'indépendance judiciaire, pour ne mentionner que ces derniers, ne sauraient constituer des principes propres au Canada.

Au surplus, pour rattacher l'origine de ces principes au texte constitutionnel, la Cour suprême du Canada s'est servie du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de sa mention selon laquelle la Constitution canadienne repose sur les mêmes

131. Alain-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes : essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2011, p. 7 et 8.

principes que celle du Royaume-Uni. La particularité de ces principes est précisément d'émaner de la théorie constitutionnelle et de recevoir au sein de chaque système constitutionnel étatique une interprétation et une application particulières, en fonction de l'histoire et de l'évolution constitutionnelle constitutives de chaque État. À cet égard, tant le binationalisme que le multiculturalisme s'enracinent dans des interprétations et des applications propres au développement constitutionnel du Canada. En ce sens, ces principes ont certes permis de forger une identité constitutionnelle distincte pour le Canada par rapport aux autres constitutions étatiques.

Quant au multinationalisme, il prend appui à la fois sur le « pari de la diversité¹³² » et sur certains principes constitutionnels consacrés par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : la protection des minorités et le fédéralisme. Dans ce renvoi, la Cour a précisé que le processus de négociation impliquerait « deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit¹³³ ».

S'ajoutent à cela la reconnaissance des droits constitutionnels des peuples autochtones et le projet d'enchâsser leur autonomie gouvernementale. La dimension multinationale du système constitutionnel canadien a également été reconnue récemment dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*¹³⁴. La Cour, à la quasi-unanimité, a jugé que l'interprétation de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*¹³⁵ doit refléter « le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec¹³⁶ ».

132. Alain DIECKHOFF, « L'État face au défi de la multinationalité », dans Jocelyn MACLURE et Alain-G. GAGNON (dir.), *Repères en mutation. Identité et citoyenneté dans le Québec contemporain*, Montréal, Québec Amérique, 2001, p. 327.

133. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 93.

134. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 29.

135. Cet article 6 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* (L.R.C. 1985, c. S-26) énonce ce qui suit : « Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci. »

136. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 29, par. 69.

Deuxièmement, ces phénomènes surviennent alors que les constitutionnalistes s'interrogent sur le sens à donner au constitutionnalisme canadien¹³⁷. Au-delà des principes inhérents à l'identité constitutionnelle, la principale caractéristique d'une démocratie constitutionnelle est sans nul doute sa capacité à s'auto-réviser. En ce sens, la rigidité de la procédure de modification constitutionnelle, plus particulièrement en ce qui concerne les procédures prévues aux articles 38 et 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constitue une limite importante à cette capacité du régime canadien de réaliser pleinement son auto-révision. Parmi les réformes paraconstitutionnelles, l'une a rigidifié encore davantage la procédure générale de modification. En effet, la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*¹³⁸, adoptée par le Parlement fédéral, a accordé des droits de veto à certaines provinces ou régions, ce qui fait de la formule 7/50 une procédure de quasi-unanimité.

Devant ce constat, le principal moyen par lequel s'effectue l'auto-reproduction réflexive de la démocratie constitutionnelle demeure le contrôle judiciaire de constitutionnalité¹³⁹. De surcroît, le processus systémique et même autopoïétique par lequel s'effectue la légitimation de l'ordre constitutionnel s'avère certes l'une des principales justifications du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Dans ses jugements et renvois, la Cour suprême reconnaît certains éléments de l'identité constitutionnelle canadienne, ce qui montre que l'identité constitutionnelle se construit dans une démocratie continue¹⁴⁰. En ce sens, le discours judiciaire dit ce qu'est l'identité constitutionnelle du Canada.

137. Voir notamment Luc B. TREMBLAY, « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel », dans A.-G. GAGNON et P. NOREAU (dir.), préc., note 3, p. 15.

138. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1.

139. Stéphane BERNATCHEZ, « L'évolution continue de la Constitution canadienne par les tribunaux : arbre vivant ou dialogue ? », *Supreme Court Law Review*, vol. 37, 2007, p. 47; Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La Constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans A.-G. GAGNON et P. NOREAU (dir.), préc., note 3, p. 79.

140. Dominique ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1995.

À ce contrôle judiciaire s'ajoutent des processus de gouvernance par lesquels de nouvelles normes constitutionnelles, telles que des avis consultatifs, des conventions et des principes constitutionnels, sont établies, ce qui ne fait qu'accroître les possibilités de transformation du système constitutionnel canadien. En travaillant à comprendre le droit de la gouvernance dont ces normes sont issues, les constitutionnalistes seront de plus en plus à même de fournir des pistes de réflexion pour donner du sens à ce nouveau droit de la gouvernance constitutionnelle.

De la densification normative de l'ordre constitutionnel canadien

AMÉLIE BINETTE*

La constitution d'un État possède ce double effet d'être « politisante » et « politisée¹ ». En effet, au-delà du simple ordonnancement des institutions de pouvoir en son sein, elle transpose également « une idéologie dont le discours politique se réclame, chacun y trouvant ce qu'il veut bien y mettre² ». Par ailleurs, elle est aussi une source qui fait priorité. Comme le mentionne la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Constitution est la seule source de l'autorité des représentants du peuple³. Elle est « la loi suprême⁴ ».

Au Canada, la question des sources du droit constitutionnel entraîne toutefois son propre lot d'ambiguïtés et d'incertitudes⁵, au point où l'acception même du terme comporte des variantes. L'héritage britannique a naturellement transposé en sol canadien

* Doctorante en droit à l'Université Laval ainsi qu'à l'Université d'Orléans ; ses travaux sont financés par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. L'auteure tient à remercier Patrick Taillon et les directeurs de l'ouvrage, Dave Guénette et Félix Mathieu, de leur lecture attentive.

1. Camerlengo QUIRINO, « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 101, 2015, p. 3, par. 3.
2. François CHEVRETTE, « Les trois visages du constitutionnalisme canadien », *Revue juridique Thémis*, vol. 20, 1986, p. 505, à la page 505.
3. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72. Voir, auparavant : *Opération Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 455.
4. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 52.
5. Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Le fédéralisme canadien : sources, pratiques et dysfonctionnements », *Civitas Europa*, vol. 40, 2018, p. 237, à la page 243 ; Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – expression d'une Constitution encore inachevée », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, 2015, p. 411, aux pages 432-436.

une conception organique, large et matérielle de la constitution⁶, marquée notamment par le légicentrisme et la souveraineté parlementaire⁷. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* y fait référence en précisant que la constitution repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni⁸ ».

Il s'avère néanmoins que la nature coloniale de l'Union a rapidement imposé une première « entorse⁹ » à l'idée d'une constitution souple et essentiellement non écrite. En effet, les liens avec la Couronne britannique sont demeurés jusqu'en 1931 et, à certains égards, jusqu'en 1982¹⁰. Or, la suprématie des lois impériales sur les lois coloniales, confirmée en 1865 par l'adoption de la *Loi sur la validité des lois coloniales*¹¹, a longtemps créé une hiérarchie qui soumettait le législateur à une première limite juridique, soit ne formuler que des lois dont le contenu est en conformité avec des normes supralégislatives britanniques. En d'autres termes,

-
6. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 92 (le juge en chef Lamer pour les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci) : « En effet, comme notre Constitution est dérivée d'un régime constitutionnel dont les règles fondamentales ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents faisant autorité, il n'est pas étonnant qu'elle retienne certains aspects de cet héritage. »
 7. Ce principe a été admis par la jurisprudence dans l'arrêt *Ex parte Gould*, (1854) 2 R.J.R.Q. 376 (C.S.), puis suivi dans *Hodge c. La Reine*, (1883-84) 9 A.C. 117 et *A.-G. Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542, 547.
 8. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), premier considérant [version française non officielle].
 9. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, p. 161.
 10. En 1931, le *Statut de Westminster* (22 & 23 George V, c. 4 [R.U.], art. 4 et 7) consacra juridiquement l'indépendance législative du Canada en abolissant l'obligation de compatibilité des lois canadiennes avec les lois impériales. Or, puisque les provinces et le fédéral n'étaient pas parvenus à trouver une procédure de modification constitutionnelle consensuelle, le Parlement de Westminster conserva la compétence exclusive de modifier la Constitution formelle jusqu'en 1982. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 44; Julien FOURNIER et collab., « L'abdication d'Édouard VIII en 1936 : "autopsie" d'une modification de la Constitution canadienne », dans Michel BÉDARD et Philippe LAGASSÉ (dir.), *Le Parlement et la Couronne au Canada / Parliament and the Crown in Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 353, aux pages 370-371.
 11. *Colonial Laws Validity Act 1865*, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U.).

en demandant au Parlement de Westminster d'adopter une loi impériale qui assujettissait les organes étatiques canadiens à une norme fondamentale fixée dans un texte et inféodée à une procédure spéciale de modification¹², le Canada a posé, en 1867, les premiers jalons du constitutionnalisme, y incluant l'idée du contrôle judiciaire¹³.

Cette suprématie constitutionnelle se devait également de composer avec la « qualification fédérative de l'État¹⁴ ». En effet, le fédéralisme implique une pleine autonomie des entités fédérées dans leurs champs de compétence à partir d'un « pouvoir qui découle directement de la Constitution¹⁵ ». Le respect de cette dernière s'avère essentiel au fragile équilibre entre centralisation et décentralisation au sein d'une fédération¹⁶. Dans ce contexte, l'adoption d'une procédure de modification rigide de la Constitution, qui interdit à l'« un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élu [d'usurper] les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif¹⁷ », participe également à cet équilibre¹⁸. Cet enjeu en tête, François Chevrette rappelle l'importance qu'avait un certain formalisme en 1867 en estimant que « le fédéralisme n'est pas un régime de nature à s'établir par l'usage, si anglais soit le contexte où l'on veut l'instaurer!¹⁹ » Le cas canadien a donc toujours suivi ce précepte et s'est écarté, sur la ques-

12. Ces trois conditions forment d'ailleurs la définition du constitutionnalisme retenue par Jean LECLAIR: « L'avènement du constitutionnalisme en Occident: fondements philosophiques et contingence historique », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 41, 2011, p. 161, à la page 186. Voir aussi: Benoit PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 41, note 121.

13. Warren J. NEWMAN, « "Grand Entrance Hall", Back Door or Foundation Stone? The Role of Constitutional Principles in Construing and Applying the Constitution of Canada », *The Supreme Court Law Review*, vol. 14, 2001, p. 197, aux pages 207 et 208.

14. E. BROUILLET, préc., note 9, p. 162.

15. *Ibid.*, p. 81.

16. *Ibid.*, p. 72.

17. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 74 et 44.

18. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada, 2009 Student Edition*, Toronto, Carswell, 2009, p. 133.

19. F. CHEVRETTE, préc., note 2, 508.

tion du fédéralisme, de sa « loyauté²⁰ » envers la conception plus pragmatique et souple de la constitution héritée de l'Angleterre.

Ces deux contraintes – le fédéralisme et la nature coloniale du Canada de 1867 – ont orienté les Pères de la Confédération vers une Constitution écrite, rigide et supralégislative, du moins en partie, qui fait du pouvoir judiciaire son gardien²¹, par opposition à la constitution matérielle et souple du Royaume-Uni protégée, au premier chef, suivant l'esprit du *Bill of Rights* de 1689, par le Parlement souverain. Ce décalage avec la tradition constitutionnelle britannique s'est d'ailleurs accentué en 1982 par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle a, du même coup, largement réduit l'héritage déjà fragmenté que le principe de la suprématie législative avait pu laisser en sol canadien²². La Cour le rappelle en mentionnant que, « dans une large mesure [...], la Charte avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle²³ ».

Pourtant, en 1982 pas plus qu'en 1867, les lois constitutionnelles n'ont pas eu la prétention de codifier l'ensemble des normes constitutionnelles au Canada, bien au contraire²⁴. À ce jour, la

-
20. David E. SMITH, « Empire, Crown and Canadian Federalism », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 24, 1991, p. 451; Frederick VAUGHAN, *The Canadian Federalist Experiment from Defiant Monarchy to a Reluctant Republic*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003; Robert C. VIPOND, « 1787 and 1867 – The Federal Principle and Canadian Confederation Reconsidered », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, 1989, p. 3.
 21. Muriel ROUYER, « Les promesses du constitutionnalisme », *Raisons politiques*, vol. 10, 2003, p. 7, à la page 15. Voir aussi Marc CHEVRIER, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 2, 2008, p. 72, à la page 74.
 22. F. CHEVRETTE, préc., note 2, 505.
 23. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 72. Voir cependant : *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, par. 2 et 36.
 24. Patrick TAILLON, « Une Constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la "déhiérarchisation" de la Constitution au Canada », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, avec la collaboration de George AZZARIA (dir.), *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, p. 297, à la page 300.

Constitution formelle ne contient qu'un petit noyau des normes constitutionnelles, le reste se retrouvant dans de simples lois ou dans du droit non écrit hérité du Royaume-Uni, notamment les conventions constitutionnelles²⁵. Autrement dit, le Canada a certainement dérogé au modèle britannique d'une constitution souple, mais de manière imparfaite ou incomplète, et seulement pour fixer des compromis historiques²⁶. Pour Benoit Pelletier, « la distinction entre constitution formelle (rigide) et Constitution souple se trouve donc au cœur de la dynamique constitutionnelle propre à notre pays²⁷ ».

À titre de tribunal de dernière instance, la Cour suprême du Canada occupe une position tout à fait privilégiée pour expliquer et, à terme, pour faire évoluer cette dynamique²⁸ en conciliant les différents traits de la tradition constitutionnelle canadienne qui, intuitivement, ne vont pas de pair. En effet, si le fédéralisme participe du constitutionnalisme en soumettant les acteurs politiques à des normes suprêmes qui limitent leurs pouvoirs entre deux ordres de gouvernement, la large part de droit non écrit dans l'ordre constitutionnel canadien conjuguée à la désuétude de pans entiers de la Constitution de 1867 lui semblent antinomiques. Pourtant, la Cour veille à protéger ce régime, cet équilibre entre écrit et non écrit, souvent même à l'avantage du second²⁹.

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* nous offre un exemple révélateur de l'action de la Cour suprême sur la compréhension

25. Jean-Charles BONENFANT, « L'esprit de 1867 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 17, 1963, p. 19, à la page 21.

26. Voir notamment *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, par. 104 et, plus récemment, *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 48, 59 et 69.

27. B. PELLETIER, préc., note 12, p. 41-42. La Cour le reconnaît elle-même lorsqu'elle indique que « [l]a Constitution "comprend des règles non écrites – et écrites –" [...]. Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution. » *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 32.

28. Marc CHEVRIER, « Le juge et la conservation du régime politique au Canada », *Politique et société*, vol. 19, 2000, p. 65.

29. *Ibid.*; Mark D. WALTERS, « Nationalism and the Pathology of Legal Systems: Considering the Quebec Secession Reference and its Lessons for the United Kingdom », *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, p. 371, à la page 382.

et l'articulation des sources constitutionnelles. Estimant que la Constitution canadienne est « muette » au sujet de la sécession d'une province, la Cour réplique par l'énonciation de principes sous-jacents à cette dernière, principes qui aménagent une *interface de réconciliation* entre droit écrit et droit non écrit. Ce faisant, la Cour participe largement à un phénomène que nous travaillerons à décrire ici, soit la densification normative de l'ordre constitutionnel canadien.

La tradition constitutionnelle canadienne créant, d'ores et déjà, un contexte tout à fait favorable à ce processus de densification normative (1), nous chercherons à cerner la manière dont le traitement par la Cour du droit non écrit, entre autres à l'occasion de son raisonnement dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, contribue à ce phénomène de densification (2).

1 LE DIAGNOSTIC DE DENSIFICATION NORMATIVE POSÉ SUR LE CONSTITUTIONNALISME CANADIEN

Le présent ouvrage nous invite à analyser l'incidence des quatre principes sous-jacents de la Constitution définis dans le *Renvoi* de 1998 sur un modèle canadien plus respectueux de l'aménagement de la diversité, notamment par une transition vers un Canada véritablement multinational. Dans ce contexte, (1.1) la notion de densification normative, travaillée par la professeure Catherine Thibierge, nous a semblé particulièrement appropriée pour étudier (1.2) la tradition constitutionnelle canadienne et son évolution marquée par une accumulation de couches successives de normes et par la désuétude du texte de 1867.

1.1 Le recours à la densification normative comme explication d'un processus

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour reprend la précision qu'elle avait apportée à l'occasion du *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*³⁰ au sujet de la nature intrinsèquement pluridisciplinaire de l'exercice qu'elle réalise, lequel « allie lui aussi des questions juridiques et constitutionnelles des plus

30. *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 728.

subtiles et complexes à des questions politiques très délicates³¹». Ce faisant, elle accepte de judiciaireiser un enjeu à la frontière de la science politique et du droit constitutionnel, frontière poreuse dont fait état David E. Smith: «C'est évidemment une exagération de conclure que la science politique est aveugle sans le droit constitutionnel et que ce dernier est vide sans la science politique, mais il ne s'agit là que d'une exagération³².»

La précision de la Cour suprême s'inscrit néanmoins dans un mouvement de plus en plus perceptible, au Canada et ailleurs. Le droit se trouve progressivement confronté à des questions hypercomplexes³³, lesquelles relèvent de disciplines sociales et scientifiques qui empruntent massivement la voie de règles juridiques³⁴. À terme, la méthodologie et les outils traditionnellement employés par le droit ne sont tout simplement plus suffisants ou adaptés à la transformation de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines³⁵: «[L]a méthodologie scientifique et le cadre théorique issus du positivisme ne permettent pas d'appréhender pleinement tout le spectre de cette complexité, et notamment toutes les mutations du droit, de ses sources et de ses normes actuellement à l'œuvre³⁶.»

C'est dans ce contexte d'internormativité³⁷ et d'évolution du droit que s'inscrivent les travaux menés par la professeure

31. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 1.

32. David E. SMITH, *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, p. 3 (traduction libre de l'auteure).

33. Raymond MASSÉ et Jocelyne SAINT-ARNAUD, *Éthique et santé publique: enjeux, valeurs et normativité*, Québec, Les Presses Université Laval, 2003, p. 70 et suiv.

34. Jacques CHEVALIER, «Avant-propos», dans Catherine THIBERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2013, p. 5, à la page 7.

35. *Ibid.*

36. Catherine THIBERGE, «Introduction», dans C. THIBERGE (dir.), préc., note 34, p. 43, à la page 57.

37. L'internormativité postule l'importance de ne pas rendre le droit omnipotent dans l'analyse de l'effectivité, car de nombreux autres facteurs ou contraintes, extrajuridiques, influencent le comportement, parmi lesquels le droit «n'est qu'une forme de régulation parmi d'autres»: Christine VÉZINA, «Dans l'angle mort de l'effectivité du droit: une exploration de l'effectivité internormative», dans George AZZARIA (dir.),

Catherine Thibierge du Centre de recherche juridique Pothier à l'Université d'Orléans. Cette dernière s'est d'abord penchée sur la définition de la « norme » en elle-même et sur ses modalités de plus en plus diverses. Elle a par la suite schématisé ses travaux dans une grille d'analyse qui emprunte la forme d'un triangle. Cette grille agit comme un outil diagnostique de la force normative³⁸, c'est-à-dire la capacité d'une norme à servir de modèle, de référence.

Le premier « sommet » ou pôle de ce triangle est celui de la *valeur normative*, qui « renvoie à la force conférée à la norme par son émetteur et concerne donc la source³⁹ » de celle-ci. Concrètement, il fait référence à la place de la norme analysée au sein de la hiérarchie et à la formulation de son énoncé (prohibitif, prescriptif, permissif ou simplement interprétatif⁴⁰). Par exemple, une disposition écrite de la *Loi constitutionnelle de 1982*, quelle qu'elle soit, se situe invariablement dans le haut de la hiérarchie des normes en raison de son caractère impératif⁴¹ explicitement mentionné à l'article 52 (1)⁴².

Le second sommet, celui de la *portée normative*, se concentre, cette fois, sur la force « perçue, ressentie et vécue par ses destinataires⁴³ ». On cherche alors à connaître le type d'effets produits par

Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 115, aux pages 127 et 128.

38. Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative: naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009.
39. Marie-Ève COUTURE MÉNARD, «Le conception de "force normative" comme outil pour distinguer des normes similaires», dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ, avec la collaboration de G. AZZARIA (dir.), préc., note 24, p. 409, à la page 421.
40. Catherine THIBIERGE, «Synthèse», dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 38, à la page 822.
41. Mathilde BOUTONNET, «La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit», dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 38, p. 480, à la page 484.
42. L'article 52 (1) est formulé de la manière suivante : «[l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4, art. 52 (1).
43. C. THIBIERGE, préc., note 40, à la page 822.

les normes et le degré de réception de ces dernières par les acteurs concernés, la société civile et les professionnels du droit⁴⁴. Une étude des conventions constitutionnelles se prête particulièrement bien à une analyse de la portée, car le sentiment des acteurs d'être liés par la convention, laquelle ne possède pas un caractère strictement obligatoire, est l'un des critères de reconnaissance d'une convention⁴⁵.

Finalement, le troisième pôle de l'analyse, la *garantie normative*, s'intéresse à «la réaction potentielle et effective du système juridique eu égard à la norme⁴⁶». Cette réaction peut prendre la forme d'une contrainte, d'une sanction, d'une peine – invoquée d'office par le juge ou soulevée par les parties – ou, alors, d'un outil de contrôle de la légalité d'autres normes⁴⁷. Il s'agit donc, à ce stade, de se pencher sur la manière dont les tribunaux garantissent le respect de la norme. À titre d'exemple, les conventions constitutionnelles ont une force «d'invocabilité», puisqu'elles peuvent être reconnues par les tribunaux, mais, à la différence des règles juridiques au sens strict, elles ne sont pas autrement assorties d'une contrainte ou d'une sanction⁴⁸. Ainsi, leur garantie normative n'est que partielle au sein de l'ordre constitutionnel canadien.

Essentiellement, ces trois pôles du triangle agissent comme une grille d'examen pouvant être employée pour chacune des

44. Isabelle HACHEZ, «La force normative: fécondité et limites d'un concept émergent», dans Isabelle HACHEZ et collab. (dir.), *Les sources du droit revisités*, vol. 4, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 427, à la page 432.

45. La jurisprudence canadienne a cerné trois conditions essentielles pour reconnaître la présence d'une convention dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 888-909. D'abord, les acteurs politiques doivent se sentir liés par cette règle dorénavant reconnue et acceptée dans la pratique (898-905). Ensuite, la Cour exige des précédents (888-898), dont la présence est une condition nécessaire sans constituer une condition suffisante. Finalement, le troisième critère vise à cerner la raison d'être du comportement adopté, raison qui doit différer du simple usage ou de la coutume.

46. M.-È. COUTURE MÉNARD, préc., note 39.

47. C. THIBERGE, préc., note 40, à la page 841.

48. Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., Basingstoke, Macmillan, 1915, p. 23.

sources du droit, au sens large. Elle vise à la fois le « cycle de vie » de la norme – la genèse, la réception et le contrôle — tout autant que les acteurs qui gravitent autour – l'émetteur, les destinataires et le juge. Cela dit, lorsqu'un diagnostic de force normative est posé, les qualités de la norme étudiée (valeur, portée et garantie normatives) s'évaluent à « un moment donné⁴⁹ ». Une fois l'analyse terminée, on dispose d'un portrait de la norme au moment choisi, un peu comme une radiographie de sa capacité à servir de référence.

Plus récemment, Catherine Thibierge s'est penchée sur le vecteur « dynamique » de la méthodologie, c'est-à-dire sur l'idée que la force normative d'une règle est d'intensité variable « dans ses degrés, mais également *dans le temps* ». Elle a par conséquent conçu un second outil d'analyse, soit celui de la densification normative. Cette notion se concentre plutôt sur la question du processus : « la norme ne naît ni norme ni dense ; elle devient l'une et l'autre [...] ⁵⁰ ».

Autrement dit, si l'on superpose les diagnostics de la force normative préalablement réalisés à des moments clefs dans la vie de la norme, il s'en dégage alors une tendance, un mouvement dont la densification normative nous permet de mieux saisir les contours. D'un côté, on s'intéresse au résultat, de l'autre au processus : « La densification normative donne à voir comment la normativité émerge, se déploie et évolue dans le temps et dans l'espace. [...] Plus précisément [elle] désigne le processus par lequel la norme prend forme et force [...] ⁵¹ ».

On fait ici référence à un phénomène plus large que ce qui est fréquemment dénoncé comme « l'inflation législative⁵² », puisque l'analyse doit également tenir compte de la dimension qualitative de la densification normative. Il ne s'agit pas simplement de s'arrêter au nombre de « supports » employés – lois, règlements,

49. C. THIBIERGE, préc., note 40, à la page 818.

50. Dominique ROUSSEAU, « Contradictions sociales et densification normative », dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 34, p. 39, à la page 39.

51. Catherine THIBIERGE, « Conclusion », dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 34, p. 1103, à la page 1106.

52. René SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Recueil Dalloz-Sirez* (chronique), 1977, p. 43.

jugements –, à la quantité des normes au sens matériel – articles, dispositions, paragraphes – ou à la multiplication des acteurs – étatiques, non étatiques, nationaux, supranationaux, régionaux. L'examen doit porter tout autant sur le *domaine* couvert par les normes juridiques, sur la *précision* qui leur est conférée ou sur l'*accroissement* de leur force normative. Bref, il est possible d'observer une augmentation du « volume normatif », quantitatif et qualitatif, bien au-delà du seul « volume législatif⁵³ » ou constitutionnel.

Si, pour la force normative, la grille diagnostique se détaillait en trois pôles ou sommets d'analyse, elle se décline, dans le cas de la densification normative, en sept « marqueurs de densification ». Chacun à leur manière, ces marqueurs témoignent d'un type de densification – qu'il soit de nature quantitative ou qualitative, formelle ou matérielle.

Pour conclure à la densification normative d'une règle, d'un principe, d'un domaine du droit, il n'est pas nécessaire que chacun des sept marqueurs soit noté. Évidemment, leur cumul et leur intensité rendent toutefois la conclusion plus avérée, tout comme une étude de leurs interactions et de leur évolution la précise.

En somme, les outils diagnostiques de la force et de la densification normative s'inscrivent dans le sillon d'une théorie descriptive. La densification n'est donc ni intrinsèquement bonne ou mauvaise, elle permet surtout de dresser le « reflet d'une réalité⁵⁴ », sans s'intéresser à ce *qui doit être*, mais plutôt à *ce qui est*. Néanmoins, un scénario de densification normative peut rapidement conduire à « une perte de cohérence, de lisibilité et d'accessibilité⁵⁵ ». Évidemment, lorsque ces normes régissent les relations entre le citoyen et le pouvoir étatique, ou entre l'État central et les nations minoritaires, comme dans le cas du droit constitutionnel canadien, la pertinence d'étudier le phénomène de densification normative ne s'en trouve que renforcée.

53. C. THIBERGE, préc., note 51, à la page 1104.

54. C. THIBERGE, préc., note 40, à la page 470.

55. C. THIBERGE, préc., note 51, à la page 1113.

1.2 La tradition constitutionnelle canadienne à la lumière du concept de densification normative

À l'aide de l'outil diagnostique conçu par Catherine Thibierge, on note, dans le contexte canadien, de nombreux marqueurs de densification. S'il dépasse l'objet de la présente étude d'en dresser une liste exhaustive, nous nous attarderons néanmoins ici à trois manifestations représentatives du régime constitutionnel canadien dont nous avons esquissé les traits en introduction.

Premièrement, le droit constitutionnel canadien est caractérisé par une absence de rupture nette avec ses origines coloniales, contrairement aux États-Unis par exemple. Pour bien représenter la Constitution suivant cette idée de continuité historique, Patrick Taillon emploie la métaphore du mille-feuille, « où s'accumulent des couches successives de normes constitutionnelles écrites et non écrites forgées par les organes législatifs, exécutifs et judiciaires du Royaume-Uni, du fédéral et des provinces⁵⁶ ». La trame historique de la Constitution canadienne se lit effectivement comme une superposition, voire une sédimentation de normes qui finissent par former la pâtisserie française⁵⁷.

D'entrée de jeu, en 1867, les Pères de la Confédération ne créent pas un nouvel État, mais bien un dominion qui conserve une loyauté tout assumée envers la Couronne britannique⁵⁸ et transpose au Canada le droit impérial. S'ensuit un long processus d'acquisition de son indépendance, jalonné, entre autres, par le *Statut de Westminster*, en 1931, par la fin des appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, en 1949, puis par le rattachement du pouvoir constituant en 1982⁵⁹.

56. P. TAILLON, préc., note 24, à la page 330.

57. La Cour parle d'une « évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité ». *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 46.

58. Qu'il suffise de penser aux références dans la *Loi constitutionnelle de 1867* à la reine, laquelle conserve le pouvoir exécutif (art. 9 et 15), à ses représentants en sol canadien (art. 10, 12-14) ainsi qu'au modèle que devient la constitution du Royaume-Uni par le préambule. Voir plus largement : Peter J. SMITH, « The Ideological Origins of Canadian Confederation », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 20, 1987, p. 3.

59. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet estiment que l'État canadien est le « fruit d'une filiation progressive de l'ordre juridique

À ce moment, la *Loi constitutionnelle de 1982* ne remplace toutefois pas celle de 1867. Elle est «davantage assimilable à un complément à la Constitution plutôt qu'à une modification⁶⁰». Concrètement, elle ajoute aux normes constitutionnelles préexistantes un catalogue des droits et libertés ainsi qu'une procédure de modification détaillée à la partie V, mais sans toucher, par exemple, au partage des compétences législatives de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶¹.

En effet, la tradition constitutionnelle canadienne n'a jamais été de faire table rase sur l'ordre précédent et de rédiger une Constitution complète et systématique, à l'instar du modèle de l'Europe continentale. Par difficulté à atteindre un consensus ou par souci de préserver une certaine forme de loyalisme envers la Couronne, les acteurs politiques canadiens ont préféré, jusqu'à présent, ajouter des «couches» supplémentaires de normes constitutionnelles pour combler les vides ou pour s'écarter du modèle anglais, plutôt que de remplacer celles qui existaient déjà. Un marqueur de densification d'ordre quantitatif ressort de ce procédé de multiplication des lois constitutionnelles. En effet, on note, entre 1867 et 1982, une augmentation du nombre de lois constitutionnelles, au sens matériel⁶², le tout dans une dynamique d'ajout et non de remplacement.

Deuxièmement, si la Confédération avait «pour objet de créer, de structurer et de réglementer les pouvoirs du gouvernement», l'objectif de 1982 «est de protéger les droits fondamentaux et les libertés individuelles de type "libéral" à l'encontre des actions gouvernementales arbitraires⁶³». Bien qu'il existe, dans

britannique» par lequel «un ordre juridique antérieur engendre son successeur et reconnaît sa complète autonomie»: Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. II.34.

60. M. CHEVRIER, préc., note 28, 25.

61. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 47.

62. L'article 52 (2) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* inclut dans la Constitution du Canada les textes législatifs et décrets figurant à l'annexe. Ces derniers sont au nombre de 30 textes constitutionnels adoptés entre 1867 et 1982.

63. Voir Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du Régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 130.

la *Loi constitutionnelle de 1867*, quelques dispositions garantissant les droits linguistiques et religieux qui découlent du caractère binational de l'Union de 1867, c'est véritablement au moment de l'adoption de la charte canadienne qu'on assiste à une extension du champ couvert par le droit constitutionnel canadien⁶⁴, un marqueur spatial qui révèle « une densification normative à la fois formelle et substantielle⁶⁵ » de ce dernier.

Au regard de ces manifestations, le maillage normatif de la Constitution – entendue ici dans son sens formel de normes écrites hiérarchiquement supérieures aux autres et soumises à une procédure précise de modification – s'est déployé depuis la Confédération. Nicolas Haupais estime d'ailleurs que le choix des acteurs politiques de transcrire par écrit les normes constitutionnelles dans un document solennel est en soi un indice de densification : « L'émergence [de la notion de Constitution écrite] correspond à des objectifs politiques très aisément identifiables, inscrits dans la philosophie libérale. C'est donc la notion même de Constitution qui se densifie, dans sa substance, dans ses modalités de contrôle⁶⁶. »

Troisièmement et pour finir, le droit constitutionnel canadien est aux prises avec un important phénomène de concurrence normative entre droit formel et droit souple. Conformément à l'idée de continuité historique, la Constitution formelle de 1867, bien qu'elle ait été occasionnellement modifiée⁶⁷, n'a jamais fait l'objet d'une véritable modernisation, voire d'une mise à jour à

64. En 1985, le juge Lamer de la Cour suprême du Canada fait état de cette extension du champ couvert par le contrôle de constitutionnalité : « Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs » (nos italiques). *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 13.

65. C. THIBIERGE, préc., note 51, à la page 1124.

66. Nicolas HAUPAIS, « Les logiques politiques à l'œuvre dans la densification normative constitutionnelle », dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 34, p. 539, à la page 539.

67. Voir notamment la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution concernant les droits des autochtones* (TR/84-102), L.R.C. 1985, app. II, n° 46 et la *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)* (TR/93-54).

droit constant. La modification de la Constitution, déjà lourde avant 1982 en raison de l'intervention nécessaire du Parlement de Westminster⁶⁸, est devenue plus périlleuse après le rapatriement et l'adoption d'une formule de modification complexe et rigide qui contribue à rendre les dispositions de la Constitution pratiquement intangibles.

Handicapé par ce blocage, le droit constitutionnel canadien formel et écrit peine à suivre les évolutions politiques et sociales. Dans les faits, les acteurs politiques ont souvent préféré emprunter des «voies de contournement paraconstitutionnelles⁶⁹» pour mener à terme certains changements. Parmi ces voies, notons les conventions constitutionnelles, les ententes intergouvernementales, les référendums «consultatifs» ou les interventions législatives matériellement constitutionnelles.

Or, le recours à ces instruments paraconstitutionnels construit un ordre constitutionnel en parallèle de la Constitution formelle et écrite. À titre d'exemple, c'est par l'effet d'une convention que le gouverneur général n'agit dorénavant que sur l'avis du premier ministre du Canada⁷⁰ ou que les pouvoirs de réserve et de désaveu des représentants de la Couronne, inscrits aux articles 55 à 57 et 90, sont tombés en désuétude, alors que les mêmes articles n'ont jamais été abrogés⁷¹. Malgré leur influence significative, la nature de ces conventions constitutionnelles contraint les tribunaux à les reconnaître, certes, mais sans pouvoir en garantir une sanction. En effet, puisque la convention entre en conflit avec

68. Il était possible, avant 1982, pour les deux ordres de gouvernement d'adopter des lois ordinaires, matériellement constitutionnelles en vertu des articles 91 (1) et 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Outre ces deux options, le recours du Parlement britannique demeurait nécessaire pour modifier les caractéristiques essentielles de la Constitution canadienne (*Statut de Westminster*, préc., note 10, art. 4 et 7).

69. P. TAILLON, préc., note 24.

70. *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 45, 857. Pour une étude de cette convention, voir: H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 59, par. V.260 et P.W. HOGG, préc., note 18, c. 9.

71. Selon la Cour, «il y a là un conflit entre une règle juridique qui crée un pouvoir discrétionnaire total et une règle conventionnelle qui le neutralise complètement»: *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 45, 881.

le droit strict, soit en le rendant inopérant, soit en le précisant, elle ne peut se « cristalliser en règle de droit ».

Il se crée alors un ordre juridique concurrentiel à l'ordre constitutionnel canadien formel et écrit⁷². En vérité, ce décalage engendre une « désuétude » des règles écrites de la Constitution qui, tout « en étant ineffectives, sont toujours formellement valides⁷³ ». Ces dernières sont déconsidérées, « mises en veille » ou réinterprétées à la lumière d'un ensemble de normes variées et souples, dont la sanction est souvent extérieure au processus judiciaire⁷⁴.

La notion de densification normative nous offre alors un vocabulaire précieux pour expliquer cette concurrence normative. D'un côté, on assiste à une multiplication et à une diversification des sources du droit constitutionnel par la montée des instruments de réforme paraconstitutionnels, dont les conventions. En outre, on note une intensification de la force normative de ces dernières à mesure qu'elles sont de plus en plus connues et acceptées par la doctrine, puis, éventuellement, reconnues par les tribunaux. En résulte un ordre constitutionnel avec une valeur et une garantie normative relativement faible, mais dont la portée normative s'avère très importante, puisque les acteurs politiques le préfèrent, contribuent à son édicition et se sentent liés par les normes paraconstitutionnelles⁷⁵.

De l'autre côté, celui de la Constitution formelle, on assiste au phénomène inverse, soit celui de la normativité négative. Il se produit un déclin ou une *dédensification normative* des normes écrites et supralégislatives. En effet, la force normative du texte de 1867 s'affaiblit au profit des normes paraconstitutionnelles⁷⁶. Le

72. J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 63, p. 169.

73. Amanda DEZALLAI, « De la dédensification normative à l'aune de la désuétude. Réflexion d'une publiciste », dans C. THIBIERGE (dir.), préc., note 34, p. 174, à la page 174.

74. P. TAILLON, préc., note 24, à la page 297.

75. B. PELLETIER, préc., note 12, p. 104.

76. Jacques Chevalier explique que « [l]a densification normative ne saurait être pour autant conçue comme un processus linéaire, poussant à une pression toujours plus large et plus intense, mais aussi comme un processus dialectique, travaillé par la négativité. » J. CHEVALIER, préc., note 34, à la page 7.

droit est très certainement encore en mouvement, mais on parle ici plutôt d'ensommeillement⁷⁷, de désuétude ou même de droit mort-vivant⁷⁸.

En somme, en analysant le droit constitutionnel canadien au regard de la méthodologie de l'École d'Orléans, deux constats se dégagent. D'abord, plusieurs indices tendent vers une densification principalement quantitative, depuis 1867. On assiste à une multiplication des sources et des normes constitutionnelles par l'emploi d'instruments paraconstitutionnels et par une logique d'accumulation de lois constitutionnelles. De plus, dans le domaine des droits et libertés, on note une nette extension du champ couvert depuis la Confédération. Toutefois, si l'on s'attarde aux normes constitutionnelles formelles et écrites, principalement à la Constitution de 1867, c'est davantage un constat de dédensification normative qui s'impose. Les normes non écrites, souvent sous la forme de conventions constitutionnelles, semblent s'imposer, du moins dans leur portée normative, au détriment du texte de la Constitution, lequel ne parvient plus à servir de modèle de référence.

2 LA COUR SUPRÊME DU CANADA COMME ACTRICE DE DENSIFICATION NORMATIVE

La nature du droit non écrit commande la présence d'un intermédiaire qui l'énonce, l'explique et le coordonne. Au Canada, c'est à la Cour suprême que revient ce rôle, ce qui la place, du même coup, comme une actrice incontournable du processus de densification normative du droit constitutionnel canadien.

La Cour suprême agit, en quelque sorte, comme une médiatrice entre tous les traits disparates de la tradition constitutionnelle canadienne pour en coordonner l'ensemble. Ce faisant, elle exploite largement la présence du droit non écrit, entre autres,

77. En parlant des pouvoirs de réserve et de désaveu, Bora Laskin emploie l'expression « en dormance, si ce n'est complètement mort » : *The British tradition in Canadian law*, Londres, Stevens & sons, 1969, p. 121 et 122 (traduction de l'auteur).

78. A. DEZALLAI, préc., note 73, à la page 182, et Luc GÉRAUD, *La désuétude entre oubli et mort du droit ?*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 2.

pour sa souplesse et sa capacité à faire évoluer le droit là où le texte est figé. Cela dit, en explicitant ou en « révélant » les normes non écrites dans ses jugements, elle participe, du même coup, à la densification normative de l'ordre constitutionnel canadien (2.1). L'énonciation des principes sous-jacents de la Constitution canadienne à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en 1998 s'avère d'ailleurs un exemple porteur de cette réalité (2.2).

2.1 L'espace de création de la Cour

D'entrée de jeu, le caractère fédéral de l'Union de 1867 a ouvert la possibilité pour la Cour suprême d'exercer une influence certaine sur le pouvoir politique, qui se voyait soumis à une série de contraintes liées au partage des compétences⁷⁹, auxquelles s'ajoutait l'obligation de conformité au droit impérial⁸⁰. Ce rôle s'est graduellement accentué depuis la création de la Cour en 1875, d'abord par la fin des renvois au Comité judiciaire du Conseil privé, puis par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle a élargi le « bloc de constitutionnalité » et le champ d'intervention de la Cour en cette matière⁸¹.

Pour bien mesurer l'ampleur du rôle de la Cour suprême, rappelons que l'absence de fédéralisme judiciaire au Canada concentre entre les mains de ses juges l'ensemble des compétences en matière d'interprétation juridique et confère à sa jurisprudence un effet unificateur⁸². Il s'agit là d'un point sur lequel le

79. J. LECLAIR, préc., note 12, aux pages 186 et 214.

80. Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and The Courts. The Function and Scope of Judicial Review*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 49.

81. À ce sujet, Nicolas Haupais mentionne que le contrôle de constitutionnalité « fait incidemment référence à un processus de densification normative ». En effet, l'existence d'un contrôle participe de la nature d'une constitution puisqu'il est censé « contribuer à la réalisation du caractère véritablement suprême de la norme constitutionnelle : elle transforme une simple potentialité en réalité » : N. HAUPAIS, préc., note 66, aux pages 543 et 544. Au sujet du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité et son évolution depuis 1982, voir Stéphane BERNATCHEZ, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et sociétés*, vol. 19, 2000, p. 89, aux pages 101 et suiv.

82. Voir, notamment, *R. c. Saskatchewan Federation of Labour*, 361 D.L.R. (4th) 132, 2013 SKCA 43, par. 28-29.

Canada s'est inspiré du modèle britannique d'unité juridictionnelle⁸³ avec, comme résultat, que la Cour dispose d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'ensemble des juridictions⁸⁴.

Forte de ce statut incontournable au sein d'un « système unifié⁸⁵ », Marc Chevrier montre que la Cour suprême s'est érigée, peut-être même plus vigoureusement depuis 1982⁸⁶, en gardienne du « régime » constitutionnel canadien :

[L]a Cour s'est employée à définir peu à peu les normes implicites du régime, à délimiter l'interface entre le droit écrit et le droit non écrit, à réconcilier la logique induite par la Charte canadienne et le parlementarisme canadien. Gardienne des libertés depuis 1982, la Cour s'est posée également en gardienne de ce qu'elle appelle le « régime constitutionnel »⁸⁷.

Or, ce que la Cour suprême garde et protège, l'un des traits marquants de ce « régime constitutionnel », c'est, entre autres choses, l'équilibre entre le droit écrit et le droit non écrit⁸⁸. Ce faisant, elle renforce la tension entre la Constitution formelle et écrite, « garantie par des procédures renforcées de révision⁸⁹ », et la constitution matérielle issue de l'héritage britannique, ce « bouquet de normes composé de lois, de règles de common

83. J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 63, p. 390.

84. Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Le contrôle opéré par la Cour suprême du Canada : un contrôle "naturel" dans un système diffus et marqué par l'unité juridictionnelle », dans Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI et Caterina SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, Droits international, comparé et européen, 2017.

85. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 59, p. 830, par. X.67.

86. Jean Leclair mentionne que, depuis l'adoption de la Charte canadienne, les tribunaux sont devenus « plus audacieux dans leur entreprise de création de lois ». Au sujet de la formulation des principes non écrits de la Constitution, il estime que c'est un phénomène « concomitant à la fois à un affaiblissement de la suprématie parlementaire et à un renforcement de la suprématie constitutionnelle plus importants qu'avant 1982 ». Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », *Queen's Law Journal*, vol. 27, 2002, p. 389, à la page 392 (traduction libre de l'auteur).

87. M. CHEVRIER, préc., note 28, 66 ; voir aussi le chapitre de David Sanschagrin dans le présent ouvrage.

88. *Ibid.*, 80.

89. N. HAUPAIS, préc., note 66, à la page 539.

law, de conventions constitutionnelles qui régissent la forme du gouvernement⁹⁰».

À l'occasion du rapatriement, la Cour suprême a d'ailleurs franchi un pas supplémentaire dans la reconnaissance du droit constitutionnel non écrit⁹¹ en se prononçant en détail sur la présence et sur le contenu de conventions constitutionnelles liées au consentement des provinces et au veto du Québec en la matière. En effet, avant les renvois de 1981⁹² et de 1982⁹³, il était plutôt inhabituel pour un tribunal, au Canada, de fournir un raisonnement complet sur la nature et le respect des conventions constitutionnelles⁹⁴. Agissant de la sorte, la Cour suprême a contribué à la densification normative de l'ordre constitutionnel au sens large, assurément, mais plus précisément au volet non écrit du droit constitutionnel canadien.

Premièrement, en tranchant non seulement sur l'existence de conventions dans l'ordonnement constitutionnel, mais en affinant aussi leur contenu, leur respect par les acteurs, la Cour fait évoluer, à sa manière, la nature des conventions constitutionnelles. Elle apporte surtout une rupture à leur caractère non écrit au Canada. À terme, au-delà du débat sur leur force contraignante⁹⁵, il n'en demeure pas moins que les tribunaux «codifient⁹⁶» les conventions et contribuent, du même coup, à leur densification: «Densifier, c'est multiplier et surtout enrichir les mots de la norme, employer un autre langage, y ajouter des signes⁹⁷.» L'enveloppe de la convention, auparavant non écrite

90. J. LECLAIR, préc., note 12.

91. Leonid SIROTA, «Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions», *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 11, 2011, p. 29.

92. *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 45.

93. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

94. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 59, p. 830, par. I.140. La Cour précise toutefois que cet exercice a été réalisé par les tribunaux «en Angleterre et dans le Commonwealth pour donner un soutien et un cadre à une interprétation constitutionnelle ou législative». *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 45, 885.

95. Voir, à ce sujet, L. SIROTA, préc., note 91.

96. M. CHEVRIER, préc., note 28, 74.

97. Sébastien PIMONT, «Densification normative et écriture doctrinale du droit. Une force interne et silencieuse», dans C. THIBERGE (dir.), préc., note 34,

ou, au mieux, esquissée dans la doctrine, se matérialise dorénavant aussi noir sur blanc dans la jurisprudence constitutionnelle du plus haut tribunal de la fédération.

En outre, les renvois de la Cour entourant le rapatriement intensifient la force normative des conventions constitutionnelles en leur octroyant une forme de « reconnaissance juridique » ou de « garantie normative ». Certes, malgré son énonciation par la Cour suprême, la convention constitutionnelle n'acquiert pas pour autant un caractère impératif ou obligatoire, il en serait contraire à sa nature. La Cour suprême précise bien qu'« aucune sanction n'existe pour la violation ou le non-respect des règles conventionnelles⁹⁸ ». Néanmoins, après que le plus haut tribunal eut déclaré que la convention existe, le sentiment des acteurs de devoir la suivre s'accroît logiquement. Cela participe d'ailleurs un peu de la nature d'une convention : plus on mentionne sa présence, plus on augmente sa normativité et plus elle sert de référence.

Ainsi, sans acquérir pour autant le statut de source purement juridique, la convention constitutionnelle dispose à tout le moins d'assises codifiées par les tribunaux. En ce sens, « le passage d'une norme vers le monde du droit lui offre une forme de légitimité : paré des atours de la technique juridique [...], son contenu politique paraîtra "banal" ("normal", "naturel") et, comme tel, plus acceptable et donc applicable ».

2.2 L'énonciation des principes sous-jacents de la Constitution

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour fait référence à la métaphore de l'« arbre vivant » pour décrire l'évolution de la Constitution et son architecture. Elle mentionne à ce sujet que « le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre

p. 127, à la page 127.

98. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 45, 803. En 1982, elle précise d'ailleurs que, même si une convention existait au sujet du droit de veto du Québec, « cette convention n'aurait pas été sanctionnable par les tribunaux. » *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 93, 806.

Constitution, cet “arbre vivant”, selon la célèbre description de l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*⁹⁹ ».

Si l’on poursuit dans le champ lexical de la métaphore¹⁰⁰, on pourrait estimer que les principes constitutionnels sous-jacents agissent un peu comme la sève de cet arbre vivant, laquelle irrigue chaque branche et donne à l’ensemble une cohérence et une certaine splendeur. La Cour insiste en précisant qu’« il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l’architecture même de la Constitution et en sont la *force vitale*¹⁰¹ ».

Les principes sous-jacents sont effectivement employés comme un véritable outil de réconciliation entre tous les éléments de la tradition constitutionnelle esquissés jusqu’à présent, soit le fédéralisme, la protection des droits et libertés et le constitutionnalisme, sans oublier la démocratie. Ils s’insèrent en outre parfaitement dans la dynamique entre droit écrit et droit non écrit qui caractérise les normes constitutionnelles au Canada¹⁰². Aux prises avec une question éminemment sensible, la Cour s’aménage, du même coup, une plus grande marge de manœuvre en faisant reposer son raisonnement sur des principes non écrits, dont elle définit la nature, la portée et la force normative, plutôt que sur des dispositions écrites dans le marbre de la Constitution.

En tout état de cause, la Cour défend son choix de recourir au non-écrit pour trancher la première question du *Renvoi*, soit celle

99. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 52.

100. Alain-G. Gagnon et Eugénie Brouillet concluent que l’incidence de la métaphore sur la compréhension de l’ordre constitutionnel canadien est telle qu’« [e]lle en est pratiquement venue à se substituer à ce à quoi elle réfère, c’est-à-dire la Constitution du Canada elle-même. Alain-G. GAGNON et Eugénie BROUILLET, «La constitution canadienne et la métaphore de l’arbre vivant: quelques réflexions politologiques et juridiques», dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l’honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 79, à la page 83.

101. *Ibid.*, par. 51 (nos italiques).

102. P.W. HOGG, préc., note 18, p. 419. Notons que c’est dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, préc., note 30, que la Cour attribue pour la première fois une force normative autonome aux principes sous-jacents de la Constitution canadienne.

de la capacité pour le Québec de faire unilatéralement sécession. Elle précise d'abord que la Constitution est « muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération¹⁰³ », tout comme elle ne « traite pas d'un recours au référendum¹⁰⁴ ». Par ailleurs, la Cour rappelle que « la reconnaissance de ces principes constitutionnels [...] n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, poursuit-elle, [...] il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite¹⁰⁵ ».

Nombre d'auteurs, reconnaissant l'absence de mention explicite au sujet de la sécession dans la Constitution¹⁰⁶, estiment toutefois que la mise en garde de la Cour sur le droit écrit n'est en réalité que superficielle. Cette dernière aurait en effet pu rendre un avis fondé sur des dispositions précises de la procédure de modification (partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ou, à tout le moins, sur l'esprit qui la sous-tend¹⁰⁷. Traitant de cette question, la Cour préfère s'abstenir de « toute conclusion quant à l'appli-

103. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 84.

104. *Ibid.*, par. 87.

105. *Ibid.*, par. 53. Elle reprend en cela son raisonnement dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 93.

106. Cette question a donné cours à un important développement doctrinal sur la question des « silences » de la Constitution ou des « lacunes » du texte qu'Olivier Courtemanche résume en ces termes : « En effet, l'absence de dispositions constitutionnelles permettant de répondre à une question est-elle nécessairement une lacune de la Constitution ? Les dispositions constitutionnelles écrites circonscrivent-elles la volonté constituante ? » : Olivier COURTEMANCHE, *Les principes constitutionnels implicites : étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 2008, p. 80. Voir aussi Robin ELLIOT, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, p. 67, à la page 97 ; Patrick MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court in the Secession Reference », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 1999, p. 65, aux pages 77-79.

107. Sujit CHOUDHRY, « Unwritten Constitutionalism in Canada: Where Do Things Stand », *Canadian Business Law Journal*, vol. 35, 2001, p. 113 ; William H. HUBBURT, « Fairy Tales and Living Trees: Observations on Some Recent Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada », *Manitoba Law Journal*, vol. 26, 1998, p. 181, à la page 185 ; Jonathon W. PENNEY, « Deciding in the Heat of the Constitutional Moment: Constitutional Change in the

cation possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable¹⁰⁸ ».

Elle tente, qui plus est, de réconcilier droit écrit et droit non écrit dans son raisonnement sur les sources des principes constitutionnels sous-jacents, incorporés, pour certains, par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁹. Elle précise que « derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes *inspirent et nourrissent le texte de la Constitution* : ils en sont les prémisses inexprimées¹¹⁰ ». Cette affirmation s'inscrit bien dans la notion de la densification normative, où, à l'origine du processus, on trouve toujours un « potentiel » qui peut être « un phénomène, un fait, une manifestation, une idée, un écrit [...] qui, peu à peu ou d'un seul coup, gagne en normativité¹¹¹ ».

Chose certaine, peu importe leur source initiale, la Cour densifie les principes sous-jacents de la Constitution par une matérialisation des formes. À l'instar de son action sur les conventions constitutionnelles, elle leur confère dorénavant une enveloppe écrite et une nouvelle source bien définie et juridique, celle de la jurisprudence constitutionnelle¹¹². De « prémisses inexprimi-

Quebec Secession Reference », *Dalhousie Law Journal*, vol. 28, 2005, p. 217, à la page 253; J. LECLAIR, préc., note 86; M. CHEVRIER, préc., note 28, 82.

108. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 105.

109. *Ibid.*, par. 53.

110. *Ibid.*, par. 49 (nos italiques). Si certains principes relèvent principalement de la compréhension de l'ensemble de l'histoire constitutionnelle canadienne, d'autres sont directement inspirés des dispositions de la Constitution. Autrement dit, la jurisprudence alterne parfois son raisonnement entre les principes qui *précéderaient* et auraient inspiré le texte et des principes qui *émaneraient* de ce dernier. Voir, entre autres : O. COURTEMANCHE, préc., note 106, p. 23, note 93; R. ELLIOTT, préc., note 106; Jamie CAMERON, « The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions », dans Pierre THIBAUT, Benoit PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : les défis du constitutionnalisme*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89; Warren J. NEWMAN, « Quelques réflexions sur la portée du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire au Canada », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 2002-03, p. 319, aux pages 328 et 329.

111. C. THIBERGE, préc., note 51, à la page 1112.

112. L. SIROTA, préc., note 91.

mées¹¹³», ils deviennent des principes juridiques qui puisent leur fondement non seulement dans le droit non écrit, mais également dans le droit écrit véhiculé par les tribunaux.

La Cour suprême détermine également la force ainsi que la garantie normative des principes sous-jacents d'une manière qui préfigure, sur la question du vocabulaire du moins, les travaux de Catherine Thibierge :

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » selon les termes du Renvoi relatif au rapatriement, précité, à la p. 845) [...]. Les principes ne sont pas simplement descriptifs ; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements¹¹⁴.

Alors qu'elle a fréquemment répété que les conventions constitutionnelles ne pouvaient faire l'objet de sanctions par les tribunaux, la Cour confère aux principes sous-jacents une véritable juridicité¹¹⁵ : non seulement peuvent-ils créer des obligations juridiques, mais ils peuvent même concurrencer les dispositions écrites de la Constitution¹¹⁶. Leur garantie normative est alors complète et leur force, a priori, contraignante. La source que représentent les principes sous-jacents a en outre un potentiel de densification particulièrement large. En effet, la Cour précise, dès le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, que l'énumération des quatre principes pertinents au litige n'est pas exhaustive¹¹⁷.

Autrement dit, non seulement le contenu des principes sous-jacents est-il sujet à expansion, à affinement ou à redéfinition par la Cour au gré des litiges, mais leur nombre l'est tout autant. Par ailleurs, comme ils ne sont pas soumis à des critères de reconnaissance aussi rigoureux que les conventions (sentiment des acteurs d'être liés, précédents et raison d'être), leur fluidité et leur malléabilité ne s'en trouvent que renforcées.

113. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 49.

114. *Ibid.*, par. 54 (nos italiques).

115. O. COURTEMANCHE, préc., note 106, p. 2.

116. W.J. NEWMAN, préc., note 13, 201 et 204.

117. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 3, par. 32.

CONCLUSION

Si la Cour peut faire preuve d'une certaine imagination dans l'énonciation des principes sous-jacents, elle s'est posé le défi de les faire fonctionner en symbiose, de manière à ne pas empêcher ou exclure l'application de l'un ou de l'autre. Or, le caractère initialement non écrit de ces principes lui confère une large marge de manœuvre pour aménager cette symbiose. En d'autres termes, les principes sous-jacents sont peut-être la sève de l'arbre vivant de la Constitution canadienne, mais, le cas échéant, la Cour suprême demeure la seule à connaître la formule de cette solution.

L'enjeu est de taille au sein d'une fédération comme le Canada, où la Constitution est aussi perçue comme une garantie négociée par les communautés politiques en 1867. Cette perception s'est, entre autres, opérationnalisée par la mise en place d'un régime fédéral qui n'était pas «le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867¹¹⁸».

Dans ce contexte, les tribunaux se retrouvent face à des questions qui, comme dans les renvois de 1981, de 1982 et de 1998, ont le potentiel de faire évoluer les rapports de force entre les différents partenaires de la fédération canadienne. L'emploi d'une méthodologie pluridisciplinaire et ouverte, comme celle de la densification normative, s'avère, du coup, tout approprié pour comprendre les mouvements, les tendances à court et à long termes qui animent l'ordre constitutionnel, dans son volet autant écrit que non écrit. Elle aménage en effet une grille de lecture susceptible d'étudier le respect des garanties négociées par les acteurs politiques de manière nuancée et réaliste.

118. *Ibid.*, par. 59.

D'ambiguïté et d'opportunités : le constitutionnalisme et les tensions nationales au Canada

DAVE GUÉNETTE*

Le constitutionnalisme au Canada représente un modèle bien unique. Perdu quelque part entre suprématie parlementaire et suprématie constitutionnelle, à mi-chemin entre la tradition coutumière britannique et la tradition codificatrice de l'Europe continentale, désireux de rester fidèle à l'héritage impérial, mais cherchant tout de même à se moderniser, le constitutionnalisme canadien est au cœur de bien des questionnements et d'au moins autant de querelles.

Pour donner un sens à cette Constitution aux formes complexes et enchevêtrées, les métaphores pleuvent : la pyramide des normes, l'architecture constitutionnelle¹, sans oublier, évidemment, l'arbre vivant de la Constitution². Un constat émerge et se renforce constamment, soit que la Constitution canadienne est hétéroclite, composite et éclectique. Pour reprendre les termes du professeur Allan C. Hutchinson, elle est un « mélange déconcertant de textes, de coutumes, de conventions, d'idéaux et de jugements³ ». De son côté, Hugo Yvon Denis Choquette affirme

* Doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université catholique de Louvain.

1. Dave GUÉNETTE, « L'architecture constitutionnelle – Dimensions artistiques d'une construction juridique », *Les Cahiers de droit*, vol. 58, 2017, p. 33.
2. Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La Constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 79.
3. Allan C. HUTCHINSON, « Constitutional Change and Constitutional Amendment. A Canadian Conundrum », dans Xenophon CONTIADES (dir.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe*,

que « la Constitution du Canada n'est ni complètement écrite ni complètement coutumière, elle n'est ni complètement canadienne ni complètement britannique, et elle n'est ni complètement unilingue ni complètement bilingue⁴ ».

À ce titre, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵ a mis en évidence – une fois de plus – une réalité que d'aucuns ne sauraient nier, soit que les réponses aux questions les plus sensibles et fondamentales de l'ordre constitutionnel canadien ne se retrouvent bien souvent pas textuellement écrites dans la Constitution⁶. En effet, non seulement la structure de la Constitution canadienne est-elle d'une complexité presque inégalée, mais elle renferme une quantité impressionnante de silences⁷, d'hypocrisies constitutionnelles⁸ et d'ambiguïtés⁹.

Aujourd'hui verrouillés par la formule d'amendement de 1982, ces silences et ces ambiguïtés peuvent parfois avoir des conséquences importantes sur l'ordre constitutionnel canadien et

Canada and the USA, New York, Routledge, 2013, p. 51, à la page 53 (traduction libre de l'auteur).

4. Hugo Yvon Denis CHOQUETTE, *Translating the Constitution Act, 1867. A Legal Historical Perspective*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Queen's, Kingston, 2009, p. 1 (traduction libre de l'auteur).
5. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.
6. Voir par exemple: Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les Cahiers de droit*, vol. 45, 2004, p. 7, 15; Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 3, 2010, p. 60, à la page 61.
7. Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – Expression d'une Constitution encore inachevée », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, 2015, p. 411.
8. Patrick TAILLON, « Une Constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la "déhiérarchisation" de la Constitution au Canada », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), avec la collaboration de George AZZARIA, *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, p. 297.
9. Jan ERK et Alain-G. GAGNON, « Constitutional Ambiguity and Federal Trust : Codification and Federalism in Canada, Spain and Belgium », *Regional & Federal Studies*, vol. 10, 2000, p. 92.

sur les relations entre les nations qu'il rassemble en son sein. En ce sens, la nature unique du constitutionnalisme canadien doit nécessairement être prise en compte dans le cadre d'un exercice souhaitant ré-imaginer le Canada à travers un prisme multinational.

Il sera ainsi l'objectif du présent chapitre, en premier lieu, de décrire et de mieux définir cette notion d'ambiguïté constitutionnelle, de même que les tensions qu'elle provoque au Canada. En second lieu, nous reviendrons sur les tentatives passées de s'attarder aux tensions causées par l'ambiguïté, en plus d'aborder les voies qu'il serait aujourd'hui possible d'emprunter pour en atténuer les conséquences.

1 L'AMBIGUÏTÉ ET LES TENSIONS INHÉRENTES AU CONSTITUTIONNALISME CANADIEN

Dans cette première partie, nous examinerons d'abord la notion d'ambiguïté constitutionnelle et les deux faces de celle-ci (1.1). Nous poursuivrons en nous attardant aux tensions démocratiques et nationales que génère l'ambiguïté constitutionnelle au sein de l'ordre juridique canadien (1.2).

1.1 Les deux faces de l'ambiguïté constitutionnelle

L'ambiguïté constitutionnelle peut avoir de bons et de mauvais côtés pour la stabilité étatique, encore plus dans le contexte d'une fédération multinationale. Pour en discuter, nous aborderons d'emblée la proche parenté entre la notion d'ambiguïté constitutionnelle et le concept de *constitutional abeyances* (1.1.1). Nous nous pencherons ensuite sur les deux faces de l'ambiguïté constitutionnelle, soit l'ambiguïté constructive et l'ambiguïté conflictuelle (1.1.2).

1.1.1 *L'ambiguïté constitutionnelle et les constitutional abeyances*

L'ambiguïté constitutionnelle se manifeste lorsqu'un certain *flottement* existe relativement à un enjeu déterminé, c'est-à-dire lorsque la réponse à une question précise n'est pas prévue par l'ordre constitutionnel, mais est plutôt maintenue dans un état – volontaire ou non – de suspension. L'ambiguïté naît par exemple

d'un silence de la Constitution, ou encore de l'utilisation d'un vocabulaire vague dans le texte constitutionnel, lequel laisse une large marge d'appréciation aux acteurs politiques. Ainsi, de manière générale, l'ambiguïté constitutionnelle est plus susceptible d'être partie prenante de l'ordre juridique dans un système de common law, les systèmes s'inscrivant dans la tradition civiliste ayant une forte tendance à favoriser la codification des normes en vigueur.

Dans sa forme la plus poussée et assumée, l'ambiguïté constitutionnelle peut s'apparenter au concept de *constitutional abeyances*. Dans son ouvrage *The Silence of Constitutions. Gaps, « abeyances » and political temperament in the maintenance of government*¹⁰, Michael Foley aborde ce concept d'*abeyances*, lequel a justement davantage vocation à trouver application dans les systèmes de common law. Il les distingue d'abord des conventions constitutionnelles : « Contrairement aux conventions, les *constitutional abeyances* représentent une forme d'accord tacite et instinctif pour tolérer, et même cultiver l'ambiguïté constitutionnelle en tant que stratégie acceptable pour résoudre les conflits¹¹. » Il ajoute : « Les *abeyances* renvoient aux silences constitutionnels qui demeurent vides à des fins positives et constructives¹². »

Suivant Foley, les *constitutional abeyances* ont pour principale utilité de servir au maintien des systèmes politiques qui les entretiennent. Ainsi, « à travers diverses formes d'évasion et d'évitement, les questions non résolues, "les lacunes et les fissures" sont maintenues dans un état d'irrésolution. Et, en maintenant cette obscurité, les systèmes sont ainsi capables de s'adapter à des interprétations contradictoires¹³ ». Foley n'y voit donc pas quelque chose de problématique, bien le contraire, puisque les *constitu-*

10. Michael FOLEY, *The Silence of Constitutions. Gaps, « abeyances » and political temperament in the maintenance of government*, Londres, Routledge, 1989.

11. *Ibid.*, p. xi (traduction libre de l'auteur).

12. *Ibid.*, p. xi (traduction libre de l'auteur).

13. Gordon DiGIACOMO, *The Impact of Constitutional Abeyance on the Assertiveness of the Federal Government*, thèse de doctorat, Département de science politique, Université Carleton, Ottawa, 2010, p. 76 (traduction libre de l'auteur).

tional abeyances représentent une forme d'arrangement par lequel « toute constitution peut en venir à survivre ou à périr¹⁴ ».

Partant des travaux de Foley, David M. Thomas applique un cadre d'analyse similaire au cas canadien dans *Whistling Past the Graveyard. Constitutional Abeyances, Quebec, and the Future of Canada*. Il donne cette définition du terme *abeyance*: « Un état de suspension, de non-existence temporaire ou d'inactivité: condition dormante ou latente susceptible d'être à tout moment relancée¹⁵ ». Il dresse ensuite une liste de *constitutional abeyances* qu'on peut observer au Canada¹⁶, puis ajoute que « la plupart, ou même l'entièreté de celles-ci, sont un jour revenues nous hanter¹⁷ ».

Pour définir et expliquer l'existence de *constitutional abeyances*, Thomas écrit: « Les *abeyances* représentent des compréhensions implicites par lesquelles nous préservons une apparence approximative de cohérence interne. Mais, en réalité, les questions en suspens n'ont pas été résolues et les points de vue ou principes fondamentalement différents n'ont pas été réconciliés: ils sont simplement ignorés et mis de côté¹⁸. » Pour illustrer cette situation, selon Thomas, *l'abeyance* la plus importante de tout l'ordre constitutionnel canadien concerne « la reconnaissance et le statut du Québec comme quelque chose de plus qu'une simple province¹⁹ ». Inutile de délibérer très longuement sur la profonde importance de cette question et sur les répercussions qu'elle a eues par le passé au Canada.

1.1.2 *L'ambiguïté constructive et l'ambiguïté conflictuelle*

L'ambiguïté constitutionnelle peut parfois avoir des effets constructifs pour un État multinational, et d'autres fois plutôt inciter au conflit entre les partenaires. Sur la face constructive de

14. M. FOLEY, préc., note 10, p. 81 (traduction libre de l'auteur).

15. David M. THOMAS, *Whistling Past the Graveyard. Constitutional Abeyances, Quebec, and the Future of Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1997, p. 1 (traduction libre de l'auteur).

16. *Ibid.*, p. 62.

17. *Ibid.*, p. 62 (traduction libre de l'auteur).

18. ROGER GIBBINS et David M. THOMAS, « Ten Lessons from the Referendum », *Revue parlementaire*, 1992-93, p. 3, à la page 6.

19. D.M. THOMAS, préc., note 15, p. xvii.

l'ambiguïté constitutionnelle et le contexte dans lequel elle peut prendre forme, Jan Erk et Alain-G. Gagnon affirment :

La clarification légaliste des termes constitutionnels d'un système fédéral peut ne pas être la mesure la plus appropriée pour assurer la stabilité des fédérations multinationales, cette précision constitutionnelle obsessionnelle pouvant effectivement miner une source potentielle de longévité pour ces partenariats fédéraux. Autrement dit, laisser la définition constitutionnelle d'un arrangement fédéral ambigu peut, dans certaines circonstances, favoriser la pérennité des fédérations puisque chaque partie peut interpréter différemment son appartenance à l'association, plutôt que d'être obligée d'accepter l'interprétation juridique de la fédération favorisée par le partenaire dominant. Lorsqu'il existe des différences importantes entre les nations constitutives d'un pacte fédéral, l'ambiguïté constitutionnelle est donc un moyen de maintenir la stabilité de la fédération²⁰.

Néanmoins, les mêmes auteurs sont également d'avis que l'ambiguïté constitutionnelle peut, en d'autres circonstances, être à la source de situations conflictuelles :

Les avantages de l'ambiguïté constitutionnelle ne peuvent être exploités que s'ils sont marqués par un sentiment de solidarité entre les nations constitutives ou s'il existe une confiance mutuelle dans la volonté de travailler pour soutenir la fédération. En l'absence de confiance, l'ambiguïté constitutionnelle pourrait susciter des tensions latentes dans les fédérations multinationales en brouillant les règles du jeu et en augmentant ainsi les sources de dissension. En d'autres termes, pour le bon fonctionnement des arrangements constitutionnels, la confiance est une condition nécessaire²¹.

Ce sont là des observations auxquelles nous souscrivons et qui définissent bien les deux faces de l'ambiguïté constitutionnelle : l'une constructive, l'autre conflictuelle. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'en plus de la notion de confiance entre les partenaires de l'association politique – laquelle est nécessaire pour que l'ambiguïté constitutionnelle soit constructive²² –

20. J. ERK et A.-G. GAGNON, préc., note 9, 93.

21. *Ibid.*, 93 et 94.

22. Voir, sur cette dynamique, Dimitrios KARMIS et François ROCHER (dir.), *La dynamique confiance méfiance dans les démocraties multinationales. Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

d'autres données auront une influence significative sur les effets de l'ambiguïté constitutionnelle, notamment la capacité de celle-ci à susciter le dialogue entre les partenaires de l'association politique et le traitement équitable de ceux-ci.

En effet, nous croyons que l'ambiguïté constitutionnelle constructive doit être une ambiguïté qui incite les partenaires de l'association politique à dialoguer entre eux, puisque de ce dialogue est susceptible d'émerger une meilleure compréhension de l'autre. L'ambiguïté constitutionnelle conflictuelle est alors plutôt celle qui crée les effets contraires, favorisant *in fine* l'exclusion d'un partenaire ou sa domination par un autre. Pour le dire dans les termes d'Arend Lijphart, l'ambiguïté constitutionnelle constructive est celle qui est également *consociative*, en ce qu'elle permet une meilleure coopération entre les divers segments de la société²³.

En plus de la notion de confiance entre les partenaires que développent Erk et Gagnon, nous croyons qu'il est nécessaire d'ajouter celle du potentiel dialogique créé par l'ambiguïté constitutionnelle pour attester de sa nature constructive ou conflictuelle. Ces deux dimensions – confiance entre les partenaires et mécanismes suscitant le dialogue – sont ainsi inextricablement reliées et contribuent à la nature positive et constructive de l'ambiguïté constitutionnelle.

1.2 L'ambiguïté à la source de tensions démotiques et nationales

Si l'ambiguïté constitutionnelle peut se révéler à la fois constructive et conflictuelle, c'est uniquement à cette dernière que nous nous attarderons dans la suite de notre raisonnement – donc à l'ambiguïté qui a pour effet de permettre, dans certains contextes, l'exclusion d'un partenaire ou la prédominance d'un autre. Notre présentation vise plus précisément à cerner quelques sources d'ambiguïté constitutionnelle au Canada, lesquelles sont aux fondements de tensions nationales ou démotiques²⁴. Clas-

23. Arend LIJPHART, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977, p. 1.

24. Les tensions démotiques sont celles pouvant exister entre les divers peuples qui cohabitent au sein d'un seul et même État. Voir par exemple

sées en deux catégories, ces sources d’ambiguïté se rapportent (1.2.1) à la non-reconnaissance du fait multinational et (1.2.2) aux pouvoirs extraordinaires du fédéral.

1.2.1 *La non-reconnaissance du fait multinational*

À notre avis, la composition nationale du Canada et la reconnaissance de son multinationalisme correspondent à la plus importante ambiguïté de l’ordre constitutionnel canadien. Non seulement il n’y a pas, dans la Constitution, de disposition signalant expressément cette réalité, mais, même à la lecture de l’ensemble des textes constitutionnels du Canada, il demeure toujours impossible de déceler formellement cet état de fait.

Pourtant, comme l’indique Kenneth McRoberts, « par tous les indicateurs usuels, le Canada est très clairement un État à la composition multinationale²⁵ ». Historiquement, et malgré l’absence de consensus à cet effet²⁶, le Canada est né en 1867 à la suite d’un accord entre « les deux groupes nationaux²⁷ » d’origine européenne de l’époque présents en Amérique du Nord. L’affirmation grandissante d’une nation proprement québécoise a pour effet, un siècle plus tard, que, d’un clivage Canadien anglais/Canadien français, on passe à un clivage Québec/reste du Canada²⁸. Ce binationalisme sera ensuite remplacé par un multinationalisme formé de trois partenaires constitutifs, en incluant maintenant les peuples autochtones²⁹. Malgré cela, les textes constitutionnels demeurent aujourd’hui muets quant à cette réalité sociologique.

Claire CUVELIER, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, thèse de doctorat, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II, 2014.

25. Kenneth McROBERTS, « Canada and the Multinational State », *Revue canadienne de science politique*, vol. 34, 2001, p. 683, à la page 688 (traduction libre de l’auteur).

26. Marc CHEVRIER, *Le fédéralisme canadien et l’autonomie du Québec : perspective historique*, Québec, ministère des Relations internationales, 1996, p. 7.

27. Jean-Charles BONENFANT, *La Constitution*, Montréal, La Presse, 1976, p. 16.

28. K. McROBERTS, préc., note 25, 688.

29. *Ibid.*, 692.

Certes, la Constitution formalise la dualité religieuse³⁰, le bijuridisme³¹ et la dualité linguistique³², de même qu'elle prévoit un régime et des droits particuliers pour les peuples autochtones³³. Mais ces dispositions constitutionnelles n'ont ni le contenu ni le symbolisme nécessaires pour constituer une reconnaissance formelle du multinationalisme de l'État canadien. Tout au plus, ces articles en aménagent la cohabitation. De même, le multinationalisme est trop souvent opposé au multiculturalisme, lequel est constitutionnalisé à l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴. En ce sens, et malgré une certaine jurisprudence constitutionnelle parfois hospitalière de cette diversité³⁵, la reconnaissance du fait multinational demeure une importante source d'ambiguïté de l'ordre juridique canadien.

1.2.2 Les pouvoirs extraordinaires du gouvernement fédéral

Ce que la Constitution ne fait pas formellement – reconnaître le multinationalisme canadien –, elle devrait néanmoins le faciliter dans la pratique, notamment par l'aménagement d'un régime fédéral. En effet, si certains s'opposent à la vision selon laquelle la Confédération de 1867 devait se matérialiser comme un pacte entre anglophones et francophones, le choix d'opter pour une union fédérale devait néanmoins servir à permettre aux provinces de vivre et d'évoluer dans leur particularisme³⁶.

Or, la Constitution du Canada prévoit ou permet en certaines circonstances une domination du pouvoir central sur les provinces, ayant ainsi pour effet de remettre en cause la pleine souveraineté de celles-ci dans leurs champs de compétence. Ainsi, certains

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 93.

31. *Ibid.*, art. 94.

32. *Ibid.*, art. 133.

33. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 25, 35 et 35.1.

34. *Ibid.*, art. 27.

35. Voir par exemple : *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 et *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433.

36. Jean LECLAIR, «La pensée constitutionnelle et fédérale de Jean-Charles Bonenfant : la franchise au service du Québec», *Les Cahiers de droit*, vol. 59, 2018, p. 441.

mécanismes ont pour effet d'atténuer le caractère fédératif du Canada³⁷. Nous en retiendrons ici cinq, soit le pouvoir de réserve, le pouvoir de désaveu, le pouvoir déclaratoire, le pouvoir d'urgence et le pouvoir fédéral de dépenser³⁸.

Ces pouvoirs extraordinaires permettent un important déséquilibre du fédéralisme canadien en octroyant à l'ordre de gouvernement central la possibilité d'avoir le dernier mot sur la législation provinciale, de légiférer dans les champs de compétence des provinces en certaines circonstances, de même que de dépenser à sa convenance dans le champ d'action des provinces. Cela fait dire à Louis-Philippe Lampron que « l'état actuel des rapports de force politiques permet à l'ordre fédéral du gouvernement canadien d'empiéter sur ou de carrément passer outre les compétences des provinces en vertu, notamment, de plusieurs pouvoirs constitutionnels, dont la portée a été souvent élargie par la Cour suprême du Canada³⁹ ».

Selon Jacques-Yvan Morin et José Woerhling, les « pouvoirs de réserve et de désaveu relatifs aux lois provinciales semblent avoir été inscrits dans la *Loi constitutionnelle de 1867* [...] pour assurer une certaine suprématie des autorités fédérales sur les provinces⁴⁰ ». Cela est complètement contraire à l'esprit du fédéralisme. Et bien qu'Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet affirment croire que « les pouvoirs de réserve et de désaveu des lois provinciales sont tombés en désuétude par l'effet de conventions constitutionnelles⁴¹ », ils demeurent formellement inscrits dans la Constitution.

37. Guy LAFORÉST, *Un Québec exilé dans la fédération. Essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Montréal, Québec Amérique, 2014.

38. Sur ceux-ci, voir notamment Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 420-446, de même que le chapitre d'Amélie Binette dans le présent ouvrage.

39. Louis-Philippe LAMPRON, « Les institutions judiciaires et le phénomène de la judiciarisation du politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. GAGNON et David SANSCHAGRIN (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, coll. « Politeia », Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 217, à la page 225.

40. Jacques-Yvan MORIN et José WOERHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1994, p. 379.

41. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 423.

Quant aux pouvoirs déclaratoire, d'urgence et de dépenser, ceux-ci contribuent encore aujourd'hui à une forme de hiérarchisation des ordres de gouvernement au Canada. D'ailleurs, selon l'éminent juriste Henri Brun, le pouvoir fédéral de dépenser est le « mécanisme formel qui contribue le plus concrètement à la perversion du fédéralisme canadien, qui contribue à le rendre de moins en moins conforme à ce qu'il devait être⁴² ». Jumelés à la non-reconnaissance du fait multinational⁴³, les pouvoirs extraordinaires du gouvernement fédéral participent donc à une ambiguïté qui contribue à accentuer les tensions démotiques et nationales au Canada.

2 TENTATIVES PASSÉES ET OCCASIONS FUTURES

On peut *mesurer* l'ampleur d'une ambiguïté constitutionnelle ou d'une *constitutional abeyance* notamment par le malaise qu'elle crée, mais également par les énergies qui furent consacrées pour y mettre un terme⁴⁴. Plus l'ambiguïté est significative et source de tensions, plus des acteurs politiques de bonne foi sont susceptibles d'y accorder une attention particulière. En nous concentrant sur la période post-rapatriement, nous aborderons ici certaines tentatives de se pencher précisément sur les tensions et les problèmes occasionnés par l'ambiguïté constitutionnelle au Canada, tout en montrant pourquoi ces tentatives étaient insuffisantes ou infructueuses (2.1). Ensuite, en pensant à l'intérieur des limites du cadre constitutionnel en place depuis 1982, nous

42. Henri BRUN, *Les institutions démocratiques du Québec et du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 56.

43. Mais également à d'autres sources d'ambiguïté constitutionnelle, telles que les pratiques de démocratie directe (Dave GUÉNETTE, « Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées – L'expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences », dans Amélie BINETTE et Patrick TAILLON (dir.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, coll. « Diversité et démocratie », Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 181 ; Patrick TAILLON, « Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada », dans Michel SEYMOUR (dir.), *Repenser l'autodétermination interne*, Montréal, Thémis, 2016, p. 265) ou le bilinguisme non formalisé des textes constitutionnels (H.Y.D. CHOQUETTE, préc., note 4).

44. D. GUÉNETTE, préc., note 7.

tenterons de procéder à un inventaire des occasions futures ou des voies qui sont toujours ouvertes pour permettre l'évolution de l'État canadien dans une dynamique multinationale (2.2).

2.1 Les tentatives passées de s'attarder à l'ambiguïté constitutionnelle au Canada

Conscients de la nature ambiguë et inachevée de la Constitution canadienne, de même que des problèmes démotiques occasionnés par ce phénomène, certains acteurs politiques ont, depuis le rapatriement, tenté de proposer des solutions aux tensions qui en émergent. Certaines de ces tentatives se sont soldées par un échec, d'autres par un succès mitigé. Nous aborderons ici quelques-unes de ces tentatives de se pencher sur les différentes ambiguïtés de l'ordre constitutionnel canadien occasionnant des tensions nationales et démotiques, en distinguant les efforts de bonne foi (2.1.1), les solutions insuffisantes (2.1.2) et les essais de taire le fait multinational (2.1.3).

2.1.1 Quelques efforts de bonne foi

Les deux principaux efforts pour régler certaines tensions nationales occasionnées par l'ambiguïté constitutionnelle sont incarnés par les défunts Accord constitutionnel du lac Meech (1987-1990) et Entente constitutionnelle de Charlottetown (1992). Alors que le premier proposait notamment « la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte⁴⁵ » et l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser⁴⁶, le second allait beaucoup plus loin sur le plan de la reconnaissance du caractère multinational du pays.

Reprenant les deux propositions mentionnées ci-dessus, l'Entente de Charlottetown prévoyait également de reconnaître que « les peuples autochtones du Canada, qui ont été les premiers gouvernants du territoire, ont le droit de promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs traditions et de veiller à l'intégrité de leurs sociétés, et le fait que leurs gouvernements forment un

45. *Accord constitutionnel du lac Meech*, art. 1.

46. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 445.

des trois ordres de gouvernement du pays⁴⁷ ». L'Entente proposait ainsi une vraie autonomie gouvernementale autochtone avec des compétences propres⁴⁸. La reconnaissance du fait multinational de l'État canadien, d'une importance symbolique fondamentale⁴⁹, aurait alors été formalisée.

Quant aux pouvoirs extraordinaires du gouvernement fédéral, en plus de l'encadrement du pouvoir de dépenser, « l'entente de Charlottetown de 1992 aurait assujéti l'exercice du pouvoir déclaratoire à l'autorisation de la province concernée⁵⁰ ». Elle aurait également éliminé les pouvoirs de désaveu et de réserve⁵¹. Certains des pouvoirs extraordinaires du gouvernement central qui pervertissent le fédéralisme canadien auraient ainsi été abolis ou mieux encadrés.

Ces deux vastes projets de modification constitutionnelle au Canada ont échoué, principalement en raison des diverses conceptions concurrentes de ce que représente l'État canadien. Ils représentent néanmoins de nobles tentatives de s'attaquer à cette ambiguïté constitutionnelle à la source de conflits entre les partenaires de l'association politique.

2.1.2 Quelques solutions insuffisantes

D'autres tentatives de se pencher sur l'ambiguïté constitutionnelle en droit canadien, si elles ne se sont pas soldées par un échec, demeurent tout de même des solutions insuffisantes. C'est le cas, notamment, lorsque l'intention est bonne – ou paraît l'être –, mais que les moyens employés ne permettent pas de mettre fin aux tensions créées par l'ambiguïté.

Un exemple de ce type de solutions est la reconnaissance, par la Chambre des communes, de la société distincte du Québec en

47. *Entente constitutionnelle de Charlottetown*, art. 1.

48. *Ibid.*, art. 29.

49. Félix MATHIEU et Dave GUÉNETTE, « Introducing a *Societal Culture Index* to Compare Minority Nations », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 48, 2018, p. 217; Dave GUÉNETTE et Félix MATHIEU, « Nations et nations fragiles », *Revue canadienne de science politique*, vol. 51, 2018, p. 881.

50. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 429.

51. *Ibid.*, p. 424; *Entente constitutionnelle de Charlottetown*, art. 6.

1995⁵², puis de la nation québécoise en 2006⁵³. La reconnaissance du caractère distinct du Québec et de son existence nationale est une demande formulée de longue date⁵⁴. Néanmoins, cette reconnaissance, pour être satisfaisante, devrait minimalement être faite avec le bon instrument et au sein du bon organe. Autrement dit, pour véritablement reconnaître le statut particulier du Québec au sein du Canada, il serait nécessaire de le faire par une disposition constitutionnelle à proprement parler – et non par une résolution parlementaire sans réelle portée normative –, laquelle serait l'œuvre du pouvoir constituant – et non du pouvoir législatif fédéral.

Le constat est le même en ce qui concerne la demande traditionnelle du Québec de se voir accorder un droit de veto en matière constitutionnelle⁵⁵. En effet, avant le rapatriement de 1982, la position selon laquelle, «en raison du principe de la dualité, le Québec possède, par convention, un droit de veto sur toute modification constitutionnelle qui a un effet sur le pouvoir législatif de la province, ou encore sur le statut ou le rôle de sa législature ou de son gouvernement au sein de la fédération canadienne⁵⁶», était largement répandue⁵⁷. Le rapatriement de 1982 aura cependant refusé de consacrer *de jure* ce qui existait *de facto*. Par la suite, le Québec entreprit d'obtenir formellement un droit de veto constitutionnel. En réponse à cette demande – et à la suite des échecs de Meech et de Charlottetown –, le gouvernement

52. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 29 novembre 1995, p. 16971.

53. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, 39^e législ., 1^{re} sess., *Débats de la chambre*, [En ligne], [www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=F&Mode=1&DocId=2539452].

54. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Québécois, notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Secrétariat du Québec aux relations canadiennes, Québec, 2017.

55. *Ibid.*

56. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 800.

57. Voir par exemple la lettre du 17 décembre 1982 de René Lévesque à Pierre Elliott Trudeau, reproduite dans James ROSS HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. 273.

fédéral fit adopter au Parlement la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*⁵⁸, laquelle confère un droit de veto législatif aux cinq grandes régions du Canada – soit le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique, les Prairies et les provinces de l'Atlantique. Cette tentative de satisfaire à la demande du Québec rate toutefois clairement la cible. À cet effet, Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet affirment d'ailleurs que la « loi fédérale de 1996 qui prétend donner au Québec un droit de veto équivaut [plutôt] à lui resserrer la camisole de force⁵⁹ ».

Dans la même veine, la Déclaration de Calgary en 1997, par laquelle les premiers ministres des provinces – à l'exclusion du Québec – et des territoires s'entendaient pour mettre en place un processus de consultation de la population « au sujet du renforcement de la fédération canadienne », est un autre exemple de solutions insuffisantes pour régler les tensions provoquées par l'ambiguïté constitutionnelle. En effet, tout en reconnaissant « le caractère unique de la société québécoise » et des « peuples autochtones avec leurs cultures », cette déclaration affirmait que « toutes les provinces sont égales » et que, si « une future modification constitutionnelle devait attribuer des pouvoirs à une province, il faudrait que ces mêmes pouvoirs soient accessibles à toutes les provinces⁶⁰ ». La Déclaration de Calgary représente ainsi une version édulcorée de Meech et de Charlottetown, laquelle, même si elle avait été formalisée, serait demeurée insuffisante.

Concernant la meilleure reconnaissance des peuples autochtones et leur participation aux divers processus étatiques, mentionnons, comme efforts insuffisants, la *Modification constitutionnelle de 1983*. Celle-ci met notamment de l'avant une obligation de consulter les peuples autochtones avant de modifier la Constitution relativement à un enjeu susceptible d'affecter leurs droits. Si la participation des peuples autochtones au processus de révision de la Constitution du Canada représente un pas dans la bonne direction, il serait nécessaire de le faire avec des moyens nettement plus importants et contraignants pour le pouvoir central et les provinces.

58. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1.

59. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 250.

60. *Déclaration de Calgary*, 1997.

2.1.3 Quelques essais de taire le fait multinational

Enfin, à certaines reprises, il a été tenté de carrément taire les problèmes causés par l'ambiguïté constitutionnelle, lorsque ceux-ci étaient à la source de tensions nationales et démotiques. L'exemple le plus éloquent de ce phénomène est sans doute la demande de renvoi du gouvernement fédéral devant la Cour suprême qui mena au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Avec celui-ci, et en raison des résultats très serrés obtenus lors du référendum de 1995, le gouvernement fédéral demanda ni plus ni moins à la Cour « de déclarer illégale toute sécession unilatérale du Québec⁶¹ ». En réponse à cette offensive, et voulant éviter de donner de la légitimité à cette tentative de cadenasser le processus sécessionniste, le gouvernement québécois décida même de ne pas participer au débat devant la Cour suprême⁶². La décision du gouvernement du Canada de demander l'avis de la Cour suprême quant à la légalité d'une éventuelle sécession du Québec, plutôt que d'emprunter la voie politique de la négociation, représente une tentative claire de taire les tensions relatives au désir d'auto-détermination d'une partie de la population du Québec.

Le gouvernement fédéral en rajoute lorsque la Cour suprême du Canada ne lui donne pas entièrement raison dans son renvoi. En effet, n'« ayant pas totalement convaincu la Cour suprême de l'à-propos de leurs prétentions fondées sur la primauté du droit, les autorités fédérales ont réagi à l'avis de la Cour par l'édiction⁶³ » de la loi fédérale sur la clarté. Cette dernière « se démarque par une mauvaise foi manifestement contraire aux enseignements de la Cour⁶⁴ », en plus d'être fort probablement inconstitutionnelle

61. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 116.

62. Nathalie DES ROSIERS, « From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 31, 2000, p. 171, à la page 172.

63. Patrick TAILLON, « De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien », *Revista d'estudis autonòmics i federals*, vol. 20, 2014, p. 13, aux pages 15 et 16.

64. Frédéric BÉRARD, « Du caractère lénifiant de la règle de droit interne en matière d'accession à l'indépendance : les impacts du renvoi relatif à la sécession du Québec », dans M. SEYMOUR (dir.), préc., note 43, p. 245, à la page 262.

sous plusieurs motifs⁶⁵. Elle est ainsi un autre exemple de tentative de taire et d'éviter les tensions démotiques et nationales de l'État canadien qui prennent leur fondement dans l'ambiguïté constitutionnelle.

Enfin, il serait difficile de passer sous silence le refus initial du Canada, en 2007, de ratifier la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*. Un des quatre États à agir de la sorte à ce moment, le Canada se résoudra ensuite à adopter le document, à le mettre en œuvre, puis, près de dix ans plus tard, à retirer ses dernières objections à l'encontre de la Déclaration⁶⁶. Néanmoins, cette valse-hésitation et ces lentes avancées ne sont certainement pas de nature à constituer un geste fort dans la réconciliation avec les peuples autochtones, et s'apparente encore une fois davantage à une tentative de taire ou d'ignorer une source de tension nationale présente au Canada⁶⁷.

2.2 Les avenues disponibles pour favoriser une évolution multinationale

Depuis le rapatriement constitutionnel, de multiples tentatives de s'adresser aux problèmes résultant de l'ambiguïté constitutionnelle au Canada sont survenus, tant de bonne volonté qu'avec, parfois, ce qui s'apparente à de la mauvaise foi. Ces tentatives se sont jusqu'ici toujours avérées insuffisantes ou infructueuses. Les obstacles à une réforme en profondeur du fédéralisme au Canada étant nombreux⁶⁸ et le constitutionnalisme canadien étant peu susceptible de changer radicalement à court ou à moyen terme, nous sommes en droit de nous questionner

65. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 38, p. 243.

66. RADIO-CANADA, « Droits des Autochtones à l'ONU : le Canada retirera son statut d'objecteur permanent », 9 mai 2016, [En ligne], [ici.radio-canada.ca/nouvelle/780537/canada-objection-onu-declaration-droits-autochtones-nations-unies].

67. Stéphanie MARIN, « Le Canada blâmé par Amnistie internationale pour son traitement des Autochtones », *La Presse*, 25 février 2015, [En ligne], [www.lapresse.ca/actualites/national/201502/25/01-4847398-le-canada-blame-par-amnistie-internationale-pour-son-traitement-des-autochtones.php].

68. Patrick TAILLON, « Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme », *Institut de recherche sur le Québec*, 2007, [En ligne], [irq.quebec/wp-content/uploads/2015/03/Obstaclesjuridiques.pdf].

sur les voies encore ouvertes pour faire évoluer le Canada vers une structure plus en phase avec son caractère multinational. Ces occasions sont peut-être peu nombreuses, mais elles ne sont pas pour autant inexistantes. De ce fait, il importe de mobiliser ces différentes avenues selon leur plein potentiel.

Ainsi, plutôt que de jeter le blâme de la situation actuelle sur la structure constitutionnelle du Canada, nous suggérons d'exploiter les différentes occasions qu'elle offre pour paver des avenues futures favorisant une évolution multinationale. Pour en faire état, nous nous pencherons d'abord sur la voie unilatérale permettant de favoriser le multilatéralisme (2.2.1), puis sur la voie bilatérale pouvant mener à l'asymétrie (2.2.2).

2.2.1 La voie unilatérale en vue de favoriser le multilatéralisme

D'un point de vue formel, le système constitutionnel au Canada offre peu de moyens pour engager le dialogue entre les partenaires – donc le multilatéralisme. Par contre, informellement et par conventions, les provinces ou les nations constitutives possèdent quelques outils pour entamer un éventuel débat. Le premier, et le plus efficace, est probablement l'organisation d'un référendum. En effet, l'histoire canadienne et québécoise montre non seulement la tendance qu'ont les acteurs politiques à respecter le verdict populaire des référendums consultatifs⁶⁹, mais elle nous permet également d'apprécier tout l'activisme politique qui a pu résulter de l'organisation et de la tenue d'un référendum.

Le référendum provincial peut alors porter sur autre chose que la souveraineté d'une communauté. Il peut, par exemple, très bien avoir pour objet une proposition de réforme constitutionnelle. Dans le même ordre d'idées, les réponses possibles à la question référendaire n'ont pas à se limiter à un choix binaire. Elles pourraient très bien être au nombre de trois, quatre ou cinq et ainsi offrir de multiples options à la population. Cela aurait également pour effet possible de moins polariser la campagne référendaire et potentiellement d'introduire un réel débat de société, plus susceptible de mettre fin au *statu quo*. En ce sens, le

69. Patrick TAILLON, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, 2007, p. 143.

référendum et les mécanismes de démocratie directe représentent des voies d'action unilatérale pour un partenaire, lui permettant éventuellement de favoriser le multilatéralisme.

De même, l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels, mise de l'avant par la Cour suprême dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, est une autre avenue possible. Dans son renvoi, la Cour mentionne que « la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé⁷⁰ ». Cette obligation de négocier relève alors du principe du fédéralisme. Pour la Cour, la loyauté fédérale et l'acceptation de participer à l'État fédératif doivent donc impérativement inclure l'obligation de négocier entre partenaires lorsqu'un de ceux-ci en exprime le désir.

Cela dit, la Cour suprême ne limite pas l'obligation de négocier au scénario d'un référendum provincial. Elle précise en effet que celle-ci peut être enclenchée à l'aide d'une résolution de modification constitutionnelle adoptée par une province⁷¹. C'est d'ailleurs là une thèse que d'autres auteurs ont reprise et étoffée⁷². Ainsi, les provinces peuvent, unilatéralement, et par l'adoption d'une résolution de modification au sein de leur assemblée législative, donner naissance à une obligation de négocier entre les principaux partenaires de l'association politique canadienne. Ce faisant, elles peuvent en venir à forcer le dialogue entre les partenaires.

Enfin, comme dernier mécanisme de cette nature, on peut aussi penser à la possibilité qu'ont tous les acteurs de la fédération de s'adresser aux tribunaux. En effet, tant les provinces, les peuples autochtones que les individus de la société civile peuvent

70. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 5, par. 88.

71. *Ibid.*, par. 69.

72. Patrick TAILLON et Alexis DESCHÊNES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, 2012, p. 461.

intenter un recours devant les tribunaux pour faire reconnaître leurs droits, ou encore pour demander à ce que le système normatif et juridique en place respecte davantage le fait multinational. Les provinces peuvent également utiliser la procédure de renvoi devant leurs propres cours d'appel.

S'adresser aux tribunaux est toutefois un couteau à double tranchant, parce qu'il comporte le risque que les juges valident les règles de droit contestées et favorisent par conséquent une évolution de l'État canadien moins conforme à sa composition multinationale. C'est d'ailleurs précisément ce que certains ont longtemps reproché à la Cour suprême, c'est-à-dire d'adopter une interprétation ayant pour effet de favoriser l'uniformité et l'efficacité, aux dépens de la diversité nationale⁷³.

Néanmoins, force est également de constater que plusieurs avancées en cette matière sont nées en Cour suprême. Pour les peuples autochtones, l'arrêt *Calder* en 1973 représente certainement un tournant dans la reconnaissance de leurs droits⁷⁴. Pour le Québec, le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* de 2014 est également d'une importance symbolique fondamentale, puisque la Cour y affirme que la présence garantie de trois juges québécois sur son banc de neuf est notamment pour assurer « que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées » et « pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits⁷⁵ ».

Plus largement, on peut également penser à la décision *Banque canadienne de l'Ouest*⁷⁶ de 2007, au *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁷⁷ de 2011 et au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁷⁸ de 2014 pour des exemples de décisions où la Cour suprême a adopté une vision du fédéralisme plus respectueuse des compétences des provinces ou de la pluralité démotique du

73. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005.

74. *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, préc., note 35.

75. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 35, par. 49.

76. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.

77. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.

78. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

Canada⁷⁹. En ce sens, opter pour la voie des tribunaux représente également une possibilité d'action unilatérale pouvant avoir des répercussions multilatérales.

2.2.2 La voie bilatérale pour mener à l'asymétrie

En ce qui concerne les avenues bilatérales pouvant mener à des arrangements asymétriques, quelques voies sont également bien ouvertes. Le Canada est effectivement un État où l'asymétrie est possible, mais, selon nous, insuffisamment exploitée. Le meilleur exemple de ce phénomène est l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce dernier prévoit une procédure de modification de la Constitution ne requérant que l'accord des deux chambres du Parlement fédéral et de la province concernée par ladite modification. Il s'agit donc d'une procédure de révision simplifiée et ayant pour objectif d'éviter de mobiliser et de demander l'accord de tous pour la révision d'une matière d'intérêt purement régional ou provincial. C'est d'ailleurs cette procédure qui avait été utilisée pour faire évoluer le système scolaire québécois d'un modèle confessionnel à un modèle linguistique.

Or, la Cour suprême mentionne, relativement à cette procédure, qu'elle « entre en jeu, à tout le moins, lorsqu'une modification constitutionnelle touche une disposition de la Constitution du Canada qui prévoit un "arrangement spécial", applicable uniquement à une ou à certaines des provinces⁸⁰ ». La Cour suggère ainsi une interprétation et un champ d'application relativement large pour cet article 43. De nombreux auteurs partagent également cet avis⁸¹. Pourtant, depuis 1982, seulement sept modifications

79. Dave GUÉNETTE, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien – Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », *Revue générale de droit*, vol. 46, 2016, p. 215.

80. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 78, par 44 (nos italiques).

81. Guy TREMBLAY, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », *Revue générale de droit*, vol. 41, 2011, p. 417; José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 449; D. GUÉNETTE, préc., note 79.

constitutionnelles ont eu lieu en utilisant cette procédure – dont une seule par le Québec. Ainsi, nous suggérons que la procédure de l'article 43 devrait être utilisée plus fréquemment et pourrait même constituer le fer de lance d'une évolution asymétrique et multinationale du fédéralisme canadien.

Dans la même optique de bilatéralisme et d'asymétrie, un deuxième mécanisme apparaît évident : les traités conclus avec les peuples autochtones. À cet effet, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que les « droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Ainsi, les traités avec les peuples autochtones ont non seulement une grande importance normative, mais représentent également une voie d'évolution de l'État et du fédéralisme canadien porteur de sens et d'une plus grande autodétermination interne pour ceux-ci.

Le fédéralisme par traités est donc une voie qu'il importe d'approfondir⁸². Suivant Félix Mathieu, « la logique cardinale pour comprendre le fédéralisme par traités dans le cadre canadien consiste à percevoir les "traités" signés tout au long de l'histoire de la construction de la fédération canadienne, notamment avec les Autochtones, comme faisant partie intégrale de l'ordre constitutionnel⁸³ ». Il poursuit : « Les traités avec les nations autochtones signifient donc autant d'inscriptions de leur existence à l'ordre constitutionnel en tant que partenaires "égaux" à l'association politique canadienne⁸⁴. » Ainsi, l'évolution multinationale du Canada passe nécessairement par cette voie du fédéralisme par traités avec les peuples autochtones.

Enfin, une troisième avenue bilatérale pertinente à mobiliser pour penser l'évolution multinationale du Canada concerne les ententes intergouvernementales et leur statut. Celles-ci représentent un nombre impressionnant d'ententes entre les divers ordres de gouvernement au Canada et constituent ainsi « un vaste de

82. À ce titre, consulter le chapitre de Martin Papillon dans le présent ouvrage.

83. Félix MATHIEU, *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes*, coll. « Politeia », Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 195.

84. *Ibid.*, p. 195.

champ de coopération entre le fédéral et les provinces⁸⁵». S'il est vrai qu'elles peuvent avoir du bon et du moins bon pour les provinces – par exemple, elles permettent au Québec de jouir de larges prérogatives en matière d'immigration⁸⁶, tout comme elles concèdent un important empiètement du gouvernement fédéral dans la compétence provinciale en santé –, il demeure que celles-ci offrent une possibilité substantielle d'accords politiques de nature asymétrique.

Néanmoins, les ententes intergouvernementales souffrent d'une importante précarité. En effet, «[p]eu encadrées, ces ententes politiques se situent pour l'instant en marge de l'ordre juridique formel⁸⁷». Ainsi, les avantages ou concessions qu'elles accordent aux provinces sont susceptibles d'être retirés à tout moment. En ce sens, comme le propose Patrick Taillon :

Une révision constitutionnelle devrait, par conséquent, être l'occasion pour le Québec et pour les autres provinces de consacrer enfin un régime juridique pour ces ententes. En obtenant un statut quasi constitutionnel ou prépondérant, c'est-à-dire un rang supralégal, mais infraconstitutionnel, celles-ci deviendraient juridiquement contraignantes et leur respect serait désormais susceptible de sanctions par les tribunaux. Les autorités fédérales ne pourraient plus alors s'en retirer unilatéralement. À terme, ce qui pour l'instant s'avère une voie précaire et souvent risquée pour promouvoir nos intérêts apparaîtrait soudainement comme un instrument juridique fiable, propre à améliorer durablement le fonctionnement du fédéralisme canadien⁸⁸.

Nous souscrivons sans hésitation à cette proposition, laquelle serait bénéfique pour la cohabitation entre partenaires nationaux au Canada.

85. Patrick TAILLON, «Réapprendre à défendre nos intérêts essentiels : quelques critiques à l'endroit de la nouvelle politique d'affirmation du Gouvernement du Québec», *Institut de recherche sur le Québec*, 2019, [à paraître].

86. F. MATHIEU et D. GUÉNETTE, préc., note 49.

87. P. TAILLON, préc., note 85.

88. *Ibid.*

CONCLUSION

La structure complexe de la Constitution canadienne a des conséquences évidentes sur le fait multinational au Canada et sur le vivre-ensemble au sein de celui-ci. En effet, plusieurs des enjeux démotiques et nationaux les plus fondamentaux de l'État canadien sont ignorés, contournés, évités ou simplement méconnus des textes constitutionnels. Si nous avons convenu précédemment que l'ambiguïté constitutionnelle peut avoir ses vertus dans une fédération multinationale – lorsqu'elle s'accompagne d'une dynamique de confiance et d'un dialogue entre les partenaires –, nous sommes d'avis que c'est pour le moment le côté conflictuel de l'ambiguïté qui prévaut en droit constitutionnel canadien. Nous avons donc proposé quelques pistes pour mettre fin au *statu quo* et susciter le dialogue entre les partenaires de l'association politique canadienne, de même que l'évolution asymétrique de cette dernière. Cette démarche propose donc *in fine* une meilleure utilisation de l'ordre constitutionnel actuellement en place au Canada, de manière à établir des rapports plus équitables entre ses partenaires constitutifs.

PARTIE 4

LA PROTECTION DES MINORITÉS ET L'INTÉGRATION
DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES AU CANADA

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et les droits linguistiques canadiens

L'effet mitigé du principe constitutionnel de protection des minorités

STÉPHANIE CHOUINARD*

Le 20 août 1998, la Cour suprême du Canada (la Cour) rendait sa décision dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (ci-après, *Renvoi*). Elle se prononçait alors sur la possibilité, pour la province de Québec, de faire sécession de façon unilatérale de la fédération canadienne, selon la Constitution et selon le droit à l'autodétermination reconnu par le droit international. Cette dernière a expliqué que, pour répondre à la première question, il fallait non seulement examiner le texte écrit de la Constitution canadienne, mais aussi effectuer « un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités¹ ». Alors que la Cour avait déjà fait allusion aux trois premiers principes constitutionnels dans d'autres renvois, notamment le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*², c'était la première fois qu'elle se prononçait sur l'existence d'un principe constitutionnel relatif au respect et à la protection des minorités. Elle mettait donc au jour une nouvelle norme constitutionnelle.

Cette nouvelle norme a par la suite refait surface dans le contexte de l'interprétation des droits linguistiques, où elle a été mobilisée pour insuffler à ces droits une interprétation large et généreuse. Vingt ans plus tard, nous constatons toutefois que la

* Professeure adjointe, Département de science politique, Collège militaire royal du Canada et Queen's University (Kingston).

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 148.
2. *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

force normative³ de ce principe constitutionnel a été mitigée par la persistance d'autres principes d'interprétation plus conservateurs eu égard aux droits linguistiques, notamment le principe du compromis politique à la base du pacte fédératif. Nous examinerons donc le principe de protection des minorités dans la jurisprudence relative aux droits linguistiques, depuis 1998, afin de souligner le manque de cohérence dans l'interprétation de ce principe en ce qui concerne les droits linguistiques.

Ce chapitre est divisé en trois parties. Dans un premier temps, nous passons en revue les principes d'interprétation des droits linguistiques mobilisés par la Cour avant 1998. Dans un deuxième temps, nous présentons le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités tel qu'il a été énoncé en 1998. Enfin, nous discuterons de la force normative du principe de protection des minorités et de son effet sur l'évolution des droits linguistiques au Canada après 1998. Nous concluons par un examen du legs du *Renvoi* de 1998 pour l'évolution des droits linguistiques⁴.

1 LES DROITS LINGUISTIQUES AU REGARD DE L'INTERPRÉTATION DE LA COUR SUPRÊME POUR LA PÉRIODE PRÉ-1998

Les premières causes en matière de droits linguistiques entendues par la Cour après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après, *Charte*) ont été *Quebec Protestant School*

-
3. Pour une discussion plus approfondie au sujet de la force normative et du processus de densification normative dans le domaine légal, nous invitons le lecteur à consulter la contribution d'Amélie Binette dans le présent ouvrage, ainsi que les nombreux travaux de Catherine Thibierge, dont Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative: naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, et Catherine THIBIERGE (dir.), *La densification normative: découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2014.
 4. Par mesure de concision, ce texte ne présente pas les faits de chaque cause étudiée, s'attardant plutôt aux normes et aux principes mobilisés par la Cour dans son interprétation des droits linguistiques invoqués. Pour une présentation plus étoffée de chaque décision, nous invitons le lecteur à consulter l'ouvrage dirigé par Michel BASTARACHE et Michel DOUCET, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

*Boards*⁵ en 1984 – où la Cour avait tranché que la loi 101⁶ était trop restrictive dans ses critères d'admission aux écoles de la minorité anglophone – et le *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*⁷ en 1985, qui avait déclaré inconstitutionnelles toutes les lois manitobaines adoptées en langue anglaise seulement. Ces deux décisions étaient basées, respectivement, sur l'objet réparateur de l'article 23 de la *Charte*, c'est-à-dire l'intention du constituant de réparer les torts historiques subis par les minorités linguistiques au pays, et sur l'égalité des langues officielles au Canada comme principes d'interprétation des droits linguistiques. En particulier, le principe de réparation permettait une interprétation généreuse des droits à l'éducation dans la langue de la minorité. De ces premières décisions a ainsi découlé le droit, pour une minorité de langue officielle, à la gestion et au contrôle de ses établissements d'enseignement.

L'approche libérale de la Cour à l'égard de l'interprétation des droits linguistiques fut toutefois différente en matière de droits judiciaires. Ces derniers sont au cœur des trois décisions de la Cour rendues en 1986 et qu'on appelle aujourd'hui la « trilogie du compromis politique⁸ ». En effet, le juge Beetz, auteur des décisions majoritaires de deux des trois décisions de la trilogie, s'inspire d'un autre principe non écrit, soit celui du compromis politique, dans son interprétation eu égard à la portée de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* (dans *MacDonald*) et de l'article 19 (2) de la *Charte* (dans *Société des Acadiens*). Son interprétation établissait que le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix par un juge ou un jury au Canada n'équivalait toutefois pas au droit d'être compris dans cette langue.

-
5. *P.G. (Québec) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.
 6. *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11.
 7. *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.
 8. Michel DOUCET, « Les droits linguistiques : une nouvelle trilogie », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 49, 2000, p. 3. Cette trilogie est formée des décisions *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Bilodeau c. P.G. (Manitoba)*, [1986] 1 R.C.S. 449; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

Sur l'effet du principe du compromis sur les droits linguistiques, le juge Beetz indique qu'

[à] la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. [...]

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques⁹.

Le principe du compromis politique ne provient pas du droit en soi et n'est pas expliqué par le juge Beetz, mais on en retracerait la genèse dans les débats entre les Pères fondateurs à l'époque de la Confédération. Selon Linda Cardinal, le compromis politique canadien prend deux formes, soit le « compromis politique entre les deux peuples fondateurs (anglais et français) et entre les provinces fondatrices (le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario et le Québec)¹⁰ ». Le compromis n'est donc pas étranger au fédéralisme. Ces deux principes sont profondément liés dans la Constitution canadienne, lien qui est aussi souligné par l'interprétation que fait le juge Beetz des droits linguistiques. Le système fédéral est l'expression d'un compromis reposant en partie sur la dimension culturelle du pacte fédératif de 1867, mais la dimension culturelle a, comme le souligne David E. Smith, « un

9. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, préc., note 8, par. 63-65.

10. Linda CARDINAL, « State Tradition and Language Regime in Canada », dans Linda CARDINAL et Selma SONNTAG (dir.), *State Traditions and Language Regimes*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 36 (traduction libre de l'auteure).

effet direct et souvent dérangentant sur la vie de l'autre fédération, soit la fédération territoriale¹¹ ».

Dans l'interprétation du juge Beetz, la dimension territoriale semble avoir préséance sur la dimension culturelle du fédéralisme. Autrement dit, le principe fédéral a inspiré le juge Beetz à interpréter les droits linguistiques comme s'appliquant symétriquement aux provinces¹². Il met premièrement les langues française et anglaise sur un pied d'égalité, pour ensuite préciser que cette égalité est territorialement structurée : le français au Québec (*MacDonald*), l'anglais dans le reste du pays (*Bilodeau, Société des Acadiens*). De cette interprétation découle une représentation du « compromis » historique de 1867 où les minorités linguistiques ne sont pas reconnues. C'est donc une version particulière de ce compromis politique fondateur qui interpelle le juge Beetz lorsqu'il interprète de façon restrictive les dispositions linguistiques de la constitution en matière judiciaire.

Or, cette trilogie du compromis politique a eu pour effet d'instituer une dynamique de la dépendance au sentier¹³, restreignant pendant plusieurs années les droits linguistiques des minorités de langue officielle au sein des provinces¹⁴, comme le confirment entre autres les arrêts *Mercury*¹⁵ et *Paquette*¹⁶.

De même, les droits linguistiques en matière d'instruction dans la langue de la minorité ont été mobilisés par la Cour à partir

-
11. David E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 128 (traduction libre de l'auteur).
 12. Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 273.
 13. Sur la dépendance au sentier, voir notamment Paul PIERSON, « Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics », *American Political Science Review*, vol. 92, n° 2, 2000, p. 251.
 14. Pierre FOUCHER, « Le juge et la gouvernance linguistique », dans Jean-Pierre WALLOT (dir.), *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2005, p. 143. Nous pensons en particulier aux décisions *Mahe v. Alberta*, (1987) 42 D.L.R. (4th) 514 ; *Commission des Écoles fransaskoises v. Saskatchewan*, (1988) 48 D.L.R. (4th) 315 ; *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, (1988) 69 Nfld. & P.E.I.R. 236.
 15. *R. c. Mercury*, [1988] 1 R.C.S. 234.
 16. *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

des années 1990. Toutefois, l'approche du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahe*¹⁷, qui fut reprise par le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba*¹⁸ – deux arrêts portant sur les droits scolaires –, révèle une prise de distance par rapport à l'interprétation du juge Beetz durant la décennie précédente. Ces décisions s'appuient en partie sur les jugements de la décennie 1980-1990 en matière de droits scolaires, reprenant certains principes d'interprétation énoncés en 1984 dans les jugements *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Rights* et *Quebec Protestant School Boards*, c'est-à-dire le caractère réparateur de l'article 23 et le fédéralisme. Le juge en chef Dickson clarifie aussi l'objet de l'article 23. Selon lui,

il vise à *maintenir les deux langues officielles* du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser *l'épanouissement de chacune de ces langues*, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada¹⁹.

Comme le soulignent Clarke et Foucher, sous la plume de Dickson, «[c]'est la dualité linguistique qui s'impose comme étant le grand objectif général expliquant l'article 23²⁰». Celle-ci va de pair avec la reconnaissance de la portée collective de ces droits. Le compromis politique, pour sa part, est mentionné dans ces deux décisions, mais de façon à nuancer sa portée restrictive par rapport à la dernière décennie. Dickson entame cette révision normative en rappelant le lien entre langue et culture :

L'article 23 est une des composantes de la protection constitutionnelle des langues officielles au Canada. Il revêt cependant une importance toute particulière à cet égard en raison du rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de

17. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

18. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839.

19. *Mahe c. Alberta*, préc., note 17, par. 25 (nos italiques).

20. Paul CLARKE et Pierre FOUCHER, *École et droits fondamentaux: portrait des droits collectifs et individuels dans l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés*, Winnipeg, Presses universitaires de Saint-Boniface, 2005, p. 39 (en italiques dans le texte original).

la vitalité linguistique et culturelle. Cet article constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme²¹.

La notion de bilinguisme était apparue dans des jugements antérieurs, mais la notion de biculturalisme, pour sa part, est nouvelle dans la jurisprudence. Le juge Dickson fait appel à maintes reprises aux rapports de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (commission Laurendeau-Dunton), notamment à la notion de culture afin d'asseoir sa lecture généreuse de l'article 23 :

L'objet général de l'art. 23 est clair: il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. [...]

Mon allusion à la culture est importante [...]. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent²².

La notion de culture est en effet primordiale dans cet arrêt. La langue n'est pas entendue par Dickson comme un simple mode d'expression; «c'est aussi pour un peuple le moyen d'exprimer son identité culturelle²³». L'expérience antérieure des écoles bilingues au Canada ayant démontré le pouvoir d'assimilation de la culture et de la langue majoritaires, cette compréhension de la notion de « culture » permet de mieux comprendre l'importance octroyée aux écoles linguistiquement homogènes pour une communauté minoritaire²⁴. Pour leur part, les écoles linguistiquement homogènes qui sont gérées par la minorité « permettent de contrer les tendances assimilatrices des communautés linguistiques majoritaires²⁵ ».

21. *Mahe c. Alberta*, préc., note 17, par. 11.

22. *Ibid.*, par. 25.

23. *Ibid.* (souligné dans le texte original).

24. Mark POWER et Pierre FOUCHER, « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 409.

25. *Ibid.*, p. 408.

Le juge en chef Dickson rappelle ensuite le caractère réparateur de l'article 23. Or, l'intention du constituant dans l'adoption des droits linguistiques contenus dans la *Charte*, selon les tribunaux, était de réparer les torts causés par le passé et de pallier l'insuffisance du système actuel. Dickson utilise ce principe d'interprétation de l'article 23 afin d'en nuancer la possibilité d'une interprétation limitée qui reposerait sur la norme du compromis politique. Il reconnaît également qu'il doit faire preuve de prudence dans son interprétation :

C'est à très juste titre que le juge Beetz invite les tribunaux à la prudence dans l'interprétation de droits linguistiques. [...] En effet, l'art. 23 confère à un groupe *un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles*. S'il y a lieu d'être prudent dans l'interprétation d'un tel article, *cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas « insuffler la vie » à l'objet exprimé ou devraient se garder d'accorder des réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet*²⁶.

Par « être prudent », Dickson veut sans doute dire que les juges doivent garder à l'esprit les obligations que cette interprétation impose aux gouvernements des provinces – obligations qui créent, entre autres, des engagements financiers.

Par contre, dans le même passage, le juge en chef Dickson atténue la force du compromis politique en tant que principe limitant la portée des droits linguistiques en faisant appel au caractère réparateur de l'article 23. Comme l'explique Pierre Foucher, « en matière scolaire, l'approche prônée [par le juge Beetz] est abandonnée. La Cour accepte de procéder prudemment, mais rejette l'idée que l'article 23 doive être interprété de façon littérale et restrictive en fonction de cette prudence judiciaire²⁷ ».

De cette évolution normative découle une interprétation selon laquelle l'article 23, bien que s'appliquant toujours à des individus (soit les parents de la minorité linguistique officielle), contient des droits ayant une portée collective. Le juge en chef Dickson rend aussi explicites les obligations de nature positive

26. *Mahe c. Alberta*, préc., note 17, par. 28 (nos italiques).

27. Pierre FOUCHER, « L'affaire Mahé: le jugement de la décennie en droits linguistiques », *Forum constitutionnel*, vol. 1, 1990, p. 10.

contenues dans l'article 23, ce qui signifie une obligation d'agir pour les gouvernements. En effet, ces derniers peuvent désormais être reconnus coupables d'inaction à l'égard de leurs minorités de langue officielle.

Cette interprétation de l'article 23 est d'ailleurs reprise par le juge en chef Lamer, en 1993, dans le *Renvoi manitobain*²⁸. Ce dernier s'inscrit dans le sillon tracé par Dickson dans son interprétation de l'article 23, rappelant la portée collective des droits linguistiques que nécessite le rapport entre langue et culture. Le juge en chef rappelle aussi les principes d'interprétation mis de l'avant par son prédécesseur dans *Mahe*, soit le caractère réparateur des droits contenus dans l'article 23, et la norme du compromis politique qui fait des droits linguistiques des droits «fondamentalement différents des autres droits garantis dans la *Charte*», et devant donc être traités avec prudence²⁹.

Toutefois, comme dans l'arrêt *Mahe*, le juge Lamer rappelle que les droits reposant sur un compromis politique doivent tout de même être interprétés de façon à leur «insuffler la vie³⁰», c'est-à-dire de façon à ce que les gouvernements respectent leurs obligations positives à l'égard de ces droits. Pour Michel Doucet, bien que cette interprétation vienne nuancer la portée du compromis politique en matière de droits linguistiques, «son effet limitatif demeurerait suspendu, comme l'épée de Damoclès, au-dessus de toute interprétation [subséquente] des droits linguistiques³¹».

Finalement, le juge en chef rappelle aussi que le fédéralisme le contraint à éviter une énonciation précise des exigences de l'article 23 dans le contexte manitobain³². Cette tâche relèvera du législateur provincial. Le *Renvoi manitobain* de 1993, sur le plan des normes mobilisées par les juges afin d'interpréter les droits linguistiques, reprend donc les avancées de Dickson en 1990 et les applique à un nouveau contexte provincial, soit celui du Manitoba. Ce renvoi montre que les juges continuent d'être guidés par les normes à la fois du compromis, du fédéralisme et de la

28. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839.

29. *Ibid.*, 851.

30. *Ibid.*, 852.

31. M. DOUCET, préc., note 8, p. 4 et 5.

32. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, préc., note 28, 842.

dualité dans leur interprétation des droits linguistiques, tout en les faisant prudemment progresser.

2 LE *RENVOI* DE 1998 ET L'ÉNONCIATION DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL NON ÉCRIT DE PROTECTION DES MINORITÉS

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, le *Renvoi* de 1998 reposait notamment sur l'analyse par la Cour de quatre grands principes constitutionnels non écrits, dont le respect des minorités. Selon la Cour, les principes constitutionnels

font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas explicitement prévus dans le texte de la Constitution. [...] Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle³³.

La reconnaissance par la Cour de principes constitutionnels non écrits ayant force de loi, c'est-à-dire pouvant à la fois interagir avec les normes écrites et les baliser, est un phénomène assez récent au Canada – la Cour ayant fait usage de cet outil juridique pour la première fois en 1985³⁴. Si la force normative des principes constitutionnels demeure ambiguë, ceux-ci peuvent néanmoins gagner en légitimité, alors que leur potentiel et leurs limites se dessinent selon l'usage qu'en feront les tribunaux. Les principes constitutionnels non écrits auxquels les juges font appel méritent donc qu'on s'attarde à la manière dont ils sont mobilisés par la jurisprudence.

Il est difficile de discuter du seul principe non écrit de protection des minorités, car, comme la Cour l'explique dans le *Renvoi*, «[c]es principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre³⁵». Afin de mieux comprendre le principe

33. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 32.

34. Jean LECLAIR, «Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles», *Queen's Law Journal*, vol. 27, 2002, p. 390.

35. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 49.

de protection des minorités, il est donc pertinent d'examiner en premier lieu ce que la Cour dit du principe fédéral dans le *Renvoi*.

La Cour présente le fédéralisme comme un principe dont l'origine remonte aux négociations en vue d'un accord « confédéral » entre les colonies britanniques, où les questions religieuses et linguistiques avaient pris une importance non négligeable, selon le récit historique rendu par les juges. Un passage en particulier du *Renvoi* est explicite à cet égard :

La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l'Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions [...]. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur « [l]a propriété et les droits civils dans la province »). La protection des minorités est ainsi réaffirmée³⁶.

Comme cette citation l'indique, le fédéralisme est directement lié au principe de protection des minorités, présenté plus loin. Pour les juges, la protection des minorités a été une condition à l'avènement de l'accord fédéral. Le fédéralisme reflète ainsi l'intention existant depuis la Confédération de « concilier unité et diversité » au sein d'un même système de gouvernement³⁷.

Or, dans le cadre fédéral, la « reconnaissance juridique de [cette] diversité des premiers membres de la Confédération » est passée par « le partage des pouvoirs entre les provinces et le fédéral³⁸ », assurant « le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence³⁹ ». Le fédéralisme « facilite la poursuite d'objectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au

36. *Ibid.*, par. 38.

37. *Ibid.*, par. 43.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, par. 58.

Québec⁴⁰». Cette représentation du fédéralisme octroie une autonomie aux majorités culturelles des provinces. Or, la présence des francophones hors Québec (FHQ) dans les provinces à majorité anglophone montre que le simple cadre fédéral circonscrit les limites de la reconnaissance de la diversité canadienne et illumine la tension entre l'autonomie des provinces et la protection des minorités. Nous y reviendrons.

Les juges traitent plus loin du principe de la protection des minorités. Ce principe interpelle directement les minorités de langue officielle, ainsi que les minorités religieuses, notamment leurs droits scolaires respectifs. Pour les juges, ce principe a aussi un ancrage dans l'histoire constitutionnelle canadienne :

Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques [...]. [L]a protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées⁴¹.

[L]a protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération [...]. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre constitution⁴².

Ce principe a donc motivé à la fois l'architecture constitutionnelle du pays, lors de sa fondation, et l'adoption de la *Charte* par le constituant, plus d'un siècle plus tard. La Cour poursuit : «Même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de

40. *Ibid.*, par. 59 (nos italiques).

41. *Ibid.*, par. 79.

42. *Ibid.*, par. 81.

compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. *Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités*⁴³.»

Le principe de protection des minorités vient donc nourrir la représentation que les juges se font du compromis politique à la base de la structure fédérale du pays. Ce compromis prend son sens dans l'histoire constitutionnelle canadienne où ont eu lieu (et continuent d'avoir lieu) des négociations relatives, d'une part, aux compétences autonomes des provinces et, d'autre part, à l'énonciation et à la mise en œuvre de mesures de protection des minorités au sein du système politique canadien. L'énonciation, dans le *Renvoi*, du principe non écrit de protection des minorités, et la filiation qu'il entretient avec les principes du fédéralisme et du compromis politique, signale la possibilité d'un changement d'interprétation important pour les interprétations subséquentes des droits linguistiques par la Cour suprême. L'énonciation de ce principe par la Cour est une innovation au potentiel prometteur pour l'avancée des droits linguistiques. Toutefois, à ce stade de l'évolution de la jurisprudence, la force normative de ce principe reste à démontrer.

3 LA MOBILISATION DU PRINCIPE DE PROTECTION DES MINORITÉS DANS LA JURISPRUDENCE DE DROIT LINGUISTIQUE

Dès l'année qui suit le *Renvoi*, en 1999, la Cour réitère le principe de protection des minorités dans l'arrêt *Beaulac*⁴⁴. Cet arrêt porte sur le droit à un procès dans la langue officielle de son choix, sans toutefois mobiliser le principe de la protection des minorités afin d'interpréter les dispositions législatives au cœur du litige. La Cour rappelle les indications énoncées dans le *Renvoi* selon lesquelles le principe constitutionnel de protection des minorités a eu une grande influence lors « des négociations qui ont mené à la Confédération⁴⁵ ». La Cour soutient que, par conséquent, « [l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être

43. *Ibid.*, par. 80 (nos italiques).

44. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 3.

45. *Ibid.*

interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada⁴⁶ ». L'arrêt *Beaulac* s'inspire de la jurisprudence proposant une interprétation libérale des droits linguistiques, renversant du même coup la décision *Société des Acadiens* de la décennie précédente, qui énonçait que les droits linguistiques reposaient sur un compromis politique, limitant donc les mêmes droits. Comme le souligne Doucet, le juge Bastarache ne laisse planer aucun doute dans *Beaulac* quant à la possibilité d'interpréter le droit linguistique pour « donner naissance à des obligations juridiques substantielles qui fixent des limites importantes à l'action ou même à l'inaction gouvernementale⁴⁷ ».

La cause *Lalonde*, pour sa part, ne s'est jamais rendue en Cour suprême. Elle mérite toutefois qu'on s'y attarde, car c'est ici que le principe de protection des minorités fut pour la première fois explicitement mobilisé dans la *ratio decidendi* de la Cour – en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario. En 2001, les juges étaient appelés à se prononcer sur la validité de la décision de la province en vue de fermer l'Hôpital Montfort. Dans la décision rendue, les juges rappellent que la *Charte* exprime l'objectif de « faire progresser l'égalité réelle des deux langues officielles⁴⁸ ». Bien que les juges s'expriment quant aux principes d'interprétation des dispositions linguistiques de la *Charte*, ils rappellent toutefois que la disposition législative protégeant Montfort face à une fermeture possible est la *Loi sur les services en français (LSF)*⁴⁹ de l'Ontario, et non la *Charte* ou la Constitution. L'Hôpital Montfort ne dispose donc d'aucune protection constitutionnelle. Au sujet de la *LSF*, les juges précisent que celle-ci avait été adoptée dans le contexte du développement des services en français dans la province, faisant écho aux dispositions de la *Charte*⁵⁰. Ils soulignent ensuite la portée collective des droits linguistiques en reconnaissant le rôle institutionnel de Montfort, rôle incluant « celui de maintenir

46. *Ibid.*, par. 25.

47. M. DOUCET, préc., note 8, p. 5 et 6.

48. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164 (Ont. C.A.), par. 90.

49. *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, c. 32.

50. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 48, par. 141.

la langue française, de transmettre la culture francophone et de favoriser la solidarité au sein de la minorité franco-ontarienne⁵¹ ».

Le principe constitutionnel de protection des minorités est ensuite mobilisé afin d'interpréter la *LSF*⁵². Selon les juges, ce principe « explique et transcende à la fois les droits des minorités expressément garantis dans le texte de la Constitution⁵³ ». Ils continuent : « Le principe structurel du respect et de la protection des minorités renfermé dans la constitution est *un principe fondamental* qui a une incidence directe sur l'interprétation à donner à la *L.S.F.* et sur la légalité des directives de la Commission touchant Montfort⁵⁴. » Autrement dit, le principe de protection des minorités est finalement incorporé au droit linguistique, mais il reste soumis à la législation existante (en l'espèce, la *LSF*). Comme le souligne Proulx,

bien qu'il n'ait pas conduit à la remise en cause de la législation ontarienne en tant que telle, vu l'absence complète de garanties linguistiques applicables à l'Ontario dans la Constitution, le principe de protection des minorités a en revanche permis à la Cour d'appel [...] d'imposer aux tribunaux une application dynamique et vigoureuse de la *Loi sur les services en français*⁵⁵.

Cette avancée dans la jurisprudence commence à mettre en lumière le potentiel important, mais aussi les limites, de l'application du principe de protection des minorités aux droits linguistiques. C'est néanmoins une innovation manifeste qui fait de *Lalonde* une décision cruciale pour notre propos, démontrant que le principe de protection des minorités ne s'applique pas seulement aux garanties linguistiques de la Constitution, mais aussi aux textes législatifs. Cette avancée a toutefois une force norma-

51. *Ibid.*, par. 71.

52. Pierre FOUCHER, « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*, Montréal, Fides, 2008, p. 467.

53. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 48, par. 114.

54. *Ibid.*, par. 125 (nos italiques).

55. Daniel PROULX, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 276.

tive moindre, puisqu'elle ne provient pas de la Cour suprême, mais d'une cour d'appel. De même, comme les prochaines décisions le montreront, elle ne deviendra pas la norme pour la mobilisation du principe de protection des minorités.

3.1 Le principe de protection des minorités dans le droit linguistique scolaire

La décennie 2000-2010 et celle qui lui a succédé ont présidé à un grand nombre de causes interprétant la portée de l'article 23. La décision *Arsenault-Cameron*⁵⁶, rendue en 2000, vient consolider les avancées de *Beaulac*, bien que le principe de protection des minorités n'y soit encore une fois pas explicitement mobilisé. Les juges énoncent en premier lieu quelques principes, les plaçant en continuité avec la jurisprudence antérieure en matière scolaire. Ils rappellent que « les droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet⁵⁷ », signalant la dualité linguistique et le caractère réparateur de l'article 23. Ils soulignent aussi la portée collective de l'article 23, en jugeant que le ministre de l'Éducation avait « restreint le droit collectif des parents des enfants d'âge scolaire⁵⁸ ».

Les juges établissent ensuite une avancée en matière scolaire en reprenant quelques principes d'interprétation énoncés dans *Beaulac*. Ils rappellent que « le fait que les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique n'est pas une caractéristique attachée uniquement à ces droits et [que] ce fait n'a aucune incidence sur leur portée⁵⁹ ». En matière scolaire, il ne sera désormais plus possible de faire appel au compromis politique dans le dessein de limiter la portée des droits linguistiques. Les juges font aussi appel à la notion d'égalité réelle, étoffant le principe d'égalité des groupes linguistiques officiels : « L'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation

56. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

57. *Ibid.*, par. 27 (souligné dans le texte).

58. *Ibid.*, par. 29.

59. *Ibid.*, par. 27.

et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle⁶⁰».

Les juges continuent toutefois d'interpréter l'article 23 à la lumière du principe fédéral. Ils maintiennent que « le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations⁶¹ », « tant [que ces pouvoirs] n'affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité⁶² ». De plus, la Cour énonce pour la première fois que les pouvoirs ministériels en matière d'éducation peuvent être limités « par le caractère réparateur de l'art. 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l'enseignement et les établissements d'enseignement de la minorité⁶³ ». La commission scolaire se voit donc officiellement octroyer le rôle de porte-parole de la communauté au niveau de la province en établissant que, « [l]orsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de satisfaire à l'art. 23, il revient à la commission, parce *qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle*, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique⁶⁴ ». Les juges poursuivent ici le travail de réinterprétation du principe fédéral à la lumière des nouvelles avancées au chapitre des droits linguistiques, notamment insufflées par le *Renvoi* de 1998 et par l'arrêt *Beaulac*.

La décision *Doucet-Boudreau*, rendue en 2003, reprend largement l'interprétation quant à la portée de l'article 23 proposée trois ans plus tôt, où le principe de protection des minorités n'était pas mobilisé. Les juges ajoutent toutefois au caractère réparateur de l'article 23 une dimension *temporelle*. Ils reconnaissent que les droits de l'article 23 « sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermoissements des gouvernements⁶⁵ » en vertu du

60. *Ibid.*, par. 31.

61. *Ibid.*, par. 52.

62. *Ibid.*, par. 53.

63. *Ibid.*, par. 44.

64. *Ibid.*, par. 43 (nos italiques).

65. *Ibid.*, par. 29.

critère variable découlant de l'exigence du nombre justificatif. Les réparations doivent donc avoir lieu sans tarder, car le risque d'assimilation augmente tant que les gouvernements ne s'acquittent pas de leurs obligations.

Les juges réitèrent aussi que «le fait que les droits linguistiques découlent d'un *compromis politique* n'a aucune incidence sur leur nature ou leur importance⁶⁶». Ils insistent sur la portée collective des droits linguistiques. Finalement, ils se réfèrent au fédéralisme pour rappeler qu'il est du devoir des juges d'accorder une réparation «tout en laissant largement au pouvoir exécutif les moyens⁶⁷» de parvenir à une réparation adéquate – en précisant qu'il est requis des gouvernements de remplir leurs obligations promptement. Un manquement à cet égard justifierait une action en justice de la part de la minorité linguistique concernée.

Dans les arrêts *Solski*⁶⁸ et *Gosselin*⁶⁹ en 2005, deux causes provenant du Québec, les principes d'interprétation mobilisés par les juges diffèrent quelque peu. D'une part, la référence au caractère réparateur de l'article 23 apparaît dans *Solski*⁷⁰, mais il est absent de *Gosselin*. Cette absence s'explique possiblement par le fait que cette cause a été amenée devant les tribunaux par des membres de la majorité linguistique au Québec.

Sur le plan de la reconnaissance de la portée collective des droits de l'article 23, un principe habituellement mobilisé dans les causes portant sur les FHQ, la décision *Solski* détonne clairement. Les juges énoncent qu'«[u]n examen attentif de la formulation de l'art. 23 révèle qu'il s'agit de droits individuels en faveur de personnes appartenant à des catégories particulières de titulaires de droits⁷¹». Comme l'observe Emmanuelle Richez, il s'agit là d'un phénomène nouveau dans l'interprétation de l'article 23, qui diffère de l'interprétation habituellement faite depuis *Mahe*, où

66. *Ibid.*, par. 27 (nos italiques).

67. *Ibid.*, par. 69.

68. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14.

69. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15.

70. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68, par. 21.

71. *Ibid.*, par. 23.

l'on reconnaissait systématiquement un aspect collectif au droit à l'instruction dans la langue de la minorité⁷².

Cela dit, les autres éléments interprétatifs mobilisés par les juges sont les mêmes dans les deux arrêts. Ils mentionnent le principe de protection des minorités, « un principe fondamental de la Constitution canadienne » à la suite du *Renvoi* de 1998⁷³, annulant l'effet limitatif du fondement des droits linguistiques dans un compromis politique. Ils rappellent aussi le principe de la dualité linguistique et l'objet réparateur de l'article 23, tels qu'ils ont été énoncés dans *Mahe*⁷⁴. Ils présentent enfin l'article 23 comme un « exemple des moyens de réaliser l'égalité réelle dans le contexte particulier des communautés linguistiques minoritaires⁷⁵ ».

Dans l'arrêt *Gosselin*, « la volonté de la majorité de protéger et de favoriser le français comme langue de la majorité au Québec⁷⁶ », celle-ci étant par ailleurs « la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada », est soulignée par les juges. La Cour rappelle, comme elle l'avait fait dans le *Renvoi* de 1998, que les majorités culturelles provinciales reçoivent une certaine protection au sein de la fédération canadienne. En 2009, les juges reprendront, dans l'arrêt *Nguyen*⁷⁷, le même type d'interprétation que celui qui avait été élaboré dans *Solski*, afin de juger de la constitutionnalité des nouvelles dispositions québécoises visant à mettre un terme au phénomène des « écoles dites "passerelles"⁷⁸ ».

En somme, *Solski*, *Gosselin*, et *Nguyen* se distinguent des jugements portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité pour les FHQ, en faisant fi de l'interprétation de ces droits en tant que droits réparateurs ayant une portée collec-

72. Emmanuelle RICHEZ, « Losing Relevance: Quebec and the Constitutional Politics of Language », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 51, 2014, p. 42.

73. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68, par. 2; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 69, par. 27 et 28.

74. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68, par. 20; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 69, par. 28.

75. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 68, par. 20.

76. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 69, par. 31.

77. *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208, 2009 CSC 47.

78. *Ibid.*, par. 36.

tive autant qu'individuelle⁷⁹. Comme le souligne Foucher, cette contextualisation de l'interprétation de la portée de l'article 23 témoigne, pour chacune des provinces, d'une ouverture des juges à une certaine forme de fédéralisme asymétrique⁸⁰. Toutefois, elle illustre aussi que la Cour peut choisir de donner au principe de protection des minorités une force normative variable selon le contexte. Dans les trois causes ci-dessus, la majorité francophone du Québec, formant une minorité dans le contexte canadien, se voit offrir une protection particulière.

Enfin, deux arrêts portant sur l'article 23 sont rendus par la Cour en 2015. Dans *Rose-des-Vents*⁸¹, la Cour n'a pas mobilisé le principe de protection des minorités; elle a plutôt discuté de ceux d'égalité et d'équivalence réelles, de l'objet réparateur de l'article 23 de la *Charte* et de l'engagement du Canada à l'égard du bilinguisme, pour enfin déterminer que la province n'avait pas rempli ses obligations constitutionnelles. L'affaire *Conseil scolaire francophone du Yukon #23*⁸² aborde, pour sa part, l'étendue des pouvoirs des conseils scolaires. Le principe de protection des minorités n'est toujours pas mobilisé, mais la Cour rappelle que « [l]e fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques⁸³ » et que les provinces sont responsables de la mise en œuvre des droits découlant de l'article 23. Les provinces peuvent décider de déléguer des pouvoirs aux conseils scolaires mais, dans la situation présente, cela n'avait pas été le cas. Force est donc de constater qu'en matière scolaire le principe de protection des minorités n'a pas été la force motrice derrière l'interprétation des juges, aussi généreuse fût-elle. Les droits collectifs qu'on retrouve à l'article 23 ont plutôt été limités par la compétence des provinces dans ce domaine, comme l'indique l'importance que la Cour octroie au fédéralisme.

79. E. RICHEL, préc., note 72.

80. P. FOUCHER, préc., note 14, p. 282.

81. *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139, 2015 CSC 21.

82. *Conseil scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, [2015] 2 R.C.S. 282, 2015 CSC 25.

83. *Ibid.*, par. 68.

3.2 LE PRINCIPE DE PROTECTION DES MINORITÉS DANS D'AUTRES DOMAINES DU DROIT LINGUISTIQUE

D'autres arrêts rendus depuis 1998 montrent que le fédéralisme a limité l'étendue des droits linguistiques des FHQ dans plusieurs domaines. Dans l'affaire *Charlebois c. Saint John (Ville)*⁸⁴, les obligations linguistiques de ladite ville, en vertu de la législation provinciale, étaient en cause. La majorité de la Cour a décidé dans cette instance que le principe d'interprétation de la cohérence interne outrepassait les principes d'interprétation des droits linguistiques. Le principe de la cohérence interne découle de la règle d'interprétation de Driedger⁸⁵, qui implique qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur⁸⁶ ». En proposant une telle lecture de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, la majorité des juges en arrivait à la conclusion que la province n'avait pas souhaité que les villes soient incluses dans les « institutions » au sens de l'article 22 de cette loi. La décision de la minorité de la Cour, pour sa part, préconisait une interprétation « selon les principes clairs exposés dans les arrêts [*Beaulac*] et [*Arsenault-Cameron*]⁸⁷ », c'est-à-dire qu'elle proposait « d'interpréter de manière téléologique les droits linguistiques de manière à promouvoir les principes d'égalité et de protection des minorités⁸⁸ ». La majorité de la Cour suprême s'était donc distancée ici du paradigme d'interprétation libérale en place depuis la fin de la dernière décennie, suggérant qu'il était possible de remettre en cause la dynamique de la dépendance au sentier, et que des reculs en matière de droits linguistiques étaient toujours possibles⁸⁹.

84. *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74.

85. Elmer A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974.

86. *Charlebois c. Saint John (Ville)*, préc., note 84, par. 10.

87. *Ibid.*, par. 30.

88. *Ibid.*, par. 36.

89. Michel DOUCET, « La Partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada* : une victoire à la Pyrrhus ou réel progrès? », *Revue de la Common Law en français*, vol. 9, 2007, p. 56; P. FOUCHER, préc., note 52, p. 479.

Par la suite, en 2008, la Cour suprême se prononce dans l'affaire *Paulin*⁹⁰, laquelle portait sur les obligations linguistiques de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) au Nouveau-Brunswick. Ces dernières ont été interprétées par la Cour à la lumière du principe de l'égalité des langues officielles, principe énoncé au paragraphe 20 (2) de la *Charte*, et de la tradition fédérale, puisque les régimes linguistiques provincial et fédéral étaient en jeu. Le juge Bastarache annonce que, « [c]omme chaque membre de la GRC est habilité par le législateur du Nouveau-Brunswick à administrer la justice dans la province, il exerce le rôle d'une "institutio[n] de la législature ou du gouvernement" du Nouveau-Brunswick, et il est tenu de respecter le par. 20 (2) de la *Charte*⁹¹ ». En l'espèce, le régime linguistique provincial, plus généreux que celui du fédéral, a donc préséance. Le principe de protection des minorités n'était pas mobilisé dans cette décision.

Dans l'arrêt *DesRochers*⁹², en 2009, la Cour doit décider si la *Loi sur les langues officielles* (LLO) donne le droit à des services de développement économique régional séparés pour la minorité linguistique. Encore une fois, le principe de protection des minorités est absent dans l'interprétation des juges. Ces derniers rappellent que la Partie VII de la LLO stipule que « le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement⁹³ », soulignant l'engagement gouvernemental à l'endroit de la dualité linguistique. La Cour renoue ici avec la « nouvelle trilogie⁹⁴ » des droits linguistiques, en « interprét[ant] ces droits de façon libérale et téléologique⁹⁵ ». Les juges expliquent ensuite que « [l]'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, doit être la norme et [que] l'exercice des droits linguistiques ne doit pas être considéré comme une demande d'accommodement⁹⁶ ». La teneur de l'éga-

90. *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 383, 2008 CSC 15.

91. *Ibid.*, par. 16.

92. *DesRochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194, 2009 CSC 8.

93. *Ibid.*, par. 18.

94. La nouvelle trilogie était formée du *Renvoi* de 1998, de l'arrêt *Beaulac* et de l'arrêt *Arsenault-Cameron*.

95. *DesRochers c. Canada (Industrie)*, préc., note 92, par. 31.

96. *Ibid.*

lité réelle peut varier et « doit être définie en tenant compte de la nature du service en question et de son objet⁹⁷ ».

Toutefois, l'égalité réelle ne veut en rien dire que l'accès à des services de qualité égale signifiera que le *contenu* de ces services sera distinct. Les juges précisent que « ce qui compte, c'est que les services offerts soient de *qualité égale*⁹⁸ », même s'« il se peut que les services [...] soient inadéquats, ou même de mauvaise qualité, et qu'ils ne satisfassent pas aux besoins de l'une ou l'autre communauté linguistique⁹⁹ ». Finalement, « le principe de l'égalité linguistique en matière de prestation de services ne signifie pas non plus qu'il doive y avoir égalité de résultats pour chacune des deux communautés linguistiques¹⁰⁰ ». Par conséquent, cette décision représente un recul par rapport à l'arrêt *Lalonde*, où le droit non seulement à un service de qualité égale, mais à une institution distincte de la majorité, avait été reconnu.

L'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*¹⁰¹, en 2013, porte pour sa part sur la possibilité de déposer des documents en français devant un tribunal de cette province. Selon le jugement majoritaire de la Cour, la province n'a jamais adopté de loi à cet effet et la langue anglaise reste la seule langue acceptée à ce jour. Le principe fédéral est mobilisé par les juges pour expliquer cette décision : « Même si elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces¹⁰². » Le jugement minoritaire, pour sa part, fait état de l'importance de « tenir compte des valeurs constitutionnelles pertinentes lorsqu'il exerce sa compétence inhérente [telle que] la protection des droits des minorités de langue officielle¹⁰³ ». Ces principes auraient dû être pris en compte par le juge de première instance dans cette

97. *Ibid.*, par. 51.

98. *Ibid.*, par. 54 (nos italiques).

99. *Ibid.*, par. 55.

100. *Ibid.*

101. *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, 2013 CSC 42.

102. *Ibid.*, par. 56.

103. *Ibid.*, par. 109.

cause afin de permettre aux parties de déposer des documents rédigés en français devant la Cour¹⁰⁴.

En 2014, la Cour entend l'affaire *Thibodeau*¹⁰⁵, une cause portant sur les obligations d'Air Canada à l'endroit de l'usage des deux langues officielles et sur la possibilité pour les tribunaux canadiens d'imposer à la compagnie des dommages-intérêts pour les passagers dont les droits linguistiques auraient été brimés. La majorité de la Cour déclare que, bien que les droits linguistiques du Canada soient des droits fondamentaux, la *Convention de Montréal*, une convention internationale des responsabilités des transporteurs aériens, ne couvre pas la langue de service. Air Canada n'aurait donc pas à payer les dommages-intérêts à la suite de manquements à ses obligations en vertu de la LLO. Le principe de protection des minorités n'est pas mobilisé dans cette décision.

Enfin, dans l'arrêt *Caron*¹⁰⁶, où la question centrale portait sur le caractère bilingue des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta, la décision majoritaire établit qu'

il ne fait aucun doute que la dualité linguistique et les droits linguistiques, en ce qui a trait au français et à l'anglais, sont profondément enracinés dans notre histoire et reflètent les principes fondamentaux que sont le constitutionnalisme et la protection des minorités. Ils appartiennent à l'essence même du Canada. Comme la Cour l'a souvent réitéré, il nous incombe de nous «efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques» [...]. Toutefois, la Cour doit également garder à l'esprit que le fédéralisme, un autre principe constitutionnel fondamental, doit reconnaître la large mesure d'«autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence» (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 58). Nous devons rester également fidèles à l'esprit et à l'objet de tous ces principes constitutionnels fondamentaux¹⁰⁷.

Les juges indiquent que la création des provinces de l'Ouest canadien reposait sur un compromis politique, et qu'en matière

104. *Ibid.*, par. 113.

105. *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340, 2014 CSC 67.

106. *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, 2015 CSC 56.

107. *Ibid.*, par. 5.

linguistique ce compromis avait mené à la création d'une province bilingue, le Manitoba, et de deux provinces unilingues, la Saskatchewan et l'Alberta. Selon la majorité, la preuve historique devant démontrer le contraire n'était pas convaincante. La Cour ajoute, citant à nouveau le *Renvoi* de 1998 :

Lorsqu'on examine les droits historiques concernant les minorités, il faut se rappeler que, même à l'époque de la Confédération, la protection des droits des minorités était considérée comme « un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle ».

Cependant, si importants soient-ils, ces principes ne peuvent pas avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution. [...]

La Cour doit donner une interprétation généreuse aux droits linguistiques constitutionnels ; elle ne doit pas en créer de nouveaux¹⁰⁸.

La décision minoritaire, pour sa part, repose sur les mêmes principes interprétatifs. Cependant, à la différence de la majorité, elle accepte la preuve historique selon laquelle la documentation de l'époque « contient une promesse de bilinguisme législatif applicable dans l'ensemble des territoires annexés en 1870¹⁰⁹ » qui aurait fait de l'Alberta et de la Saskatchewan des provinces bilingues.

En somme, en l'absence d'une preuve historique convaincante, la Cour a encore une fois donné préséance au principe fédéral. Ce faisant, elle illustre très bien la faiblesse relative, sur le plan normatif, du principe de protection des minorités.

CONCLUSION

L'examen des principes interprétatifs mobilisés par la Cour suprême en matière de droits linguistiques avant et après l'énonciation du principe constitutionnel de la protection des minorités nous permet de constater que ce dernier a nourri une interprétation libérale et généreuse des droits linguistiques. Le Tableau 1 fait état de la mobilisation des principes d'interprétation importants par les juges dans les décisions analysées ci-dessus.

108. *Ibid.*, par. 35-38.

109. *Ibid.*, par. 219.

Tableau 1 – Principes mobilisés dans les décisions de droit linguistique à la CSC

Arrêt	Année	Compromis politique	Fédéralisme	Protection des minorités
<i>Quebec Protestant School Boards</i>	1984		X	
<i>Renvoi re : Droits linguistiques au Manitoba</i>	1985		X	
<i>Bilodeau</i>	1986	X	X	
<i>MacDonald</i>	1986	X	X	
<i>Société des Acadiens</i>	1986	X	X	
<i>Ford</i>	1988		X	
<i>Devine</i>	1988		X	
<i>Mercure</i>	1988	X	X	
<i>Paquette</i>	1990	X	X	
<i>Mahe</i>	1990	X	X	
<i>Renvoi re : Loi sur les écoles publiques (Manitoba)</i>	1993	X	X	
<i>Renvoi re : Sécession du Québec</i>	1998	X	X	X
<i>Beaulac</i>	1999	X	X	X
<i>Arsenault-Cameron</i>	2000	X	X	
<i>Lalonde (Cour d'appel de l'Ontario)</i>	2001	X	X	X
<i>Doucet-Boudreau</i>	2003	X	X	X
<i>Solski</i>	2005	X	X	X
<i>Charlebois</i>	2005	X	X	*
<i>Gosselin</i>	2005	X	X	X
<i>Paulin</i>	2008		X	
<i>DesRochers</i>	2009		X	
<i>Nguyen</i>	2009	X	X	X
<i>Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique</i>	2013		X	*
<i>Thibodeau</i>	2014	X		*
<i>Caron</i>	2015		X	*
<i>Commission scolaire francophone du Yukon #23</i>	2015	X	X	
<i>Rose-des-Vents</i>	2015		X	

* Signifie que le principe a été mobilisé dans les motifs dissidents de la Cour.

La décennie 1980-1990 a été marquée par le recours aux principes du fédéralisme et du compromis politique par la Cour – ce dernier privilégiant une interprétation plus restrictive que les

autres droits de la *Charte*, comme ce fut explicité dans la trilogie de 1986. À partir des années 1990, on a vu la Cour se distancier graduellement de cette interprétation, cherchant à «insuffler la vie» aux droits linguistiques, malgré toute la prudence que commande leur interprétation. Les juges ont ainsi graduellement mis en œuvre une interprétation plus généreuse des droits linguistiques.

C'est toutefois à partir de 1998 que le principe du compromis politique se voit significativement réinterprété par la Cour, celui-ci étant maintenant compris à la lumière du principe constitutionnel de protection des minorités. La Cour est limpide à cet effet dans le *Renvoi*¹¹⁰. Les juges reconnaissent que, sans l'existence de ces droits religieux et linguistiques, les minorités qu'ils protègent auraient pu être facilement assimilées à la population majoritaire; ces droits doivent donc être renforcés, et non plus restreints, par l'interprétation judiciaire. Ainsi, c'est en partie à l'aide de ce principe non écrit que la trilogie de 1986 fut renversée par *Beaulac* en 1999.

Néanmoins, comme nous l'avons observé, le principe constitutionnel de protection des minorités n'a pas constitué une panacée pour les minorités de langue officielle. D'une part, les limites du régime fédéral, notamment la division des compétences précisée aux articles 91 à 93 de la Constitution, représentent des limites fermes aux revendications d'autonomie des minorités linguistiques, tout particulièrement en matière scolaire. La force normative du principe non écrit de la protection des minorités demeure donc en deçà des principes écrits de la Constitution, comme la Cour l'avait déjà établi dans le *Renvoi* en 1998 :

Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? [...] [L]a reconnaissance de ces principes constitutionnels [...] n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la *primauté de notre Constitution écrite*. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle¹¹¹.

110. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 80.

111. *Ibid.*, par. 53 (nos italiques).

Ces limites s'expriment clairement dans les affaires *Rose-des-Vents* et *Conseil scolaire francophone du Yukon #23*. Elles ont aussi été évoquées en matière d'affaires municipales dans *Charlebois*¹¹², en matière de développement économique dans *DesRochers* et en matière d'administration de la justice dans *Conseil scolaire francophone de Colombie-Britannique*. Les dimensions écrites du principe fédéral ont donc une force normative trompant celle du principe non écrit de protection des minorités.

De plus, lors d'un vide législatif ou d'incertitude dans l'interprétation du texte écrit ou de la documentation historique, la majorité de la Cour a été réticente à utiliser ce principe pour trancher des décisions. Ce fut notamment le cas dans les affaires *Charlebois*, *Thibodeau* et *Caron*. Dans *Charlebois*, la législation provinciale était moins limpide à l'endroit des responsabilités linguistiques municipales, et la majorité de la Cour a préféré s'en tenir à une interprétation moins généreuse des droits linguistiques. Dans *Thibodeau*, la majorité de la Cour a donné préséance à la *Convention de Montréal* plutôt qu'à la *Loi sur les langues officielles*. Dans l'affaire *Caron*, la majorité de la Cour a alimenté l'interprétation restrictive du compromis à l'ouest du Manitoba, en refusant de reconnaître une promesse de droits linguistiques découlant du régime linguistique des Terres de Rupert en Alberta et en Saskatchewan. Dans ces trois mêmes décisions, l'opinion minoritaire, plus généreuse envers les droits linguistiques, avait pourtant placé le principe de protection des minorités au cœur de son interprétation.

En somme, force est de constater que, malgré la mobilisation du principe de protection des minorités dans la jurisprudence de droits linguistiques au cours des vingt dernières années, celui-ci fait état d'une force normative somme toute inconstante dans l'interprétation qu'en a faite la Cour, à tout le moins depuis le début des années 2000. Si ces précédents sont maintenus dans de futures décisions, ce principe constitutionnel n'aura vraisemblablement qu'une portée limitée pour l'avancement des droits linguistiques canadiens.

112. L'affaire *Paulin*, pour sa part, rappelle que les provinces ont le loisir d'aller plus loin que le régime linguistique fédéral si le législateur provincial le souhaite.

Au cœur du *Renvoi sur la sécession* : l'esprit de 1948 et la protection des minorités

LOUIS-PHILIPPE LAMPRON*

*L'interprétation n'a pas plus à être vraie que fausse;
elle a à être juste.*

Jacques LACAN¹

L'interprétation joue un rôle fondamental dans toute discipline impliquant le langage. Qu'il s'agisse des méthodes d'interprétation mobilisées, des caractéristiques personnelles ou professionnelles des interprètes ou du type des données qui seront interprétées, la validité/légitimité de quelque analyse proposée par une personne ou une institution reposera sur la rigueur – et la transparence – du processus d'interprétation qui aura été utilisé pour soutenir les conclusions proposées.

L'importance de tout ce qui est associé au processus d'interprétation s'accroît sans doute de manière exponentielle dans la sphère juridique puisque certaines interprétations produiront des effets contraignants sur les citoyens et autres justiciables d'un État donné. Cet énoncé prend d'ailleurs encore plus d'acuité lorsqu'il est question de droit constitutionnel, branche du droit qui regroupe les normes supra-législatives dont dépend la capacité d'action des législateurs et des ordres de gouvernement, donc qui touche la quasi-totalité des activités pouvant être couvertes par le droit sur un territoire étatique.

En droit public canadien, les principes juridiques applicables ont le plus souvent été libellés de manière très large et imprécise,

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. Jacques LACAN, « C'est à la lecture de Freud... par Jacques Lacan », *Cahiers Cistre*, vol. 3, 1977, p. 9, à la page 16.

laissant ainsi une grande marge de manœuvre aux institutions qui ont été chargées de leur mise en œuvre : les tribunaux².

Par exemple, l'enchâssement de la liberté d'expression dans la *Charte canadienne des droits et libertés*³ ne permet pas de comprendre tous les rouages permettant à une personne croyant avoir été censurée de faire cesser cette censure et d'obtenir une réparation pour l'atteinte à son droit fondamental. Au fil du temps, et des litiges qui ont été portés devant eux, les tribunaux ont précisé les modalités d'exercice de la liberté d'expression en répondant à plusieurs questions, telles que : qui sont les bénéficiaires de cette liberté fondamentale ? Comment définir ce qu'est une « activité expressive protégée » ? Existe-t-il des actes expressifs qui ne méritent pas la protection de la liberté d'expression ? Une mesure qui restreint la liberté d'expression d'un individu doit-elle nécessairement être invalidée ou est-il possible d'en maintenir l'application dans l'espace public en vertu, notamment, de valeurs, de principes ou d'intérêts collectifs supérieurs ? Etc.

Pour toute généreuse qu'elle soit, la marge de manœuvre des interprètes du droit public canadien n'est bien sûr pas sans limites en ce qu'elle est encadrée par plusieurs règles, méthodes et principes qui ont été très largement résumés, discutés et commentés par la doctrine juridique⁴. Un des grands apports du *Renvoi relatif*

-
2. Voir notamment à ce sujet : Patrice GARANT, « Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, 1989, p. 189, et Louis-Philippe LAMPRON, « Les institutions judiciaires et le phénomène de la judiciarisation du politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. GAGNON et David SANSCHAGRIN (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, coll. « Politeia », Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 217.
 3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11] (ci-après « *Charte canadienne* »).
 4. Voir notamment : Pierre-André CÔTÉ, *L'interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009 ; Stéphane BEAULAC et Frédéric BÉRARD, *Précis d'interprétation législative*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2014 ; Luc B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill University Press, 1997, et CHAIRE LOUIS-PHILIPPE-PIGEON, *L'interprétation des textes législatifs et réglementaires*, [En ligne], [www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/procedes-dinterpretation].

à la sécession du Québec, rendu par la Cour suprême du Canada en 1998⁵, est d'ailleurs d'avoir offert de telles balises interprétatives pour les personnes et les institutions responsables de la mise en œuvre des normes constitutionnelles en droit canadien :

Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive) : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités.

[...]

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, [...] il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques⁶.

Pour la Cour suprême, ces quatre principes constitutionnels (que nous appellerons *principes sous-jacents* dans le présent chapitre) ont une valeur équivalente et « fonctionnent en symbiose ». Dans le même paragraphe, la Cour précise ensuite sa pensée en ajoutant qu'« aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher d'exclure l'application d'aucun autre⁷ ». Cette approche est très similaire à celle qui doit être suivie pour la mise en œuvre des droits et libertés de la personne, qui forment un

5. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après « *Renvoi sur la sécession* »).

6. *Ibid.*, par. 32 et 51-52.

7. *Ibid.*, par. 49. Dans le même sens, voir aussi le paragraphe 50.

ensemble de principes indivisible, interdépendant et à l'intérieur duquel il ne devrait pas exister de hiérarchie⁸.

Pourtant, on ne peut s'empêcher de sentir, dans les paragraphes où la Cour expose les «fondements et la substance⁹» de chacun des principes sous-jacents, plusieurs non-dits ayant trait au dernier des quatre principes énoncés, soit le respect des minorités. Ces non-dits, qui concernent essentiellement le type de minorité dont il est question dans le *Renvoi* et la présentation des fondements sur lesquels s'appuieraient les trois premiers principes, sont par ailleurs d'une telle importance que leur mise en lumière peut soutenir l'existence d'une hiérarchie au sein des principes sous-jacents. Cette hiérarchie inverse l'ordre d'énonciation de ces principes et fait du respect des minorités (au sens entendu par l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*) la pierre d'assise sur laquelle reposent les trois premiers principes sous-jacents.

1 ENTRE 1867 ET 1982 : DE QUELLES MINORITÉS EST-IL QUESTION DANS LE *RENVOI SUR LA SÉCESSION* ?

Toute personne intéressée par la protection des droits et libertés de la personne sera nécessairement familière avec le principe de la protection des minorités, qui jouit d'une importance primordiale dans les textes qui ont codifié les droits et libertés de la personne depuis la Déclaration universelle des droits de 1948¹⁰.

-
8. Ces principes ont été reconnus en droit international des droits de la personne dans la *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc. Off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/CONF.157 (1993) 23, [En ligne] [www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.fr] et, en droit canadien, par l'arrêt *Dagenais c. Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 72. Malgré ces clairs énoncés de principes, il est toujours possible de repérer des déséquilibres hiérarchiques matériels au sein des jurisprudences nationales en s'intéressant, notamment, à la générosité/restrictivité des critères permettant de circonscrire la portée des objets de protection consacrés par les droits et libertés fondamentaux : voir à ce sujet nos développements dans Louis-Philippe LAMPRON, *La hiérarchie des droits : convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, coll. «Diversitas», Bruxelles, Peter Lang, 2012.
 9. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 5, par. 32.
 10. *Déclaration universelle des droits*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71, [En ligne], [www.un.org/fr/documents/udhr/index.shtml] (ci-après «DUDH»).

Le traumatisme associé à la découverte des camps de concentration nazis et des exactions commises à l'encontre de plusieurs groupes minoritaires (notamment les Juifs, les Tziganes, les Polonais, les homosexuels et les personnes handicapées)¹¹ au cours de la Deuxième Guerre mondiale a en effet constitué l'un des principaux moteurs de la codification internationale des droits et libertés de la personne et mené à leur intégration progressive au sein des ordres juridiques nationaux¹². Au Canada, ces droits et libertés n'ont été intégrés à l'ordre constitutionnel qu'en 1982, après le rapatriement de la Constitution et l'incident enchâssement de la *Charte canadienne*.

Le développement de la culture des droits et libertés de la personne a contribué à offrir un nouveau point focal pour l'analyse des questions liées à la protection juridique des groupes minoritaires. Traditionnellement axé sur la question des seules minorités nationales et politiques, il est aujourd'hui commun d'aborder le sujet de la protection des minorités en ne tenant compte que des caractéristiques personnelles sur la base desquelles il est interdit de discriminer autrui : les caractéristiques qu'on retrouve au sein des dispositions qui affirment le droit à l'égalité. Vues sous cet angle, les questions liées à la protection juridique des groupes minoritaires présents au Québec (ou au Canada) ne se limitent plus seulement aux revendications et aux intérêts des Autoch-

11. Sur cette question, voir notamment : Nikolaus WACHSMANN, *KL : une histoire des camps de concentration nazis*, Paris, Gallimard, 2017, et CONSEIL DE L'EUROPE, *Victimes du nazisme : destins spécifiques*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2016, [En ligne], [edoc.coe.int/fr/enseignement-de-l-histoire/7310-les-victimes-du-nazisme-destins-specifiques-fiches-pedagogiques-pour-les-enseignants.html].

12. Les deux premiers considérants de la *DUDH* en témoignent d'ailleurs de manière éloquent :

Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme.

tones, des Canadiens anglais, des Canadiens français ou des groupes d'immigrants de certains États étrangers, mais permettent également de traiter de ceux des femmes, des membres de la communauté LGBTQ2, des personnes âgées (ou des plus jeunes), des groupes religieux, etc.

Nous l'avons souligné plus haut, le premier non-dit du *Renvoi sur la sécession* tient à la définition des minorités à laquelle le principe du « respect des minorités » fait référence. On sent en effet, tout au long du *Renvoi*, que la Cour réfère à une conception élargie des minorités, mais sans qu'elle opère de lien direct avec le droit à l'égalité qui fait partie intégrante de la Constitution canadienne depuis 1982.

Le lien étroit existant entre les dispositions qui interdisent la discrimination et la conception des « groupes minoritaires » susceptibles de bénéficier de la protection constitutionnelle aurait pourtant dû faire de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne* un pilier incontournable permettant de mieux circonscrire la portée du quatrième principe sous-jacent. En effet, contrairement aux trois premiers principes sous-jacents – le fédéralisme, le constitutionnalisme et la primauté du droit¹³ et la démocratie – sur lesquels la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a eu que peu d'effets concrets, le dernier principe a été particulièrement touché par la « révolution

13. En effet, si l'on exclut les dispositions de la *Charte canadienne* et celles relatives à la procédure de modification de la Constitution canadienne, la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas produit d'effet significatif sur la manière canadienne d'interpréter le droit constitutionnel qu'on avait déjà attribué aux tribunaux, lesquels jouissent du pouvoir d'invalider des dispositions législatives incompatibles avec des portions de la Constitution, comme le partage des compétences, depuis les débuts de la Confédération. Voir notamment à ce sujet ce que disait la Cour suprême en 1985 dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 723: « L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où l'on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot "inopérantes" signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité. »

juridique» qui a suivi l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la Constitution de 1982¹⁴.

Le problème vient, à notre sens, du contexte très particulier du cadre dans lequel la Cour suprême a choisi d'établir les quatre principes sous-jacents du droit constitutionnel canadien – contexte qui a grandement compliqué sa tâche en ce qui concerne l'articulation des fondements du principe du respect des minorités et affaibli d'autant la validité de sa démonstration.

1.1 La patate chaude de la *Charte canadienne* comme source des principes sous-jacents

Les questions au cœur du *Renvoi sur la sécession* portaient en effet sur la validité constitutionnelle d'une éventuelle démarche sécessionniste qui pourrait être mise en marche par le Québec, qui est le seul partenaire de la fédération canadienne à n'avoir toujours pas consenti à l'application de la *Loi constitutionnelle de 1982* – donc de la *Charte canadienne* – sur son territoire¹⁵. Du strict point de vue de la légitimité de l'argumentaire, la Cour suprême avait donc tout à gagner à se tourner vers les règles et les principes constitutionnels dont la reconnaissance était antérieure à la réforme constitutionnelle de 1982, avant de s'en servir pour justifier l'existence des principes sous-jacents sur la base desquels elle allait déterminer la validité constitutionnelle d'une démarche politique pouvant mener à l'accession du Québec à la souveraineté. La Cour reconnaît par ailleurs expressément que la *Charte canadienne* fait partie des changements imposés au Québec sans son consentement au paragraphe 47 de l'arrêt :

14. La «révolution juridique» qui a suivi la constitutionnalisation des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne* a été particulièrement bien résumée par la Cour suprême dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

15. Voir notamment sur cette question l'excellent ouvrage de Guy LAFORÉST, *Un Québec exilé dans la fédération*, Montréal, Québec Amérique, 2014, de même que la plus récente politique constitutionnelle adoptée par le gouvernement du Québec : SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, *Québécois : notre façon d'être Canadiens. Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Québec, 2017, [En ligne], [www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/rerelations-canadiennes/politique-affirmation.pdf].

Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. *Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶.

Si l'on comprend bien pourquoi la Cour suprême ne souhaitait pas se tourner vers l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*, il devient beaucoup plus difficile d'adhérer aux conclusions de la démarche qu'elle a suivie pour contourner cette difficulté interprétative, soit d'établir que la conception élargie des « minorités » trouvait ses racines dans les règles et principes constitutionnels existant avant 1982. Tout au long du Renvoi, la Cour tente en effet de convaincre que l'adoption de la *Charte canadienne* n'apporte pas de changements substantiels en ce qui concerne la protection constitutionnelle des minorités sur le territoire canadien. Cela est peut-être partiellement vrai si l'on ne tient compte que des minorités nationales et politiques présentes sur le territoire canadien avant 1982¹⁷, mais cette lecture est beaucoup plus difficilement défendable si l'on tient compte des nombreux groupes qui n'ont vu leurs droits (commencer à être) protégés qu'à partir de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*.

1.2 Le mythe du Canada progressiste depuis 1867

Après y avoir fait fréquemment référence dans d'autres portions du *Renvoi*, comme nous le verrons plus loin, la Cour

16. Nos italiques.

17. Quoique plusieurs arguments valables ont été avancés – et peuvent toujours être défendus – quant à un affaiblissement des droits collectifs de la majorité de la seule province francophone sur le territoire canadien qui découlerait directement de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir notamment, à ce sujet: Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation*, Québec, Septentrion, 2005; Éric POIRIER, *La Charte de la langue française: ce qu'il reste de la loi 101 40 ans après son adoption*, Québec, Septentrion, 2016, et Josée LEGAULT, *L'invention d'une minorité: les Anglo-Québécois*, Montréal, Boréal, 1992.

suprême ne réserve que quatre paragraphes à la délimitation des fondements du principe de la protection des minorités. C'est au sein des deux derniers qu'on sent le plus clairement son désir de rattacher les racines de ce principe au régime constitutionnel antérieur à 1982 :

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. *Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la Charte. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération : Renvoi relatif au Sénat, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès.* Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

*Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la Loi constitutionnelle de 1982 ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants – ancestraux ou issus de traités – des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La « promesse » de l'art. 35 comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente¹⁸.*

Se limiter à dire que le passé (1867 à 1982) du Canada « n'est pas irréprochable » en matière de protection des minorités – qu'elles soient nationales / politiques ou liées aux caractéristiques

18. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 5, par. 81 et 82 (nos italiques).

personnelles qui se trouvent au cœur de dispositions similaires à l'article 15 (1) de la *Charte canadienne* – est un violent euphémisme. Comme ce fut le cas pour plusieurs États occidentaux, de nombreux groupes minoritaires au Canada ont eu à attendre très longtemps avant de pouvoir bénéficier de protections juridiques suffisantes leur permettant de contester plusieurs désavantages systémiques ou institutionnels qu'on leur imposait dans la société.

Qu'il s'agisse des Autochtones¹⁹, des femmes²⁰, des dissidents politiques²¹, des membres de la communauté LGBTQ²²,

-
19. Qu'il s'agisse de référer à l'infâme *Loi sur les « sauvages »* (*Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, c. 18) ou à tout ce qui a été mis en lumière par le rapport de la Commission de vérité et réconciliation à l'égard des pensionnats autochtones aux XIX^e et XX^e siècles et qui a été qualifié par l'ex-juge en chef de la Cour suprême du Canada Beverley McLachlin, de « génocide culturel »: RADIO-CANADA, « Les autochtones victimes d'un génocide culturel », dit la juge en chef de la Cour suprême, 29 mai 2015, [En ligne], [ici.radio-canada.ca/nouvelle/723002/genocide-culturel-beverly-mclachlin-autochtones-premieres-nations].
 20. En plus de tous les enjeux auxquels les femmes doivent encore faire face aujourd'hui, plusieurs de leurs acquis n'ont été obtenus que plusieurs décennies après 1867. Qu'il s'agisse du droit de vote (du Manitoba en 1916 au Québec, dernière province à l'avoir accordé aux femmes en 1940) ou du simple droit d'accès à différents corps de métiers (l'arrêt *Langstaff c. Bar of the Province of the Province of Quebec*, [1915] 25 B.R. 11 avait confirmé la légalité de l'interdiction d'accès au Barreau du Québec qu'on imposait aux femmes; le Barreau du Québec ne décidera d'admettre les femmes qu'en 1941: BARREAU DE QUÉBEC, *Les femmes et le Barreau*, [En ligne], [barreaudequebec.ca/barreau-de-quebec/historique/les-femmes-et-le-barreau/]. Dans le même sens, dans l'arrêt *Muir-Edwards c. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124, le Conseil privé avait renversé un arrêt de la Cour suprême du Canada qui avait confirmé une interprétation de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui empêchait la nomination de femmes au Sénat canadien), le respect de l'égalité entre les femmes et les hommes ne remonte certainement pas à la *Loi constitutionnelle de 1867*.
 21. Qu'on pense notamment à la *Loi du cadenas* (*Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, S.Q. 1937, c. 11), adoptée par le gouvernement Duplessis et ayant notamment pour objectif de lutter contre l'émergence de groupes syndicaux, ou aux arrestations de masse, fondées sur l'expression de convictions politiques, ayant suivi l'adoption de la *Loi sur les mesures de guerre* en 1970 par le gouvernement fédéral de Pierre Elliott Trudeau.
 22. La sodomie était considérée comme un crime au Canada à l'adoption du *Bill omnibus C-150*, le 14 mai 1969, et le motif de l'orientation sexuelle n'a

des membres de minorités religieuses²³ ou des immigrants et immigrantes²⁴, l'analyse du corpus jurisprudentiel antérieur à 1982 est bien loin de permettre d'entériner l'affirmation de la Cour suprême selon qui les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* se sont appuyés sur une « longue tradition de respect des minorités, qui [serait] au moins aussi ancienne que le Canada ». Même l'entrée en vigueur de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*, en 1985²⁵, n'a pas instantanément fourni aux membres de ces groupes minoritaires tous les outils dont ils disposent aujourd'hui, puisque la jurisprudence en matière de discrimination a pris plusieurs années – voire plus d'une décennie – avant d'arriver à un niveau de stabilité suffisant²⁶.

été reconnu comme un motif analogue protégé par l'article 15 (1) de la *Charte canadienne* qu'en 1995, dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. C'est d'ailleurs sur la base de cette reconnaissance que la Cour suprême du Canada a établi que toute loi protégeant le droit à l'égalité devait aussi interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans son célèbre arrêt *Vriend c. Alberta*, préc., note 14.

23. Ce n'est que quelques années après l'adoption de la *Charte canadienne*, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, que la Cour suprême a confirmé que le législateur fédéral ne pouvait plus avoir recours à sa compétence en matière criminelle pour adopter des lois ayant pour objectif de faire respecter des éléments essentiels du dogme religieux de la majorité: le christianisme.
24. La jurisprudence antérieure à l'adoption de la *Charte canadienne*, en 1982, est truffée de cas où les droits de minorités ont été foulés aux pieds, notamment l'arrêt *Loew's Theatres c. Reynolds*, (1921) 30 B.R. 59 (discrimination raciale tolérée dans un établissement privé); *Whitfield c. Canadian Marconi Co.*, [1968] B.R. 92 (discrimination raciale intégrée à un contrat de travail); *Homma c. Cunningham*, [1903] A.C. 151 (négation du droit de vote sur la base de l'origine ethnique) ou *Quong-Wing c. La Reine*, [1914] 49 R.C.S. 440 (interdiction législative faite aux femmes blanches de travailler pour des employeurs asiatiques).
25. Le droit à l'égalité est en effet entré en vigueur trois ans après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, tel qu'il était prévu à l'alinéa 32 (2) de la *Charte*.
26. La jurisprudence relative aux dispositions protégeant le droit à l'égalité a sans doute fait l'objet des plus importants attermoissements depuis l'entrée en vigueur de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*, en 1985. Entre autres exemples de cette lente évolution vers la stabilité, mentionnons les distinctions entre discrimination directe et indirecte pour l'application de l'accommodement raisonnable (qui n'ont été abandonnées qu'en 1999 dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations*

Pour appuyer cette thèse, la Cour élargit, à plusieurs endroits dans le *Renvoi*, la portée de dispositions concernant exclusivement les droits et privilèges accordés aux membres des deux peuples fondateurs reconnus à l'époque, soit les anglo-protestants du Haut-Canada et les franco-catholiques du Bas-Canada. Au paragraphe 38 du *Renvoi*, elle fait un lien clair entre la Conférence de Québec de 1864 et les «garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement [...] et indirectement» et la réaffirmation du désir des Pères fondateurs de protéger les minorités. Même procédé au paragraphe 41, où la Cour résume les changements apportés au projet de Constitution en 1866 où l'on «accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'école confessionnelle» (nos soulignés).

La Cour résume par ailleurs ses extrapolations à ce sujet dans le premier des quatre paragraphes réservés au principe de la protection des minorités, lorsqu'elle écrit :

Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles *protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités*. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. [...]

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-

Commission) c. *BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3), les variations quant au rôle de l'article 15 (2) en ce qui concerne la contestation de programmes d'accès à l'égalité (ou de discrimination positive: *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483) ou les tribulations concernant la détermination du groupe de comparaison devant servir à faire la preuve d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle (l'approche restrictive n'a été abandonnée que dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396).

tend notre ordre constitutionnel. *Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la Charte relatives à la protection des droits des minorités*²⁷.

Il faut le rappeler, malgré les extrapolations donnant à penser que les racines de « l'esprit de 1948²⁸ » se trouvent dans un texte comme la *Loi constitutionnelle de 1867*, les seules « minorités » visées par les dispositions auxquelles fait référence la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession* pour démontrer le « désir des Pères fondateurs de protéger les minorités » sont les Canadiens anglais et les Canadiens français, soient les deux seuls « peuples fondateurs » reconnus au moment de la Confédération de 1867 (à l'exclusion des nations autochtones). Ainsi, la très large conception des minorités protégées par le quatrième principe constitutionnel sous-jacent ne peut donc tirer sa source que de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*, indépendamment des efforts rhétoriques de la Cour suprême pour nous convaincre du contraire. Et la protection de ces mêmes minorités, nous le verrons au cours des pages qui suivent, constitue par ailleurs le fondement principal sur lequel s'est fondée la Cour suprême pour justifier l'existence des trois premiers principes sous-jacents qu'elle a établis dans le *Renvoi sur la sécession*.

2 LA PIERRE D'ASSISE DES PRINCIPES SOUS-JACENTS

La Cour suprême consacre 33 paragraphes du *Renvoi sur la sécession* à définir les « fondements et la substance » des principes constitutionnels sous-jacents et n'en réserve que quatre pour celui de la protection des minorités, dernier des principes à faire l'objet d'une analyse. Si on le compare avec les trois autres, le court développement consacré au principe de la protection des minorités peut raisonnablement donner l'impression que l'ordre d'énonciation des principes sous-jacents témoigne de leur importance relative en droit constitutionnel canadien. Le politologue

27. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 5, par. 79-80 (nos italiques).

28. En référence à l'année où la *DUDH* a été adoptée par les Nations unies et à la très large place qu'elle accorde à la protection des groupes minoritaires qu'on peut définir sur la base de caractéristiques personnelles (voir *supra*, section 1).

Guy Laforest semblait d'ailleurs soutenir cette analyse lorsqu'il écrivait :

Il y a quelques années, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada avait identifié le fédéralisme comme étant le premier d'une série de principes formant les piliers de l'édifice juridique, politico-constitutionnel du Canada (les autres principes étant la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des droits des minorités). Sous l'influence du juge Lamer, la Cour avait même pris des accents lyriques, comparant le fédéralisme à cette célèbre étoile qui avait guidé les rois mages sur le chemin de Bethléem. Pour qui savait lire, il fallait comprendre que pour la Cour le fédéralisme avait été incontournable au temps de la fondation du Canada en 1867 et que, dans l'avenir, les gouvernements étaient invités pour respecter la Constitution à faire des lois très respectueuses de l'importance de ce principe²⁹.

Mais il nous semble qu'une analyse approfondie du *Renvoi sur la sécession* tend à démontrer qu'au-delà des quatre paragraphes officiellement consacrés au principe de la protection des minorités il s'agit du principe auquel la Cour fait le plus fréquemment référence dans l'arrêt, en particulier dans les passages où elle décrit les fondements et la substance des trois premiers principes constitutionnels sous-jacents.

2.1 Le fédéralisme

Il paraît indéniable que la *Loi constitutionnelle de 1867* a établi un système politique fédéral visant le partage (plus ou moins égalitaire) des pouvoirs entre les partenaires de la fédération canadienne et le gouvernement central. Pour la Cour suprême, les principaux avantages du système politique fédéral de 1867 – en particulier si on le compare au système politico-juridique qui avait été mis en place par l'*Acte d'Union* en 1840³⁰ – sont liés à la protection de la minorité canadienne-française au Canada :

29. Guy LAFOREST, *Pour la liberté d'une société distincte*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 291. Dans le même sens, voir aussi les pages 254 et 266-267 de l'ouvrage de Laforest.

30. La Cour affirme, au paragraphe 59 du *Renvoi sur la sécession*, préc., note 5, que, « tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* [...] avait été insatisfaisante ».

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. [...]

*Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte*³¹.

Non seulement le respect des droits de la minorité canadienne-française constitue le principal avantage auquel fait référence la Cour suprême dans les paragraphes qu'elle consacre au principe du fédéralisme, mais elle reconnaît également que l'adoption de la *Charte canadienne* – et des dispositions qui consacrent l'élargissement du type de minorités protégées par la Constitution canadienne – a sans doute amoindri l'importance du principe fédéral en droit constitutionnel canadien :

Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement* [1981] 1 R.C.S. 753], aux p. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était « le principe dominant du droit constitutionnel canadien ». *Il se peut que, depuis l'adoption de la Charte [canadienne], cette affirmation ait moins*

31. *Ibid.*, par. 58 et 59 (nos italiques).

*de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution*³².

Le constat que fait la Cour suprême en ce qui concerne l'influence de la *Charte canadienne* sur le poids hiérarchique du principe de fédéralisme est bien loin d'être négligeable: de «principe dominant en droit constitutionnel canadien», le fédéralisme est en effet relégué au simple statut de «thème central dans la structure de notre Constitution». Ce clair déclassement hiérarchique, comme nous le verrons au cours des prochaines pages, s'explique en grande partie par toute la place occupée par le principe de protection des minorités associées à une caractéristique personnelle protégée par l'alinéa 15 (1) de la même charte depuis 1982 en droit constitutionnel canadien.

2.2 La démocratie

C'est sans doute dans les paragraphes consacrés à la démocratie qu'on sent le plus l'influence de «l'esprit de 1948» au sein du *Renvoi sur la sécession*. En effet, la codification internationale des droits et libertés de la personne a consacré, depuis 1948, une véritable refonte du pacte démocratique sur lequel les sociétés libérales se sont construites. La reconnaissance du statut supra-législatif des droits et libertés de la personne repose spécialement sur cette idée que les majorités peuvent – pour l'avoir déjà fait dans le passé – abuser de leurs privilèges eu égard aux membres de différents groupes minoritaires qui coexistent avec elles sur le territoire d'un État donné. Depuis 1948, la légitimité d'action d'un gouvernement démocratique dépendra donc du degré de protection que ce dernier accordera aux membres des groupes minoritaires, étant entendu qu'en principe les majorités démocratiques ne peuvent plus se fonder sur leur simple statut de groupe majoritaire pour justifier l'imposition de désavantages aux groupes protégés par les dispositions qui protègent le droit à l'égalité.

De manière tout à fait cohérente avec l'esprit de 1948 (et beaucoup moins avec celui de 1867), la Cour reconnaît ainsi que le

32. *Ibid.*, par. 57 (nos italiques).

principe constitutionnel sous-jacent de démocratie ne se résume pas à la simple règle de la « majorité qui décide » :

Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. [...] « [L]e modèle canadien », selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est « une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective. » *Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés – notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones – se poursuivent avec un certain succès jusqu'à ce jour.*

[...]

L'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d'une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. [...] Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. *La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule « volonté souveraine » ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles*³³.

Dans le même sens, notons par ailleurs que la Cour suprême se fonde sur l'arrêt *Oakes* pour appuyer l'idée selon laquelle le principe de démocratie doit être entendu de manière plus large que la simple règle de la majorité³⁴. Cela est bien loin d'être

33. *Ibid.*, par. 66 et 67 (nos italiques).

34. *Ibid.*, par. 64 :

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte [canadienne]*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136) :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

négligeable en ce que l'arrêt *Oakes* est l'un des premiers qu'elle a rendus en lien avec la mise en œuvre de la *Charte canadienne* et sans doute l'un des plus emblématiques de la «révolution juridique et judiciaire» qui a découlé de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution canadienne en 1982. C'est cette révolution qui, faut-il le rappeler, a permis aux tribunaux canadiens d'entrer «en dialogue avec les législateurs³⁵», fédéral et provinciaux, en ce qui concerne un très vaste éventail d'enjeux moraux et politiques liés aux objets de protection des libertés et droits fondamentaux.

En raison de sa grande proximité avec «l'esprit de 1948», il est donc clair que la protection des minorités est le principe constitutionnel clé sur lequel s'appuie la Cour suprême pour définir le type de démocratie qui constitue le second principe constitutionnel sous-jacent qu'elle établit dans le *Renvoi sur la sécession*.

2.3 Le constitutionnalisme et la primauté du droit

Le principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit renvoie quant à lui aux mécanismes procéduraux permettant d'assurer, notamment, le respect de la conception «élargie» de la démocratie; conception sur laquelle la Cour prend d'ailleurs bien soin de revenir au paragraphe 76 de cette section :

Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom

35. Pour reprendre la désormais célèbre métaphore des constitutionnalistes Hogg et Bushell, sur laquelle la Cour suprême s'est fréquemment fondée pour justifier l'élargissement des pouvoirs de contrôle judiciaire liés à la mise en œuvre des dispositions de la *Charte canadienne*: Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75. S'agissant d'arrêts où la Cour fait précisément référence à la théorie du dialogue pour appuyer la légitimité du contrôle constitutionnel post-1982, voir notamment les arrêts *Vriend c. Alberta*, préc., note 14; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 et *Corbière c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les « lient » non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société³⁶.

Ainsi, bien que ce principe constitutionnel sous-jacent renvoie directement à la *Magna Carta* de 1215 et à la reconnaissance de la séparation des pouvoirs gouvernementaux et judiciaires (à travers le principe de l'*Habeas corpus* qui a été littéralement arraché des mains du roi d'Angleterre de l'époque), c'est une fois encore vers la protection des minorités que la Cour suprême se tourne pour convaincre de son importance en droit constitutionnel canadien :

Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif

36. Nos italiques.

pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires³⁷.

La Cour suprême a raison d'affirmer que les trois raisons qu'elle fournit pour justifier le fondement du principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit «se chevauchent»: leur point commun est très clairement lié à la question de la protection des minorités – tant nationales/collectives que celles qui sont liées à l'une des caractéristiques personnelles qu'on retrouve énumérées à l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*.

CONCLUSION

La mise en lumière de la prépondérance du principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités au sein du *Renvoi sur la sécession* est tout à fait cohérente avec celle que la jurisprudence constitutionnelle lui accorde actuellement en droit canadien des droits et libertés de la personne. Au-delà des nombreux arrêts et énoncés de principes à partir desquels les tribunaux, en particulier la Cour suprême du Canada, rappellent l'importance cruciale des dispositions similaires à l'article 15 (1) de la *Charte canadienne* sur le territoire canadien³⁸, il faut également rappeler que la reconnaissance des «différences individuelles» constitue sans doute la seule «incarnation juridique» que la Cour suprême a fait découler de l'article 27 de la même *Charte*, qui consacre le «patrimoine multiculturel des Canadiens». Comme la juge Abella l'écrivait pour la majorité dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*, un arrêt qui ne concernait d'ailleurs absolument pas la *Charte canadienne*:

Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par

37. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 5, par. 73-74.

38. Les derniers en lice étant sans doute les arrêts *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c. Caron*, 2018 CSC 3 et de la dilogie *Trinity Western: Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32 et *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33.

son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré celles-ci – est devenu un élément déterminant de notre caractère national³⁹.

Il serait intéressant de vérifier si l'élargissement des minorités auxquelles la Cour fait implicitement référence dans le *Renvoi sur la sécession* – qui permet de toucher autant les minorités nationales/collectives que celles qui sont concernées par des caractéristiques personnelles protégées par les dispositions qui interdisent la discrimination – ne prend pas la forme d'une subsumation de la deuxième conception au détriment de la première. Autrement formulé, les groupes minoritaires protégés par les dispositions protégées par l'article 15 (1) occupent-ils dorénavant une place si importante dans la jurisprudence canadienne qu'ils tendent à ne plus laisser d'espace vital aux groupes collectifs visés par la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'il conviendrait dorénavant de ne traiter qu'à travers la lognette de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne*? Une telle dérive, si elle en venait à se confirmer, serait à notre sens un signe de rupture au sein du fragile équilibre qui doit nécessairement être préservé entre droits collectifs et droits individuels au sein de toute société⁴⁰.

39. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 1.

40. Sur cet équilibre fragile et nécessaire, voir ces deux excellents ouvrages de Michel SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance: une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal, Boréal, 2008, et *La nation pluraliste. Repenser la diversité religieuse au Québec*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2018 (co-écrit avec Jérôme GOSSELIN-TAPP).

L'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien

GÉRARD BOUCHARD*

Dans ce chapitre, je souhaite revenir sur certaines questions que j'ai abordées dans un livre que j'ai publié récemment à propos de l'interculturalisme québécois¹. En particulier, je vais mettre en relief quelques points qui me semblent incontournables pour bien comprendre ce qu'est l'interculturalisme. J'aimerais aussi apporter des clarifications pour mieux distinguer l'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien, et ce, tant sur les plans théorique que pratique. Enfin, ce faisant, j'aborderai également d'autres enjeux, notamment l'importance de tenir compte de l'évolution des débats sur le pluralisme, sans négliger le contexte dans lequel ils inscrivent.

1 L'INTERCULTURALISME VU DU QUÉBEC

1.1 Une forme de pluralisme

Tout d'abord, l'interculturalisme est une forme de pluralisme. Cette philosophie ou orientation fondamentale, comme nous le savons, est partagée par d'autres modèles qui en propo-

* Historien et sociologue, professeur émérite de l'Université du Québec à Chicoutimi. Nous remercions Edinburgh University Press de nous avoir accordé la permission rendre disponible ce chapitre à un lectorat francophone. Ce texte a été publié pour la première fois sous le titre «Quebec Interculturalism and Canadian Multiculturalism», dans Nasar MEER, Tariq MODOOD et Ricard ZAPATA-BARRERO (dir.), *Multiculturalism and Interculturalism. Debating the Dividing Lines*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 2016, p. 77. Traduit de l'anglais vers le français par Jean-Charles St-Louis. Sa réimpression au sein de ce collectif permet de mieux situer l'évolution des débats qui portent sur le vivre-ensemble et les rapports entre majorité et minorités au Québec et au Canada.

1. GÉRARD BOUCHARD, *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012.

sent une application particulière². Je dirais donc que le multiculturalisme et l'interculturalisme sont deux expressions différentes du pluralisme. Ceci va à l'encontre d'une opinion courante qui fait du pluralisme une prérogative, voire un synonyme du multiculturalisme.

Essentiellement, selon ma conception, le modèle de l'interculturalisme fait la promotion de :

- la protection des droits civils, particulièrement des droits des minorités, ainsi que la pratique d'accommodements raisonnables ;
- une conception fluide des cultures minoritaires, de manière à ce que leurs membres, tout comme ceux de la majorité, ne soient pas enfermés dans un carcan ethnique ;
- l'expression libre des religions dans la sphère publique (ce qui inclut le droit pour les employés de l'État de porter des signes religieux) ;
- la nécessité de diverses formes d'appui aux minorités (par exemple, un enseignement dans leur langue) de façon à ce que leur culture puisse être perpétuée si leurs membres le souhaitent ;
- la construction d'une mémoire nationale qui reflète la diversité de l'ensemble de la société ;
- la formation d'une identité nationale comme un processus qui se nourrit des cultures majoritaire et minoritaires.

1.2 Le cadre national

J'inscris ma conception de l'interculturalisme dans le cadre de l'État-nation (sans exclure l'importance des ensembles infra et transnationaux). On notera que c'est le cas de la plupart des modèles de gestion de la diversité. Ce choix est justifié par le fait qu'au Québec, comme dans la plupart des nations ou pays, les mécanismes qui régissent la gestion de la diversité opèrent

2. Cela vaut aussi, par exemple, au sein de l'Union européenne, comme le montre l'énoncé de politique adopté en 2004 et qui mettait en valeur l'intégration comme processus bilatéral, l'accès au marché de l'emploi pour tous, une connaissance de base de la société d'accueil, la liberté de religion, la participation à la vie civique, etc.

au niveau ou au sein de l'État-nation: pensons aux politiques d'immigration et d'intégration, aux cursus scolaires, à l'octroi de la citoyenneté, à la protection des droits, à la promotion d'une langue commune, à la construction de l'identité et de la mémoire, au choix d'un régime de laïcité et à l'ensemble des procédures judiciaires qui encadrent le règlement des conflits suscités par les rencontres entre cultures. Même au sein de l'Union européenne, les États membres exercent encore des pouvoirs importants dans ces domaines³.

1.3 Les traits les plus distinctifs de l'interculturalisme québécois

Plus précisément, dans l'esprit de la Charte de la langue française (mieux connue sous le nom de la loi 101, une mesure dont la légitimité a été reconnue par la Cour suprême du Canada), l'interculturalisme québécois établit le français comme langue officielle de la vie publique. Le modèle met aussi l'accent sur l'intégration (à ne pas confondre avec l'assimilation), particulièrement l'intégration des nouveaux arrivants, comme un processus bilatéral, réciproque, qui confère une responsabilité conjointe à la majorité et aux minorités ethnoculturelles. Cette responsabilité partagée a pour buts de s'assurer que a) les immigrants sont inclus politiquement, socialement et économiquement (particulièrement sur le marché de l'emploi) et b) qu'ils se voient offrir les moyens d'apprendre la langue publique et d'adopter les valeurs de base de la société d'accueil telles qu'elles sont inscrites dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Dans le cas du Québec, il s'agit principalement de l'égalité civique et sociale (incluant l'égalité des genres), de la démocratie, de la liberté d'expression, de la justice sociale et de la non-violence.

3. Selon le politologue Guy LAFOREST, «Québécois: notre façon d'être Canadiens. Corriger une incohérence de la Commission Bouchard-Taylor», [En ligne], [guylaforest.wordpress.com/2017/06/12/quebecois-notre-facon-detre-canadiens-corriger-une-incoherence-de-la-commission-bouchard-taylor/], il vaudrait mieux définir l'interculturalisme à l'échelle canadienne, en accord avec une philosophie plurinationale. L'idée vaut sans doute d'être explorée, mais elle exige un effort complexe de redéfinition en profondeur dont les coordonnées sont pour l'instant difficiles à imaginer.

À l'échelle microsociale, celle de l'interculturalité, le modèle encourage les échanges et les interactions comme moyens de faciliter l'intégration, d'activer la diversité en tant que ressource collective, de favoriser la confiance mutuelle, mais aussi de lutter contre les stéréotypes qui, on le sait, engendrent le racisme, l'exclusion et la discrimination. Ce faisant, les interactions aident à rendre les frontières ethnoculturelles plus poreuses. Elles sont essentielles également au développement d'une culture commune dans l'espace civique, à savoir une langue et un ensemble de valeurs, de codes culturels et de symboles partagés.

La mise en œuvre de l'interculturalisme est une responsabilité collective et, par conséquent, il doit être instauré à différents échelons : l'État, les municipalités et autres organismes publics et les institutions privées. Il doit aussi pénétrer la vie des quartiers et des communautés.

Finalement, un aspect central du modèle tient dans la prise en compte du rapport majorité/minorités. Cette forme de dualité est particulièrement accentuée au Québec, où elle s'ancre dans l'imaginaire national. L'une des raisons est que la culture de la majorité francophone est elle-même minoritaire en Amérique du Nord. Le sentiment collectif de fragilité culturelle est une constante de l'histoire du Québec, de même que celui de devoir lutter pour l'avenir de la francophonie. Conséquemment, la présence de non-francophones au Québec nourrit une conscience vive du rapport majorité/minorités. Une autre raison vient de ce que le Québec a été longtemps une colonie britannique et que, depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle, sa population a inclus une puissante minorité anglophone⁴. L'histoire récente a montré que tout modèle qui ferait fi de cette dualité serait voué à l'échec. Cela explique, par exemple, pourquoi le multiculturalisme canadien est d'emblée apparu comme inadapté au contexte québécois.

Il importe de souligner que l'interculturalisme, par lui-même, ne crée pas ni ne fait la promotion du rapport majorité/minorités. Comme modèle, il est seulement conçu de manière à prendre en

4. Aujourd'hui, les Québécois qui ont le français comme langue maternelle comptent pour environ 80 % de la population du Québec, ce qui représente 2 % de la population de l'Amérique du Nord.

compte et à arbitrer cette dualité une fois qu'elle a pris forme. S'il arrivait que cette structure disparaisse, le modèle devrait alors s'adapter, mais il pourrait survivre à l'échelle microsociale, celle de l'interculturalité et des relations interpersonnelles. Le but de l'interculturalisme est de s'assurer que la dualité est vécue d'une manière décente, en accord avec les exigences du pluralisme, de manière à prévenir la discrimination, les tensions et les conflits.

De ce qui précède, on pourrait conclure que, dans l'intérêt du pluralisme, l'interculturalisme devrait aussi se donner comme priorité d'éliminer le rapport majorité/minorités, sous prétexte qu'il risque de nourrir et de durcir un clivage nous/eux préjudiciable aux minorités. En fait, cette question est plus compliquée qu'il n'y paraît. Sans doute, dans certaines sociétés, les minorités sont créées par les majorités en vertu d'une stratégie de domination et d'exclusion. La dualité est alors clairement dommageable et elle devrait être éliminée. Dans plusieurs cas cependant, la majorité et les minorités existent en raison de la volonté de leurs membres respectifs de perpétuer leur culture et leur identité. Et c'est un choix qui doit être respecté précisément au nom du pluralisme.

De toute évidence, on ne doit pas exclure la possibilité de diverses formes intensives d'échange et de métissage. Ainsi, on s'attend à ce qu'à long terme le rapport de dualité perde de son emprise si une culture commune substantielle se développe. Mais, encore une fois, il subsistera si c'est le choix des citoyens concernés. C'est ce que j'appelle le paradoxe du pluralisme, qui invite à la fois à supprimer et à préserver la dualité.

Cela dit, l'interculturalisme se montre particulièrement sensible aux rapports de pouvoir. Il est clair que la dualité peut recouvrir des inégalités sociales et une domination des minorités par la majorité. On pourrait y voir une carence de l'interculturalisme, mais c'est précisément le contraire. Dans toutes les sociétés, de manière ouverte ou dissimulée, les majorités tendent à utiliser leur pouvoir aux dépens des minorités. C'est donc un des avantages du modèle que de mettre les rapports de pouvoir au premier plan plutôt que de les occulter.

2 LA QUESTION DE LA NEUTRALITÉ CULTURELLE DE L'ÉTAT : UN PLAIDOYER POUR UN INTERVENTIONNISME CONTRÔLÉ

En principe, il semble aller de soi que les sociétés démocratiques et libérales devraient être culturellement neutres. Il s'agit incontestablement d'un idéal très noble. Comme nous le savons, ce principe radical, qui interdit au gouvernement d'intervenir dans la définition et la promotion d'une morale publique ou d'une conception de la « vie bonne », prend racine dans la philosophie libérale de John Locke, de John Stuart Mill et d'Emmanuel Kant. Au cours des années 1970 et 1980, des auteurs comme Rawls⁵, Ackerman⁶, Dworkin⁷ et d'autres s'en sont fait les défenseurs. D'après cette théorie, il reviendrait uniquement aux individus, libres et autonomes, de cultiver les valeurs de leur choix, à l'abri de l'intervention de l'État ou de ses substituts.

Cependant, on constate qu'il n'existe pas d'État culturellement neutre. Il est plus réaliste d'affirmer qu'un État devrait être aussi neutre que possible⁸, car en pratique, un État ne peut pas être neutre et il n'est pas souhaitable qu'il le soit. Considérons d'abord le fait que même les États réputés les plus « civiques » ne sont pas neutres. Ils interviennent constamment d'une manière partielle dans la vie culturelle. Voici quelques exemples tirés de la sphère religieuse :

- La Suisse conserve une référence à Dieu dans sa Constitution ;
- Il y a une référence à la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* ;

5. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

6. Bruce A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980.

7. Ronald DWORKIN, « Liberalism », dans *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 181.

8. C'est plus ou moins le point de vue exprimé par Daniel WEINSTOCK, « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », dans Ronan LE COADIC (dir.), *Identités et démocratie. Diversité culturelle et mondialisation. Repenser la démocratie*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 365.

- Chaque année, le gouvernement canadien tient sous ses auspices un rituel appelé le «petit déjeuner de prière» (*Prayer Breakfast*) au cours duquel se rassemblent des élus, des membres du Sénat, des juges de la Cour suprême et des ministres, afin d'invoquer «le Dieu tout-puissant», de «demander au Très Haut force et sagesse, de manifester notre foi et renouveler notre dévouement et celui de notre nation à Dieu et à ses œuvres», le tout «dans l'esprit de Jésus le Christ⁹»;
- Aux États-Unis, la religion, et plus particulièrement le protestantisme, constitue une part importante des discours et des rituels de l'État;
- La France, à l'encontre de sa propre loi, refuse de reconnaître officiellement l'Islam comme elle le fait pour les autres confessions, bien que cette religion soit la deuxième en importance au pays;
- La Belgique subventionne les écoles catholiques, mais elle est beaucoup moins enthousiaste à l'idée de financer les écoles musulmanes;
- L'Église anglicane représente encore la religion officielle de l'Angleterre, et en avril 2014, le premier ministre David Cameron a invoqué le caractère chrétien de la Grande-Bretagne;
- Outre l'Angleterre, plusieurs pays démocratiques conservent une religion d'État ou reconnaissent dans leur constitution une religion dominante (par exemple, le Danemark, la Grèce, l'Irlande ou la Pologne).

Ces cas devraient être considérés comme des formes illégitimes d'interventionnisme étatique (ou de non-neutralité) puisqu'on n'y trouve pas de justification légitime soit pour léser, soit pour privilégier une religion. En revanche, d'autres formes d'interventionnisme sont non seulement admissibles, mais nécessaires. Par exemple, je suppose que peu de gens, au moins dans le monde occidental, contesteront le droit pour une société d'accueil de promouvoir une langue nationale ou un ensemble de valeurs libérales fondamentales qui seront imposées aux immi-

9. Voir [En ligne], [www.canadaprayerbreakfast.ca].

grants et aux minorités (liberté d'expression, égalité, démocratie, non-violence, etc.). Pourtant, dans ces deux cas, il est clair que l'atteinte à la neutralité stricte sert le point de vue de la majorité. Autrement dit, dans certaines circonstances, il peut être légitime d'enfreindre la règle de la neutralité pour promouvoir, au moins indirectement, la culture issue de la majorité.

Un autre exemple éloquent est celui de la législation linguistique au Québec (Charte de la langue française). En 1977, quand cette loi a été adoptée, les francophones comptaient pour 82 % de la population québécoise. L'avenir de la culture francophone était néanmoins menacé par une baisse radicale de la fécondité et par une vague grandissante d'immigration provenant de toutes les parties du monde. La grande majorité des nouveaux venus choisissaient l'école anglaise pour leurs enfants. En faisant du français la langue officielle de la vie publique, la loi obéissait à un objectif civique (l'institution d'une langue commune pour la vie citoyenne). Elle aidait aussi les minorités et les immigrants en leur offrant une chance plus égale de s'intégrer socialement, de trouver un emploi, d'améliorer leurs conditions de vie et de participer au débat public. Enfin, elle contribuait à restaurer l'ordre social en mettant fin à de vieux conflits qui, autrement, auraient pu mener à la violence. Mais la loi 101 servait aussi, incontestablement, la cause de la culture majoritaire. Cet exemple est très intéressant dans la mesure où il montre que l'interventionnisme culturel peut servir à la fois la majorité et les minorités.

Dans la même veine, plusieurs pays démocratiques, pour protéger leur culture, adoptent des lois qui limitent le droit de vendre ou d'acheter des biens culturels (à cause de leur valeur dite patrimoniale) ou restreignent la circulation de produits étrangers (les films, les revues, les émissions de radio et de télévision, etc.). Ils orientent aussi la construction de la mémoire et de l'identité collective, déterminent le contenu des programmes scolaires, choisissent leurs immigrants et définissent les rituels de la vie civique.

Quel est le critère qui permettrait de distinguer les formes légitimes et illégitimes d'interventionnisme culturel? La réponse tient essentiellement dans une exigence sociologique. Les formes légitimes sont celles qui ont pour but de protéger ou de restaurer

le fondement symbolique d'une société ou d'une nation lorsqu'il est sérieusement menacé. Je fais référence ici aux ressources culturelles et aux conditions considérées comme nécessaires pour qu'une société se perpétue et se développe: les visions du monde, les valeurs fondamentales, les idéaux et les croyances, la mémoire, les traditions, le sentiment d'appartenance, la ou les langues communes, les institutions fournissant les services essentiels, un certain niveau de cohésion sociale et de solidarité. C'est une des plus vieilles leçons enseignées par la tradition sociologique et anthropologique: il n'y a pas d'action collective sans lien social, et pas de lien social sans assises symboliques.

En particulier dans un contexte de tensions, de changements brusques ou de crises, seule l'existence de repères largement partagés – c'est-à-dire d'une culture et d'une identité spécifiques – rend possibles les éléments d'affiliation et de solidarité qui sont à la base de toute forme de mobilisation collective pour la poursuite du bien commun (réduction des inégalités, amélioration des soins de santé, politiques environnementales, etc.). Ce sont ces conditions qui rendent possibles la démocratie, la participation citoyenne, la justice sociale et le sens de la responsabilité mutuelle, et elles ne doivent jamais être tenues pour acquises. Il est donc souhaitable que les États libéraux veillent à maintenir – comme ils le font tous en fait – le fondement symbolique dans lequel les institutions et, plus généralement, le lien social s'enracinent¹⁰. Néanmoins, ce fondement symbolique à vocation sociétale¹¹ doit être conçu d'une manière minimaliste, sans quoi il porterait atteinte aux cultures minoritaires.

Un objectif civique ou sociétal doit régir l'interventionnisme, et non seulement une stratégie destinée à renforcer la culture majoritaire. En pratique, cela signifie que l'État peut parfois accorder certains privilèges à la culture majoritaire quand ils sont justifiés par la préservation d'un fondement symbolique en péril. Ainsi, pour Jocelyn Maclure et Charles Taylor, «il est normal

10. On comprend qu'un fondement symbolique est également important sur le plan individuel: Peter A. KRAUS, «The Politics of Complex Diversity», *Ethnicities*, vol. 12, 2011, p. 3, aux pages 17 et 18.

11. J'utilise le qualificatif «sociétal» dans son sens sociologique habituel qui fait référence à l'ensemble de la structure sociale.

que certaines normes publiques s'enracinent dans les attributs et intérêts de la majorité¹²». De plus, d'après Daniel Weinstock, un autre philosophe politique libéral, «bien que les citoyens d'origines culturelles diverses aient le droit d'être traités comme des citoyens égaux, ils n'ont pas de droit à être immunisés contre les biais culturels normaux qui peuvent découler naturellement de l'histoire de la communauté dont ils font maintenant partie¹³».

La même logique s'applique conséquemment aux cultures minoritaires qui se sont établies très tôt dans l'histoire d'une société, qui lui sont étroitement associées et qui ont contribué à son développement ainsi qu'à sa continuité. Ce faisant, elles se sont incorporées à son fondement symbolique et elles sont admises à un traitement similaire. Suivant cette logique et conformément à une tradition au Québec, le conseil de ville de Montréal ne se réunit pas lors des fêtes juives par considération pour certains de ses membres qui sont dès lors libres de remplir leurs obligations religieuses.

De ce qui précède, il ressort que, dans toute société, le maintien du fondement symbolique nécessite une continuité qui, inévitablement, provient très largement de la culture majoritaire (ou fondatrice) et des valeurs qui ont été forgées à travers son histoire. Mais, pour qu'une société puisse maintenir un certain contrôle sur son destin, elle doit adopter des orientations et des idéaux basés non seulement sur l'héritage, mais aussi sur des projets, des visions d'avenir. Alors que le premier volet est associé principalement à la trajectoire de la culture fondatrice, le second

12. Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Boréal, 2010, p. 86.

13. Daniel WEINSTOCK, «What is Really at Stake in the Multiculturalism/ Interculturalism Debate?», dans Jack JEDWAB (dir.), *The Multiculturalism Question: Debating Identity in 21st Century Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014, p. 187, à la page 195 (traduction libre de l'auteur). Voir aussi Jocelyn MACLURE, «Politique linguistique ou politique d'intégration? La promotion de la langue dans une communauté politique libérale, démocratique et pluraliste», dans Pierre GEORGEAULT et Michel PAGÉ (dir.), *Le français, langue de la diversité québécoise. Une réflexion pluridisciplinaire*, collection «Débats», Montréal, Québec Amérique, 2006, p. 153, à la page 155. Une idée semblable est exprimée dans ROSS POOLE, *Nation and Identity*, Londres, Routledge, 1999, p. 128 et 129.

est incontestablement de la responsabilité de l'ensemble des citoyens. Il s'ensuit que l'interventionnisme n'est pas seulement un outil au service de la majorité.

On peut voir ici le statut toujours ambigu de la culture majoritaire: d'un côté, il faut la discipliner en raison du rapport de domination qu'elle tend à établir avec les minorités; de l'autre, il faut la préserver dans l'intérêt du fondement symbolique sociétal. C'est là un autre paradoxe inhérent à la gestion de la diversité.

Dans un sens, on pourrait objecter qu'en vertu de l'interventionnisme la majorité s'approprie indûment l'espace public pour elle-même. Une partie de la réponse à cette critique se trouve dans le principe déjà mentionné de double reconnaissance et de la réciprocité qu'il implique: l'interventionnisme culturel peut être vu comme un accommodement raisonnable, cette fois à l'égard de la majorité plutôt que des minorités. Encore une fois, cet arrangement est justifié par le fait que le maintien de la culture majoritaire, en garantissant la reproduction du fondement symbolique, servira également les minorités. Nous sommes ici très précisément dans l'esprit de l'interculturalisme, lequel plaide pour une logique d'harmonisation au gré d'ajustements mutuels.

N'y a-t-il pas cependant un risque d'abus de la part de la majorité? Quelles sont les limites de l'interventionnisme culturel? Puisque, par définition, il opère habituellement dans des zones grises qui ne sont pas couvertes par les lois existantes, les limites doivent être recherchées dans les décisions judiciaires. Toute forme d'interventionnisme devrait en effet passer le test des tribunaux. Cette disposition assure qu'aucune contrainte excessive n'est imposée aux citoyens et que les accroc à la neutralité culturelle demeurent dans la marge de tolérance. Par ailleurs, on observe aussi que de nombreuses formes d'interventionnisme ont été mises en œuvre – et en quelque sorte légitimées – à la suite d'un consensus qui s'est formé dans le débat public.

Il importe par ailleurs de souligner que cet interventionnisme, à la fois contextuel (de par sa nature *ad hoc*) et contrôlé, ne va pas jusqu'à décréter une préséance *a priori* ou formelle à la majorité, ce qui aboutirait à instituer une hiérarchie et à créer deux classes de citoyens. C'est pour cette raison que le rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées

aux différences culturelles (commission Bouchard-Taylor) réfère à une « préséance de fait », à l'opposé d'une « préséance de droit¹⁴ ». Le lecteur comprendra que cette distinction est primordiale. L'interventionnisme contrôlé ne mène donc pas non plus à une hiérarchie des droits. Sur ce sujet, notons que l'interculturalisme se distingue de certains régimes républicains qui, directement ou non, sous prétexte d'universalisme, accordent systématiquement une préséance *a priori* à la culture majoritaire ou fondatrice. En somme, en reconnaissant explicitement l'existence d'un rapport majorité/minorités là où il existe, l'interculturalisme rend davantage justice à la fois à la majorité et aux minorités, en protégeant les droits de tous les citoyens, en assurant la préservation du fondement symbolique et en mettant en pleine évidence le rapport de pouvoir, toujours actif dans une société, entre une « majorité silencieuse » et des minorités (souvent) réduites au silence.

Voici des exemples concrets – tirés du contexte québécois – de formes d'interventionnisme que je considérerais soit comme légitimes, soit comme excessifs. D'abord, quelques exemples de cas légitimes :

1. L'institution du français comme langue publique commune ;
2. La place raisonnablement prédominante allouée à l'enseignement du passé francophone dans les cours d'histoire ou, autrement dit, une mémoire nationale qui est inclusive, mais qui donne une place centrale au récit majoritaire ;
3. La priorité actuellement accordée (eu égard au temps consacré) à la présentation des religions chrétiennes dans le cours d'Éthique et culture religieuse ;
4. La tenue des funérailles officielles de dirigeants politiques ou de figures nationales prestigieuses dans des églises catholiques ;
5. Le maintien de la croix sur le drapeau québécois ;

14. Voir Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, p. 214.

6. L'installation de quelques décorations de Noël (comme des sapins traditionnels ou des jeux de lumières) dans les endroits et les édifices publics ;
7. La conservation des vieilles croix le long des routes rurales ;
8. Les sonneries de cloches des églises catholiques à différents moments de la journée ;
9. La priorité accordée à la connaissance du français dans le système de points utilisé pour la sélection des immigrants.

En revanche, je considère les exemples suivants comme des extensions inadmissibles du principe d'interventionnisme culturel :

1. Conserver une croix derrière le siège du président de l'Assemblée nationale et dans les salles de cours des écoles ;
2. La récitation d'une prière aux assemblées des conseils municipaux ;
3. Le financement par l'État de postes d'aumôniers ou de soins pastoraux catholiques dans les hôpitaux publics, à l'exclusion des autres religions ;
4. L'interdiction généralisée de porter des signes religieux pour l'ensemble des employés de l'État et des sociétés d'État ;
5. La référence à la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* ;
6. L'inclusion dans une charte d'articles ou de clauses qui établiraient une hiérarchie formelle entre les cultures majoritaire et minoritaires ;
7. L'interdiction de porter une burqa dans les rues et les espaces publics (sauf pour des raisons de sécurité ou d'autres motifs exceptionnels) ;
8. La restriction arbitraire du nombre de mosquées dans une ville ;

9. L'interdiction de cimetières distincts pour les funérailles non chrétiennes¹⁵.

Je conclus cette partie avec quatre brefs commentaires. Premièrement, je crois que, même si l'interventionnisme culturel est utile et même nécessaire, il faut déplorer qu'il ne soit l'objet d'aucune réglementation dans la plupart des sociétés démocratiques. Cet interventionnisme devrait en effet être encadré, puisqu'une pratique arbitraire peut aller à l'encontre du pluralisme. Dans l'état actuel des choses, ce domaine se situe dans l'angle mort de la pensée libérale. En m'appuyant sur une argumentation à caractère sociologique, mon but était ici de livrer un plaidoyer pour l'interventionnisme. En même temps, je pense que nous devrions être davantage conscients de la nécessité d'en définir les critères et les limites. Par ailleurs, je ne place pas l'interventionnisme culturel parmi les caractéristiques propres de l'interculturalisme puisque cette pratique est très répandue, peu importe le modèle de gestion de la diversité. Enfin, comme plusieurs auteurs l'ont mentionné, la position des prohibitionnistes (les adversaires de l'interventionnisme) est fondamentalement contradictoire. D'une part, ils plaident pour la neutralité culturelle de l'État au nom de la liberté et de l'autonomie des individus alors que, d'autre part, ils s'attendent à ce que l'État protège ces valeurs fondamentales de la société libérale.

2.1 Les accommodements raisonnables

Si nous acceptons le fait que les États libéraux ne sont pas tenus d'observer une neutralité culturelle stricte, nous devons en retour reconnaître aux minorités le droit à un mécanisme correctif

15. Afin que le lecteur sache bien où je me situe sur cette question, je signale que je suis en désaccord avec David MILLER, «Majorities and Minarets: Religious Freedom and Public Space», *British Journal of Political Science*, vol. 46, 2016, p. 437, en ce qui concerne la question des minarets en Suisse. Je permettrais la construction de minarets avec la possibilité d'imposer des restrictions quant à leur taille et leur emplacement. Mais la position radicale de Miller selon laquelle «il n'existe pas de contradiction entre la préséance religieuse formelle et l'égalité citoyenne» (traduction libre de l'auteur) me paraît inappropriée. De la même façon, je me distancie des propositions voulant que la construction de minarets ne devrait pas être considérée comme relevant de la liberté religieuse.

pour se protéger des abus potentiels des majorités. Cet argument est particulièrement fondé dans le cas de l'interculturalisme à cause du principe de double reconnaissance qui est un pilier du modèle.

La fonction de ces accommodements – ou ajustements concertés – est de permettre à certains citoyens qui sont victimes de discrimination (parce qu'ils sont culturellement différents) de faire respecter leurs droits fondamentaux, à moins qu'il existe de bonnes raisons de restreindre ces droits. En ce sens, les accommodements dérivent bel et bien d'une obligation juridique.

2.2 L'interculturalisme québécois : une forme de nationalisme ?

À la lumière de ce qui précède, certains pourraient être incités à conclure que l'interculturalisme est motivé principalement par une forme de « majoritarisme¹⁶ ». Je rejette cette critique. Tout d'abord, l'inscription de l'interculturalisme au sein de l'État-nation est dictée par des contraintes pratiques, comme c'est le cas avec le multiculturalisme au Canada anglais et avec les autres modèles de gestion de la diversité dans les autres États-nations. Au Québec, le gouvernement exerce déjà des pouvoirs législatifs très étendus en cette matière (je les ai mentionnés plus haut). Le modèle est défini dans un esprit pluraliste, à distance de toute allégeance politique ou autre. Il ne comporte aucune disposition destinée à faire la promotion de la nation québécoise dans l'arène politique canadienne. Et le statut du Québec, comme nation et comme État, est d'ores et déjà établi. C'est donc en vain qu'on chercherait ici une quelconque revendication de type nationaliste.

2.3 Les sources et les formes de dualité

Revenons brièvement sur le rapport majorité/minorités. Cette dualité peut avoir des origines et revêtir des formes diverses. Par exemple :

- Le rapport peut impliquer deux groupes ethnoculturels de taille inégale qui partagent un long passé de différence

16. P. PATHAK, « The Rise of the Majority », *The Journal*, 2 octobre 2008.

et de coexistence pacifique sur la base d'une tradition de respect mutuel;

- Il peut avoir été créé stratégiquement par une majorité;
- Il peut aussi émerger de la crainte (justifiée ou non) qu'une population éprouve à l'endroit de groupes démographiquement minoritaires.

Il y a bien d'autres scénarios possibles, mais je m'intéresse surtout au troisième. C'est en effet un scénario en voie de s'étendre présentement dans la plupart des pays occidentaux, surtout à cause de la présence de groupes musulmans. En Europe en particulier, ce clivage a été attesté par différents sondages montrant la crainte qu'inspirent les citoyens de confession musulmane. Aux yeux de plusieurs, ils représentent un facteur de perturbation en raison de leurs valeurs et de leur supposée incapacité de s'intégrer à leur société d'accueil. Il s'ensuit que l'interculturalisme, du moins tel que je le définis, pourrait trouver un terreau fertile dans ces pays.

Dans une perspective plus large, au-delà de l'interculturalisme, je crois qu'il faut s'inquiéter du fossé qui se creuse dans plusieurs sociétés entre des élites pluralistes et une bonne partie de la population livrée à des sentiments xénophobes.

2.4. Interculturalisme et multiculturalisme : similitudes et différences

Dans le contexte québécois, il est impossible de parler d'interculturalisme sans aborder le sujet du multiculturalisme. D'un point de vue sociologique, il est clair que ce dernier modèle a été conçu pour le Canada anglophone. Les préoccupations liées à la langue nationale y sont pratiquement absentes et, excepté chez quelques auteurs, les questions relatives au statut des minorités nationales y ont reçu peu d'attention. Le modèle ferme ainsi la porte à une conception bi- ou multinationale du Canada. Enfin, je rappelle que ce modèle ne reconnaît pas l'existence d'une majorité culturelle; il exclut donc l'idée d'un rapport majorité/minorités. En plus, selon divers intervenants (dont le premier ministre Justin Trudeau), il n'y aurait pas de culture ou de majorité nationale au

Canada. De même, le pays n'aurait pas besoin d'une culture ou d'une identité nationale.

Le concept d'interculturalisme au Québec est né du rejet du multiculturalisme en 1971¹⁷ et du désir de développer un modèle correspondant mieux à la réalité et aux besoins de la société québécoise, en particulier à la nécessité de mieux protéger les caractéristiques de la culture francophone. Les chercheurs québécois sont tout de même souvent appelés à expliquer les différences entre les deux modèles. Pour différentes raisons, il n'y a pas de réponse simple à cette question.

Une de ces raisons est que le multiculturalisme canadien est une cible mouvante. Il a évolué considérablement depuis son adoption en 1971; c'est un fait important dont on ne tient pas toujours assez compte, en particulier au Québec. Une autre raison tient au caractère hautement polysémique de ce concept, qui prend différents sens d'un auteur, d'une école de pensée ou d'un pays à l'autre¹⁸. Il faut donc s'assurer de bien choisir les termes de la comparaison.

Je me référerai d'abord à la conception du multiculturalisme qui est présentement la plus répandue en Occident, où on le définit (et le critique) sur la base de cinq traits principaux :

1. Une définition de la nation comme un ensemble d'individus et de groupes qui ne reconnaît pas l'existence d'une culture ou d'une majorité nationale;
2. Une très large ouverture à la diversité qui, selon plusieurs analystes, peut compromettre l'intégration, allant jusqu'à exposer la société au risque de la fragmentation;
3. Une pratique intense du pluralisme qui peut tendre vers le relativisme, au détriment des valeurs fondamentales ou universelles de la société;

17. Par le premier ministre de l'époque Robert Bourassa, qui dirigeait le Parti libéral du Québec, un parti fédéraliste.

18. Voir Nasar MEER et Tariq MODOOD, «How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?», *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, 2012, p. 175.

4. Une promotion des groupes ethnoculturels qui est souvent accusée de rendre captifs les membres qui souhaiteraient se distancier de leur allégeance;
5. Une faible attention portée à l'institution d'une culture commune qui assurerait un fondement symbolique robuste à la nation ou à la société – en d'autres mots: un point de ralliement qui serait source de cohésion et de solidarité.

Il est évident que l'interculturalisme, tel qu'il a été présenté ici, se distingue de cette version du multiculturalisme. On peut même affirmer que, sur chacun des cinq éléments mentionnés, il préconise des orientations qui lui sont diamétralement opposées. Mais est-il juste d'identifier le multiculturalisme canadien au portrait que je viens de tracer ?

Il faut répondre à cette question par la négative en raison des changements qui ont marqué ce modèle au cours de son histoire¹⁹ et des caractéristiques qu'il en est venu à incarner²⁰. Dans les années 1970, par exemple, la préservation et la promotion de la diversité des langues et des traditions étaient des éléments clés du modèle canadien. À partir des années 1980, l'aspect social (la lutte contre les inégalités et l'exclusion) a émergé, de même que la dimension des droits qui s'est exprimée, entre autres, dans la lutte contre le racisme et la discrimination. Au même moment, les programmes conçus pour perpétuer les traditions folkloriques des minorités étaient graduellement abandonnés.

Enfin, au cours des années 1990 et au début des années 2000 est apparue une préoccupation croissante pour la cohésion sociale, pour l'intégration, pour la promotion des valeurs fonda-

-
19. Voir sur ce sujet Will KYMLICKA, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, New York, Oxford University Press, 1998. Denise HELLY, «Le multiculturalisme canadien: de la promotion des cultures immigrées à la cohésion sociale, 1971-1999», *Cahiers de l'URMIS*, vol. 6, 2000, p. 7; Yasmeen ABU-LABAN et Christina GABRIEL, *Selling Diversity: Immigration, Multiculturalism, Employment Equity and Globalization*, Peterborough, Broadview Press, 2002.
 20. Will KYMLICKA, *The Current State of Multiculturalism in Canada and Research Themes on Canadian Multiculturalism 2008-2010*, Ottawa, Citizenship and Immigration Canada, 2010; Will KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington, DC, Migration Policy Institute, 2012.

mentales et pour la formation (ou la consolidation) d'un sentiment d'appartenance ainsi que d'une identité canadienne. Une analyse des sondages menés depuis le début des années 1980 montre une montée de l'appui aux politiques visant l'intégration des immigrants à la culture canadienne. Cette réorientation était appuyée par 26 % des répondants en 1995 et par 32 % en 2005²¹.

Certains intellectuels ont proposé des redéfinitions du multiculturalisme qui se rapprochent de l'interculturalisme²². Et récemment le modèle a accordé plus de place aux notions d'interactions (« pluralisme interactif »), d'échanges, de valeurs canadiennes et de participation. Notons que l'idée d'échanges entre les groupes ethnoculturels était déjà mentionnée dans le texte de la motion de 1971 instituant le multiculturalisme au Canada. Cette dimension fut peu appliquée et elle est passée pratiquement inaperçue. Des pionniers du multiculturalisme comme Charles Taylor et Bhikhu Parekh ont toutefois beaucoup insisté sur le dialogue et l'interaction. Encore une fois, cependant, les politiques et les programmes n'ont pas suivi. Néanmoins, d'après Nasar Meer et Tariq Modood²³, cet aspect reste au cœur du multiculturalisme – une affirmation qui va à l'encontre de la perception courante.

D'autres appels récents aux « connexions » accrues, aux relations harmonieuses et au dialogue interculturel témoignent d'une préoccupation pour une culture commune. D'après l'ancien ministre fédéral Jason Kenney, il est temps que le Canada bâtisse des ponts plutôt que des silos²⁴. On représente également les composantes de la mosaïque canadienne comme les parties d'un tout. Enfin, il y a quelques années, le gouvernement canadien a lancé un nouveau programme (Inter-Action) destiné à faire la promotion des échanges interculturels²⁵. Il semble ainsi que l'évolution du multiculturalisme canadien n'est pas terminée. Selon

21. Voir, [En ligne], [www.crop.ca/en/blog/2011/55].

22. Voir par exemple James TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

23. N. MEER et T. MODOOD, préc., note 18.

24. Cité dans *Le Devoir*, 11 février 2009, p. A3.

25. CANADA, *Inter-Action: Canada's New Multiculturalism Grants & Contributions Program*, Ottawa, Citizenship and Immigration Canada, 2010.

Will Kymlicka²⁶, après avoir surmonté les défis de l'ethnicité et de la discrimination, le multiculturalisme canadien doit maintenant faire face au problème de la laïcité qui, toujours d'après cet auteur, nécessitera une autre redéfinition du modèle.

Il ressort de tout cela qu'au cours des dernières années le multiculturalisme canadien a semblé se rapprocher de l'interculturalisme québécois. Si l'on ajoute à cela un sentiment persistant au Canada anglophone que la culture « canadienne » est sérieusement menacée par l'expansion de la culture américaine, on se rapproche encore davantage de la situation qui prévaut au Québec. Je m'abstiendrai cependant de tout jugement quant à la force ou à l'intensité de ces mouvements de rapprochement et je ne me hasarderai pas à spéculer quant à leur avenir (les sondages menés au cours des dix ou quinze dernières années montrent que le multiculturalisme jouit toujours d'un appui important à l'extérieur du Québec). Il vaut cependant la peine de les mentionner et les Canadiens devront certainement y être attentifs au cours des prochaines années.

Dans la même veine, on remarque que la dualité se manifeste dans la *Loi sur les langues officielles* (qui établit la règle du bilinguisme dans les services publics) ou quand l'ensemble des Francophones sont considérées comme une minorité au sein du Canada. Ces éléments ne sont pas marginaux ; d'après Kymlicka²⁷, la dualité créée par la politique du bilinguisme constitue la seule base possible pour que le Canada survive en tant que pays. Notons aussi le statut ambigu des peuples autochtones ou la reconnaissance en 2006 par la Chambre des communes que les Québécois forment « une nation dans un Canada uni » (bien que cette motion n'ait pas été constitutionnalisée). Le multiculturalisme canadien apparaît ainsi comme un système hybride et mouvant (j'y reviendrai). Il demeure néanmoins très différent de l'interculturalisme québécois, et ce pour les raisons suivantes :

26. Will KYMLICKA, « The Evolving Canadian Experiment with Multiculturalism », dans Gérard BOUCHARD et collab. (dir.), *L'interculturalisme. Dialogue Québec-Europe, Actes du Symposium international sur l'interculturalisme*, Montréal, 2011.

27. *Ibid.*

1. Le premier élément de différenciation est strictement contextuel, mais il mérite d'être mentionné. L'interculturalisme prend pour objet la nation québécoise comme société d'accueil, une nation dont les racines historiques, sociales et institutionnelles sont profondes et dont l'existence est l'objet d'un consensus très large. À l'opposé, le multiculturalisme ne reconnaît les Québécois d'origine canadienne-française qu'en tant que groupe ethnique (ou « communauté ») parmi les autres au sein de la mosaïque canadienne; plus généralement, il rejette une conception multinationale du Canada.
2. Le gouvernement fédéral appuie toujours l'idée qu'il n'y a pas de majorité culturelle au Canada. C'est plutôt la diversité associée à la multiplicité des groupes ethniques qui est dite caractériser ce pays. Par conséquent, la perception d'un rapport eux/nous ne trouve pas de fondement. Pour ce qui est du Québec, la réflexion sur la diversité s'est traditionnellement structurée, comme nous l'avons vu, à travers le prisme de la dualité, un choix qui s'accorde avec les représentations courantes de la nation, de l'identité et du passé.

J'ai expliqué ailleurs que les deux modèles n'appartiennent pas à la même famille. Il peut être utile d'éclairer ce sujet en examinant les paradigmes sur lesquels s'appuient les principaux modèles de gestion de la diversité. J'ai pu en identifier cinq :

- i. Le premier est celui de la *diversité*. Son postulat définit la nation comme un ensemble composé d'individus et de groupes ethnoculturels placés sur un pied d'égalité et protégés par les mêmes droits. Il n'existe pas de majorité culturelle ni, conséquemment, de minorités.
- ii. Il y a, en deuxième lieu, le paradigme de l'*homogénéité* qui repose sur l'idée de la similitude ethnoculturelle dans la vie publique et même parfois jusque dans la vie privée.
- iii. Le troisième paradigme est celui de la *bi- ou multipolarité*. Il fait référence aux sociétés composées de

deux ou plusieurs groupes ou sous-groupes nationaux parfois reconnus officiellement comme tels, ce qui leur confère un sentiment de permanence. Ainsi, aucun d'eux ne craint pour son avenir.

- iv. La *dualité* constitue le quatrième paradigme. On l'observe là où la diversité est conçue comme structurée selon un rapport majorité/minorités.
- v. Le dernier paradigme s'ancre dans la *mixité*. Il est fondé sur l'idée qu'en conséquence d'un métissage et d'un échange culturel intense la diversité ethno-culturelle d'une nation sera progressivement réduite, créant éventuellement une nouvelle culture différente de ses composantes initiales et supérieures à elles²⁸.

De toute évidence, l'interculturalisme (dualité) et le multiculturalisme (diversité) n'appartiennent pas au même paradigme. Il s'ensuit que les principaux défis ne sont pas les mêmes. Dans le premier cas, on met l'accent sur le développement d'une culture commune nourrie des cultures majoritaire et minoritaires. On s'engage aussi à gérer la dualité d'une manière conforme au pluralisme. Dans le second cas, l'idée d'une culture commune ou d'une culture nationale est problématique. Le défi consiste alors à mettre en place un fondement symbolique, soutien du lien social.

Une précision est nécessaire, cependant, relativement à l'absence d'une majorité culturelle au Canada. Je me limiterai à souligner que, dans différentes régions du pays, des segments significatifs de la population anglophone (si l'on en croit les sondages et les médias) entretiennent l'impression qu'il existe une véritable culture canadienne héritée du passé et que cette culture n'est pas suffisamment affirmée dans le modèle multiculturaliste. De plus, de nombreux Canadiens croient que cette culture est menacée par la diversification qu'apporte l'immigration et par l'influence grandissante de la culture américaine. L'opposition

28. Pour plus de détails, voir Gérard BOUCHARD, «What Is Interculturalism?», *McGill Law Journal*, vol. 56, 2011, p. 435, aux pages 441-444.

courante, parfois explicite, que l'on fait souvent entre les « vraies » valeurs canadiennes et les « autres » va dans le même sens²⁹.

Par ailleurs, il a aussi été démontré que le Canada anglais, comme toute autre société, n'échappe pas à la dynamique de pouvoir qui opère inévitablement entre une majorité, censée incarner la continuité et la « normalité » symbolique, et les minorités³⁰.

Parce qu'ils constituent eux-mêmes une minorité, les Francophones du Québec craignent instinctivement les formes de fragmentation socioculturelle, de marginalisation et de ghettoïsation qui risquent d'affaiblir la nation. Cela explique l'accent particulier que l'interculturalisme québécois met sur l'intégration et plus précisément sur les interactions, le rapprochement entre les cultures, le développement d'un sentiment d'appartenance et l'émergence d'une culture commune dans le respect des minorités. Dans le cours de son histoire, le multiculturalisme canadien n'a pas cultivé au même degré ce genre de préoccupation. L'idée du multiculturalisme a été mise de l'avant dans les années 1960, principalement à l'initiative et dans l'intérêt des minorités de l'Ouest canadien dont les ancêtres provenaient de l'Europe de l'Est et qui avaient conservé leur culture tout en étant bien intégrés. Ils cherchaient donc une reconnaissance officielle de leur identité, tout comme les Anglophones et les Francophones. Cette revendication allait s'inscrire dans une orientation mettant fortement l'accent sur la valorisation de la différence et la pluralité des groupes ethnoculturels considérée comme un enrichissement.

Un autre trait distinctif vient du fait que, comme je l'ai mentionné précédemment, le multiculturalisme canadien accorde peu d'attention à la protection de la langue nationale. C'est qu'inévitablement, pour de simples raisons de survie, les immigrants qui s'installent au Canada anglais voudront toujours, tôt ou tard, apprendre la langue du continent. Il en va bien diffé-

29. Erin TOLLEY, « National Identity and the "Canadian Way": Values, Connections and Culture », *Canadian Diversity*, vol. 3, 2004, p. 11.

30. Elke WINTER, *Us, Them, and Others: Pluralism and National Identity in Diverse Societies*, Toronto, University of Toronto Press, 2011.

remment pour le français au Québec, qui lutte toujours pour son avenir, dans une concurrence inégale avec l'anglais.

Plus généralement, dans la plupart des nations occidentales, les avancées du pluralisme se sont accompagnées d'une préoccupation pour les valeurs et même pour l'avenir culturel de la société d'accueil (ou, dans plusieurs cas, celui du groupe majoritaire). Cette inquiétude est naturellement ressentie plus intensément chez les nations minoritaires où le respect de la diversité prend une tout autre dimension. Autrement dit, les enjeux découlant de la pratique du pluralisme y sont d'une portée et y suscitent une tension que ne connaissent pas les nations plus puissantes, fermement établies culturellement et politiquement. C'est une contrainte à laquelle, inévitablement, l'interculturalisme québécois fait écho, beaucoup plus que le multiculturalisme canadien.

Les deux modèles diffèrent aussi quant à la place accordée à la mémoire collective. À cause des luttes politiques que les Francophones du Québec ont dû mener au cours de leur histoire (dont une bonne partie s'est déroulée dans un cadre colonial), une mémoire intense de la petite nation fragile et combative a pris forme. Pour plusieurs Francophones, cette mémoire véhicule un message fort qui inspire un sentiment de fidélité, sinon un devoir à l'égard des générations passées et futures. La référence à ce passé est au cœur de l'imaginaire de la majorité fondatrice, ce qui peut constituer une autre source de tension : dans un contexte marqué par la présence croissante d'immigrants et de minorités, comment cette mémoire de la majorité peut-elle être transmise sans diluer son contenu symbolique, tout en s'ouvrant aux récits des minorités³¹ ? Ces interrogations, encore une fois, n'ont pas la même résonance dans l'esprit du multiculturalisme, lequel fait l'impasse sur la problématique de la culture majoritaire.

Les différences qui viennent d'être mentionnées se manifestent de diverses façons, notamment dans la manière d'appliquer le principe de la reconnaissance et dans la gestion des accommode-

31. À toutes fins utiles, il faut rappeler qu'en dépit de ces contraintes, le bilan du Québec en matière de gestion de la diversité a été vraiment positif jusqu'au tournant de ce siècle. Les dernières années ont toutefois été marquées par une inquiétude croissante au sujet de ses valeurs et de son identité.

ments. Comme je l'ai indiqué, les demandes d'accommodement auront plus de chance d'être accordées au Québec si elles favorisent l'intégration. Par exemple, permettre le port du hijab en classe encourage les élèves musulmanes à continuer de fréquenter les écoles publiques et à s'ouvrir plus aisément aux valeurs de la société québécoise. Il en va de même pour les menus spéciaux offerts dans les cafétérias des écoles, la modification de l'horaire des examens en fonction du calendrier des activités religieuses, l'adaptation de certaines activités pédagogiques lorsqu'elles ne vont pas à l'encontre de la Loi sur l'instruction publique, etc.

L'interculturalisme québécois doit aussi tenir compte du rapport particulier à la religion qui s'est développé dans l'histoire du Québec. Les abus de pouvoir commis par le clergé catholique ont suscité une méfiance à l'égard des Églises et du religieux en général; cette méfiance s'exprime aujourd'hui par une grande sensibilité à la séparation de l'État et de la religion. C'est là un facteur qui ne trouve pas d'équivalent au Canada anglais.

On est tenté de voir une autre différence dans le fait que le multiculturalisme canadien, contrairement à l'interculturalisme québécois, affiche un engagement en faveur de la neutralité culturelle de l'État. Toutefois, comme je l'ai noté plus haut, cette ambition me paraît infondée étant donné qu'aucun État, incluant le Canada, ne pratique un tel laissez-faire. De même, je suis en désaccord avec la position de Will Kymlicka³² selon laquelle les deux modèles se distinguent par le fait que le multiculturalisme opère à l'échelle macrosociale, notamment en tant que politique gouvernementale, alors que l'interculturalisme opérerait plutôt à l'échelle microsociale (celle des relations interpersonnelles). Il s'agit d'une conception réductrice de l'interculturalisme, qui opère pleinement à ces deux échelles.

Dans l'ensemble, si l'on essaie de cerner les distinctions fondamentales entre les deux modèles, au-delà des réalités ou des contextes canadiens et québécois, quatre éléments ressortent : a) la reconnaissance (ou la non-reconnaissance) de la dualité, b) l'accent inégal mis sur l'intégration, c) la culture commune et d)

32. Will KYMLICKA, «Multicultural States and Intercultural Citizens», *Theory and Research in Education*, vol. 1, 2003, p. 147.

ce que j'ai appelé l'interculturalité. Le premier élément éclipe toutefois les autres. Comme nous l'avons vu, l'interculturalisme est sensible à la situation de la culture majoritaire et il fait face au défi que représente la conciliation des droits et des attentes de la majorité et des minorités. Nous avons vu que le multiculturalisme ignore ces préoccupations, encore une fois parce qu'il ne reconnaît pas l'existence de la dualité³³. Les deux modèles sont néanmoins flexibles, en accord avec les exigences de contextes mouvants.

Cela dit, si l'on compare les politiques effectivement mises en œuvre au cours des dernières décennies par les gouvernements canadiens et québécois dans le domaine de la diversité ethnoculturelle, des similitudes importantes ressortent, en dépit des différences formelles que je viens d'évoquer³⁴. Comment expliquer ce paradoxe? Mis à part l'évolution récente du multiculturalisme dans le sens de l'interculturalisme, je crois que ces ressemblances viennent en partie du fait que les deux modèles partagent fondamentalement la même orientation pluraliste (égalité, respect de la

33. À ce sujet, voir aussi Alain-G. GAGNON, « La diversité et la place du Québec au sein de la fédération canadienne », dans Bernard GAGNON (dir.), *La diversité québécoise en débat. Bouchard, Taylor et les autres*, Montréal, Québec Amérique, 2010, p. 247, aux pages 258, 259 et et 261 ; Alain-G. GAGNON et Rafael IACOVINO, *De la nation à la multination. Les rapports Québec-Canada*, Montréal, Boréal, 2007, chap. 4.

34. Voir Marie Mc ANDREW, « Multiculturalisme canadien et interculturalisme québécois : mythes et réalités », dans Marie Mc ANDREW, Rodolphe TOUSSAINT et Olga GALATANU (dir.), *Pluralisme et éducation. Politiques et pratiques au Canada, en Europe et dans les pays du Sud. L'apport de l'éducation comparée*, Montréal et Paris, Faculté des sciences de l'éducation et Association francophone d'éducation comparée, 1995, p. 22 ; Marie Mc ANDREW, « Québec Immigration, Integration and Intercultural Policy : A Critical Assessment », présenté à l'International Conference on Multiculturalism, Public Policy and Problem Areas in Canada and India, New Delhi, 5-7 décembre 2005 ; Danielle JUTEAU, « Essai – Multiples francophonies minoritaires : multiples citoyennetés », *Sociologie et sociétés*, vol. 26, 1994, p. 33 ; Danielle JUTEAU, Marie Mc ANDREW et Linda PIETRANTONIO, « Multiculturalism à la Canadian and intégration à la québécoise : Transcending their Limits », dans Rainer BAUBOCK et John RUNDLELL (dir.), *Blurred Boundaries: Migration, Ethnicity, Citizenship*, Vienne, Ashgate, 1998, p. 23 ; Amy NUGENT, « Demography, National Myths, and Political Origins : Perceiving Official Multiculturalism in Quebec », *Canadian Ethnic Studies*, vol. 38, 2006, p. 21.

diversité, non-discrimination, participation civique et politique, rejet de l'assimilation et de l'exclusion, etc.). Ils en proposent toutefois des applications différentes correspondant à des réalités singulières.

Mais les similitudes me paraissent attribuables surtout au fait qu'au Québec les gouvernements successifs n'ont pas suffisamment aligné leurs politiques sur le modèle interculturel. Un écart s'est creusé entre la philosophie de référence et les politiques mises en place. Cette lacune est déplorée depuis longtemps et un important effort devrait être fait pour y remédier. Il paraît urgent en effet de concevoir des projets et des politiques qui s'accordent avec l'esprit et les buts distinctifs de l'interculturalisme.

Daniel Weinstock a fait valoir un point de vue différent sur cette question. Dans deux textes³⁵, il a affirmé que, fondamentalement, les deux modèles ne sont pas si différents. D'après lui, ils diffèrent moins par leurs principes fondamentaux que par les objectifs politiques poursuivis. Alors que les impératifs de justice sociale sont présentés comme essentiels dans le multiculturalisme, l'interculturalisme se caractériserait par une position intenable du fait qu'il s'assignerait le but inatteignable de combiner les traits du multiculturalisme et ceux de l'assimilationnisme, tout en rejetant leurs déficiences. Pour ma part, je ne vois pas de trace d'assimilationnisme dans ma conception de l'interculturalisme et je crois tout à fait réaliste la quête d'équilibres qui sous-tend ce modèle – le Québec des années 1990 en a justement fourni un exemple.

Daniel Weinstock affirme aussi que, pour ce qui est du type de société à promouvoir, le multiculturalisme est plutôt « agnostique », contrairement à l'interculturalisme. Cette assertion est un peu surprenante, car le multiculturalisme canadien est clairement bâti autour d'un ensemble de valeurs libérales enchâssées dans la Charte des droits et libertés. L'auteur croit également que les aspirations philosophiques et normatives inhérentes à l'intercultural-

35. Daniel WEINSTOCK, « Interculturalism and Multiculturalism in Canada and Quebec: Situating the Debate », dans Peter BALINT et Sophie GUÉRARD DE LATOUR (dir.), *Liberal Multiculturalism and the Fair Terms of Integration*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, p. 91 ; D. WEINSTOCK, préc., note 13.

lisme ne peuvent pas être traduites en politiques sans empiéter sur les droits individuels. Mais on croit déceler ici une conception absolutiste des droits individuels. Tous les droits doivent s'articuler à une dynamique sociale et culturelle complexe qui appelle nécessairement des compromis. Il n'en va pas autrement à l'échelle canadienne. Enfin, Weinstock ne croit pas que les politiques puissent changer « l'esprit et le cœur des gens ». Voilà une position qui me semble étonnamment pessimiste et sociologiquement contestable. Bien qu'il soit central, le fait que le multiculturalisme ne reconnaisse pas le rapport majorité/minorités est à peine mentionné dans ses textes.

À partir d'un angle différent, Meer et Modood³⁶ affirment que le multiculturalisme, tout comme l'interculturalisme, a) est très ouvert aux interactions, b) rejette le « groupisme », c) manifeste une forte préoccupation pour l'unité et la cohésion sociale et d) rejette le relativisme. Si tel est le cas, il faudrait donc clore ce débat – ce qui, je crois, n'est pas près d'arriver. Les auteurs affirment également que l'interculturalisme n'a pas encore fait ses preuves, ce qui est plutôt vrai puisqu'il n'a jamais été appliqué à l'échelle sociétale. Enfin, les deux auteurs pensent que l'interculturalisme ne devrait pas être présenté comme supérieur au multiculturalisme ou comme son substitut éventuel, proposition avec laquelle je suis évidemment d'accord. Voyons plutôt ce que l'avenir réserve à ces deux modèles.

Quoi qu'il en soit, il reste que ces auteurs font peu de cas du fait que les deux modèles évoluent, qu'ils sont l'objet d'interprétations diverses et qu'ils sont appelés à se présenter sous différentes configurations d'une société et d'un auteur à l'autre. Ce facteur devrait nécessairement entrer dans une analyse comparative. De plus, du fait de l'évolution récente du multiculturalisme au Canada, les deux modèles en viennent à se recouper sur quelques points importants, ce qui rend la question encore plus complexe. En fin de compte, chaque société façonne le modèle qui lui convient en fonction de ses besoins et des contraintes qui pèsent sur son destin, dans le respect du droit.

36. N. MEER et T. MODOOD, préc., note 18.

3 LE MULTICULTURALISME CANADIEN : UN MODÈLE HYBRIDE ET MOUVANT

En guise de conclusion, je souhaite revenir sur le caractère hybride et mouvant du multiculturalisme canadien afin de souligner un intéressant paradoxe. W. Kymlicka³⁷ présente ce modèle comme étant composé de trois « silos ». Il fait référence par là au jeu des relations au sein de la société d'accueil entre a) les immigrants et les groupes ethnoculturels, b) les nations minoritaires (*substate national groups*) et c) les populations autochtones. Il fait également valoir que chacun de ces sous-ensembles ou silos a dans le passé suivi sa propre trajectoire et a inspiré des politiques différentes dictées par des orientations spécifiques. Le paradoxe vient du fait que la motion de 1971 qui a instauré le multiculturalisme mettait en garde contre ce genre de définition du Canada (« il ne peut y avoir une politique culturelle pour les Canadiens d'origine française et britannique, une autre pour les autochtones et encore une autre pour tous les autres »). La définition du multiculturalisme proposée par Kymlicka est donc en contradiction directe avec la vision fondatrice du modèle.

Cette contradiction conduit à une ambiguïté. Dans la représentation d'ensemble du multiculturalisme canadien, chacun des trois silos devrait être considéré. Mais cette disposition marque une rupture avec la conception courante du modèle (en Europe notamment), laquelle est centrée sur un seul silo, à savoir le rapport avec les immigrants et les groupes ethniques.

Néanmoins, il est juste de dire que, tout compte fait, le modèle a connu du succès au sein du Canada anglophone. Il suffit de comparer la situation des rapports interethniques dans cette population avec celle qui prévaut dans les autres pays occidentaux³⁸. Pour le reste, il s'agit d'un modèle qui fonde son efficacité sur le pragmatisme davantage que sur une cohérence théorique intrinsèque.

37. Will KYMLICKA, « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) », dans Keith BANTING, Thomas J. COURCHENE et F. Leslie SEIDLE (dir.), *Belonging? Diversity, Recognition and Shared Citizenship in Canada*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 2007, p. 39.

38. W. KYMLICKA, préc., note 20.

Enfin, le caractère hétérogène et ambivalent du multiculturalisme canadien ne se limite pas aux éléments qui viennent d'être mentionnés. Analysant le contenu de deux quotidiens à large diffusion (le *Globe and Mail* et le *Toronto Star*) durant les années 1990, Elke Winter³⁹ est parvenue à dégager trois visions concurrentes du modèle, qu'elle appelle le «républicanisme», le «pluralisme libéral» et le «multiculturalisme libéral». Il est permis de voir une autre ambivalence importante dans le fait que, selon plusieurs auteurs, le multiculturalisme définit la nation canadienne comme étant composée d'un ensemble de groupes ethnoculturels dont les caractéristiques distinctives doivent être protégées et promues, alors que, chez d'autres, ce modèle met l'accent sur les individus et leurs droits, en accord avec une conception plus classique du libéralisme. Dans cette dernière perspective, les groupes ethnoculturels ne sont concernés qu'indirectement, dans la mesure où les citoyens peuvent ressentir un besoin légitime de cultiver une affiliation ou une identification plus ou moins étroite avec leur culture d'origine, d'où la nécessité de la protéger; c'est le fondement même de la politique de reconnaissance. Ces deux visions concurrentes (communautarienne et individualiste) du multiculturalisme sont donc la source d'une autre confusion courante.

En résumé, le multiculturalisme est le lieu de quatre types d'ambiguïtés:

- entre la conception qui s'est établie à l'échelle internationale, en particulier en Europe, et le modèle canadien;
- entre la définition originale, unitaire, du multiculturalisme canadien (1971) et la thèse des trois silos;
- entre une perception du modèle centrée sur la protection soit des droits individuels (dans l'esprit du libéralisme classique), soit des groupes ethnoculturels (dans l'esprit du communautarisme);
- entre une vision statique du modèle par opposition à une vision dynamique qui tient compte des divers changements qui l'ont affecté depuis 1971.

39. E. WINTER, préc., note 30, p. 184 et suiv.

CONCLUSION

AU-DELÀ DU *RENVOI*, LE MÛRISSEMENT
D'UN PRINCIPE SUPPLÉMENTAIRE

Les traités avec les peuples autochtones : un 5^e pilier de l'ordre constitutionnel canadien ?

MARTIN PAPIILLON*

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (ci-après, *Renvoi*) propose une vision novatrice d'un Canada reposant sur quatre grands principes constitutionnels : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités¹. Pour la Cour suprême, la conciliation de ces quatre principes doit être au cœur de l'interprétation et du processus d'évolution et de transformation de l'ordre constitutionnel canadien. Le *Renvoi* ouvre en ce sens la porte à une conception du Canada reposant sur le dialogue démocratique et la reconnaissance de ses multiples composantes².

Dans ce chapitre, je défendrai l'hypothèse que, si la Cour suprême est particulièrement novatrice dans son traitement du constitutionnalisme comme processus dialogique, elle s'inscrit aussi dans la continuité de l'histoire coloniale canadienne 1) en ne tenant pas compte de l'importance des traités avec les peuples autochtones comme élément fondateur de l'ordre constitutionnel canadien et 2) en réduisant le statut des premiers peuples à celui de minorités historiques dont les droits sont protégés par la Constitution, sans pour autant reconnaître l'importance de leur statut de partenaire constitutionnel. Cette vision réductrice du statut des peuples autochtones contribue, encore aujourd'hui, au

* Professeur agrégé, Département de science politique, Université de Montréal.

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.
2. James TULLY, *The unattained yet attainable democracy: Canada and Quebec face the new century*, Montréal, Programme d'études sur le Québec, McGill University, 2000; Robert SCHERTZER, « Recognition or Imposition? Federalism, National Minorities, and the Supreme Court of Canada », *Nations and Nationalism*, vol. 14, 2008, p. 105.

sentiment d'aliénation de ces derniers face à la Constitution et au régime politique canadien. Une telle vision limite aussi le potentiel du processus de réconciliation entrepris par l'actuel gouvernement fédéral³.

Dans le même ordre d'idées, je soutiendrai qu'aux quatre principes fondamentaux énoncés par la Cour dans le *Renvoi* il y aurait lieu d'en ajouter un cinquième, tout à fait complémentaire aux autres, soit la relation unique entre la Couronne et les peuples autochtones, relation qui repose en grande partie sur les ententes et les traités négociés depuis les premiers contacts entre les puissances européennes et les premiers peuples. Je terminerai en soulignant les avancées récentes, mais aussi les défis, dans la mise en pratique d'un tel modèle de coexistence reposant sur les traités.

1 LA PLACE DES PEUPLES AUTOCHTONES DANS LE *RENVOI*

Si le *Renvoi* a bien vieilli à plusieurs égards, nous sommes frappés par le peu de place accordée à la présence historique et aux droits des peuples autochtones dans l'argumentaire de la Cour. Cela est d'autant plus surprenant que le *Renvoi* survient à une période particulièrement active dans la jurisprudence en matière autochtone. L'arrêt de la Cour survient quelques mois après l'arrêt *Delgamuukw*, qui pose les jalons de la reconnaissance du titre ancestral, et quelques années seulement après les arrêts *Sparrow* et *Van de Peet*⁴. C'est dans ces arrêts que la Cour suprême met en place les premiers jalons de son interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Cour précise notamment dans ces arrêts que l'objectif principal de l'article 35 (1), qui reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, est la «conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinc-

3. Robert SHEPHERD et Pamela McCURRY, «Ottawa must talk to Canadians about nation-to-nation agenda», *Policy Options*, 31 octobre 2018, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/october-2018/ottawa-must-talk-to-canadians-about-nation-to-nation-agenda/].

4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

tives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté⁵». Cette conciliation, précise la Cour, nécessite une prise en compte des intérêts autochtones, mais aussi de la coexistence des traditions et des cultures juridiques autochtones et allochtones dans l'interprétation des normes constitutionnelles⁶.

La Cour semble faire peu de cas de ce principe de coexistence dans le *Renvoi*. Celui-ci s'amorce pourtant avec un retour historique sur les origines et les fondements de l'ordre constitutionnel canadien. La Cour discute du contexte entourant la création de la fédération canadienne en 1867 et insiste sur l'importance du compromis fédératif et du principe sous-jacent de conciliation entre unité et diversité. À cet effet, elle cite avec approbation George-Étienne Cartier, qui soulignait lors des débats ayant mené à l'adoption du texte de 1867 que «l'idée de l'unité des races est une utopie» en contexte canadien et que l'association fédérale visait précisément à préserver cette diversité⁷. La Cour trace ensuite l'évolution de la fédération canadienne, son expansion territoriale et son évolution sur le plan institutionnel jusqu'en 1982. La présence des peuples autochtones (ou plutôt leur absence) dans cette histoire est cependant complètement occultée par la Cour.

Il n'est aucunement question, notamment, des premières alliances et des traités avec les peuples autochtones qui ont permis aux puissances coloniales française et britannique d'assurer leur présence sur le territoire. Alors que la Cour insiste sur l'importance de la continuité de l'ordre juridique et constitutionnel canadien, il n'est fait aucune mention dans le *Renvoi* de la Proclamation royale de 1763, qui reconnaît notamment le statut des terres des peuples autochtones et limite l'expansion territoriale des colonies britanniques d'Amérique du Nord. La Cour esquivé également toute discussion des traités négociés par la suite avec les peuples autochtones afin d'assurer la légitimité juridique de l'expansion territoriale de la fédération canadienne vers l'Ouest et, plus récemment, dans les territoires nordiques. Pourtant, comme nous le verrons dans la prochaine partie, la Proclamation royale et les

5. *R. c. Van der Peet*, préc., note 4, par. 31.

6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 4, par. 81.

7. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 43.

traités qui en découleront sont aux fondements mêmes du constitutionnalisme canadien⁸.

S'ils sont absents de l'histoire, telle qu'elle est interprétée par la Cour, les peuples autochtones sont néanmoins mentionnés dans le *Renvoi* à quelques reprises, notamment dans la section concernant le principe de la protection des minorités. Pour la Cour, l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et affirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, « reflète l'importance de cette valeur [la protection des minorités culturelles] sous-jacente » à l'ordre constitutionnel canadien⁹. Il n'est cependant aucunement mention ici du principe de conciliation que la Cour avait énoncé pourtant quelques mois auparavant dans l'arrêt *Delgamuukw*.

Autrement dit, les peuples autochtones sont reconnus dans le *Renvoi* comme des minorités culturelles dont la protection doit être assurée par l'État, au même titre que les minorités linguistiques ou religieuses, qui bénéficient elles aussi d'une protection constitutionnelle particulière. La nature de la relation historique avec les premiers peuples et leur statut politique sont simplement esquivés. Nous serions ici tentés de dire que, par cet « oubli », la Cour contribue à perpétuer la logique coloniale, à travers laquelle opère une dépolitisation séculière de la relation entre les peuples autochtones et la Couronne. C'est en effet la finalité même du colonialisme de peuplement que de transformer une relation qui relevait au départ du droit des peuples en une relation qui relève du droit des minorités internes¹⁰.

Les peuples autochtones sont mentionnés à une autre occasion dans le *Renvoi*, soit dans le contexte du processus de négociation qu'exigerait, selon la Cour, l'expression d'une volonté claire

8. Brian SLATTERY, « The Royal Proclamation of 1763 and the Aboriginal Constitution », dans Terry FENGE et Jim ALDRIDGE (dir.), *Keeping Promises. The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 14.

9. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 82.

10. James TULLY, *Public Philosophy in a New Key (Ideas in Context)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, chap. 8; Michael ASCH, *On Being Here to Stay. Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

de la part de la population d'une province de faire sécession. Toujours selon la Cour, le respect des droits des peuples autochtones, notamment les droits reconnus dans les traités, devrait alors faire partie de ces négociations¹¹. Il n'est cependant pas question ici de la participation des Autochtones à ce processus de négociation ni de leur consentement (ou non) à la sécession ou à la partition possible de leurs territoires ancestraux. Pourtant, des intervenants autochtones, notamment le Grand Conseil des Cris, ont fait valoir devant la Cour l'importance du consentement autochtone à la possible sécession du Québec¹². La Cour a préféré ignorer cette question. Même si des raisons d'ordre stratégique peuvent expliquer cet oubli volontaire, ce dernier contribue néanmoins à reproduire, encore une fois, une vision du constitutionnalisme canadien qui tend à réduire le statut des peuples autochtones à celui de simples minorités culturelles internes et, par le fait même, à occulter notre histoire coloniale.

Ajoutons enfin que la question du statut politique des peuples autochtones aurait également pu faire l'objet d'une mention dans le contexte de la longue et importante discussion sur le droit à l'autodétermination des peuples. La Cour refuse de reconnaître au Québec un tel droit en raison du caractère volontaire de son adhésion à la fédération canadienne et de l'absence d'oppression systémique ou de relation coloniale avec la fédération canadienne¹³. *A contrario*, la situation des peuples autochtones vient ici immédiatement à l'esprit. Aucun représentant autochtone n'était présent lors des conférences qui ont mené à la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, ces derniers ne furent même pas consultés. Il serait ici difficile de parler d'adhésion volontaire. Ajoutons que le régime de la *Loi sur les Indiens*, mis en place quelques années après 1867, s'apparente quant à lui en tout point à un système d'oppression systémique et à une relation coloniale. Encore une

11. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 92 et 139.

12. Le mémoire du Grand Conseil des Cris déposé lors des audiences à la Cour suprême reprend en partie les arguments présentés dans GRAND COUNCIL OF THE CREE, *Never Without Consent: James Bay Crees' Stand Against Forcible Inclusion into an Independent Québec*, Ottawa, ECW Press, 1998.

13. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 138.

fois, la Cour ne fait aucunement mention de cette réalité historique.

Il serait donc difficile selon moi de rédiger une telle décision aujourd'hui sans mentionner l'importance de la relation avec les peuples autochtones, mais sans rappeler non plus leur statut en tant qu'acteurs constitutifs de l'ordre juridique canadien et sans se prononcer sur leur rôle possible dans un éventuel processus de sécession d'une province – notamment en raison de leur propre droit à l'autodétermination. Comme nous le verrons plus loin, les avancées qui résultent d'une importante relecture de notre histoire commune depuis quelques années, et surtout l'activisme judiciaire et politique des peuples autochtones, font mal vieillir la vision constitutionnelle que préconise la Cour dans le *Renvoi*. Cela dit, si cette vision doit être actualisée, une plus grande reconnaissance de la relation de coexistence avec les peuples autochtones, telle qu'elle avait été énoncée notamment dans les traités, n'entre aucunement en contradiction avec les principes énoncés dans le *Renvoi*.

2 LES TRAITÉS : FONDEMENTS D'UNE RELATION ENTRE LES PEUPLES AUTOCHTONES ET L'ÉTAT CANADIEN

Comme le démontrent les travaux de Michael Asch, John Borrows et bien d'autres, les traités forment la première architecture constitutionnelle de ce qui est aujourd'hui le Canada¹⁴. Les puissances coloniales doivent en effet s'allier avec les nations autochtones qui occupent le territoire et qui en contrôlent les principales voies d'accès maritimes. S'il ne s'agit pas d'une relation égalitaire, les puissances européennes n'ont néanmoins guère le choix que de reconnaître le statut des peuples autochtones, leurs systèmes de gouvernance internes et leurs pratiques diplomatiques. Cette interdépendance est régulée par un méca-

14. M. ASCH, préc., note 10; JOHN BORROWS et MICHAEL COYLE, « Introduction », dans JOHN BORROWS et MICHAEL COYLE (dir.), *The Right Relationship: Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 3.

nisme typique des relations entre entités politiques : des traités et des alliances économiques et militaires¹⁵.

La Grande Paix de Montréal de 1701 en représente un exemple bien connu. Ce traité met fin à plusieurs décennies de conflits qui opposent la confédération Haudenosaunee (Iroquois), alors alliée des Anglais, aux Français et à leurs alliés autochtones. Après plusieurs années de négociations, plus de 1300 délégués de 39 nations autochtones du nord-est de l'Amérique se rejoignent à Montréal en août 1701 pour convenir d'une paix générale entre eux et avec les Français¹⁶.

Le traité de Niagara de 1764 est une autre entente importante assurant la coexistence de nations distinctes et autonomes sur le territoire nord-américain. Ce traité s'inscrit à la suite de la Proclamation royale de 1763, qui limite l'expansion sur les terres à l'ouest des frontières coloniales de l'époque et qui reconnaît par le fait même les droits des premiers habitants sur ces territoires. Seule la Couronne pouvait dorénavant acquérir ces terres par la négociation d'ententes avec les Autochtones. Le traité de Niagara, conclu à peine un an plus tard, vient donner toute sa signification à la Proclamation de 1763. Les représentants de la Couronne et plus de 2000 leaders autochtones de la région, dont plusieurs sont alors en guerre contre les Britanniques, conviennent alors d'une série de principes devant guider l'expansion coloniale, en échange desquels la Couronne s'engageait à protéger l'autonomie des premiers peuples « comme un père protège ses fils ». Des wampums, une ceinture de coquillages utilisée dans les traditions diplomatiques autochtones pour symboliser l'amitié et la réciprocité, sont échangés afin de sceller l'alliance solennelle entre les signataires du traité¹⁷.

-
15. Pour un aperçu de l'importance des traités dans les relations diplomatiques entre les puissances européennes et leurs partenaires autochtones, voir Robert A. WILLIAMS, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, Oxford University Press, 1997.
 16. Gilles HAVARD, *La Grande Paix de Montréal en 1701 : les voies de la diplomatie franco-amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992.
 17. John BORROWS, « Canada's Colonial Constitution », dans J. BORROWS et M. COYLE (dir.), préc., note 14, p. 17 ; James R. MILLER, *Compact, contract, covenant: Aboriginal treaty-making in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Ces premières alliances et ces premiers traités n'ont jamais été abrogés ni remplacés¹⁸. Si l'on accepte les principes de continuité de l'ordre constitutionnel et de la primauté du droit, tels qu'ils ont été définis par la Cour suprême dans le *Renvoi*, ces traités font encore aujourd'hui partie intégrante de l'architecture constitutionnelle canadienne. Ce principe de continuité est d'ailleurs reconnu par la Cour dans de nombreuses décisions portant sur l'interprétation et la portée contemporaine des alliances et des traités historiques.

Dans l'arrêt *Simon* de 1985, la Cour reconnaissait la validité juridique d'un traité d'alliance entre la Couronne britannique et les Mi'kmaq datant de 1752, en prenant soin de préciser que « rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du traité [...] n'indique que la Couronne considérait que le traité avait pris fin. L'extinction des droits de chasse protégés par le traité n'a pas non plus été établie¹⁹ ». La Cour applique la même logique dans l'arrêt *Marshall* en 1999, cette fois concernant les droits de pêche des Mi'kmaq et des Malisset en vertu d'un traité datant de 1760²⁰. La protection constitutionnelle dont bénéficient les droits reconnus aux traités en vertu de l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait que renforcer ce principe de continuité.

2.1 Un changement de paradigme : les traités de cession

La pratique de négocier des traités se poursuit aux ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles. La logique n'est cependant déjà plus la même. Pour la Couronne, en effet, l'objectif n'est plus la coexistence. Il s'agit plutôt de s'assurer de la légalité et de la légitimité, souvent *a posteriori*, de la prise de possession des terres par les populations eurodescendantes de la colonie. Ces traités exigent donc, dans un langage juridique volontairement alambiqué, que les peuples autochtones signataires « cèdent » leurs droits sur le territoire en échange de la protection de la Couronne et de terres qui leur sont

18. B. SLATTERY, préc., note 8.

19. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, par. 3.

20. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

réservées²¹. La relation de nation à nation des premières alliances s'estompe dès lors, pour faire place à une relation de domination.

La création de la fédération canadienne consolide le processus d'internalisation des nations autochtones. Celles-ci sont effectivement exclues du processus de négociation menant à la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu de l'article 91 (24) de la nouvelle constitution, c'est le nouvel État fédéral canadien qui hérite de la responsabilité coloniale pour «les Indiens et les terres réservées aux Indiens». Les peuples autochtones deviennent donc des sujets de ce nouvel État, sans jamais avoir même été consultés. Le nouveau pouvoir fédéral poursuit néanmoins la politique de la Couronne britannique de négocier avec les premiers peuples la cession de leurs terres ancestrales en échange de garanties concernant l'accès à ces terres et la protection de l'État face à l'expansion coloniale.

Entre 1867 et 1923, onze traités «numérotés» seront signés entre le gouvernement fédéral et les nations autochtones du Nord-Ouest et des Prairies afin d'asseoir l'autorité de la Couronne sur ces territoires. Même si la conception de ces traités varie selon le contexte et les groupes signataires, une constante demeure : pour les Autochtones, les traités ne visaient pas à abdiquer à l'État toute autorité sur le territoire et toute autonomie politique. Bien au contraire, les traités historiques, comme les premières alliances, constituaient pour les Autochtones une forme de reconnaissance, par la puissance coloniale, de leur statut en tant qu'entités politiques distinctes. Encore aujourd'hui, leurs descendants conçoivent la signature de ces traités comme un moment constitutif d'une relation unique avec la Couronne, relation reposant non pas sur la subjugation à l'ordre constitutionnel canadien, mais sur la reconnaissance mutuelle et la coexistence d'entités politiques distinctes sur le territoire²².

Si l'État canadien maintient au départ une certaine ambiguïté face au statut de ces traités, l'interprétation qui leur est donnée est tout autre. Dans l'optique fédérale, les traités servent à «ouvrir»

21. J.R. MILLER, préc., note 17.

22. James Y. HENDERSON, «Empowering Treaty Federalism», *Saskatchewan Law Review*, vol. 58, 1994, p. 241.

le territoire à la colonisation. Il s'agit moins de reconnaître une relation égalitaire que de confirmer l'autorité et la souveraineté de la Couronne sur les territoires, en échange de maigres compensations financières et d'un régime de protection visant à limiter l'effet négatif de la colonisation sur les populations indigènes, tout en facilitant leur éventuelle assimilation à cette nouvelle société. Les obligations contractées dans les traités seront donc interprétées de manière restrictive, alors que, dans une large mesure, elles seront simplement ignorées²³.

2.2 Le « retour » des traités

Après un hiatus de près de 50 ans pendant lequel l'État fédéral et les provinces ne considèrent plus nécessaire de conclure des traités avec les peuples autochtones, ces derniers font cependant un retour à l'avant-scène juridique et politique dans les années 1970. Le Livre blanc de 1969, qui proposait l'abolition du statut d'Indien et le règlement définitif des litiges concernant les traités historiques, contribue paradoxalement à ce retour des traités. Pour le premier ministre de l'époque, Pierre E. Trudeau, dans une « société juste », reposant sur le principe d'égalité entre les citoyens, les relations entre ces derniers ne pouvaient être gouvernées par des traités. Il fallait donc abolir ces reliquats de l'ancien ordre colonial.

La réaction des Premières Nations signataires de traités historiques est sans appel : il n'est pas question de renoncer aux traités. Au contraire, ces derniers devraient être réhabilités, tant dans leur esprit que dans leur contenu. Dans leur réponse au Livre blanc, les chefs de l'Alberta sont clairs :

Pour nous, les Indiens signataires de traités, il n'y a rien de plus important que les traités que nous avons conclus pour protéger nos terres et assurer le bien-être des générations futures. [...] Le gouvernement doit absolument admettre ses errances et reconnaître que les traités sont des accords historiques, moraux et légaux solennels, qui comportent des obligations²⁴.

23. J.R. MILLER, préc., note 17.

24. CHIEFS OF ALBERTA, « Citizens Plus », *Aboriginal Policy Studies*, 1970 (2011), p. 188 (traduction libre de l'auteur).

La Cour suprême donnera, à la même époque, un nouvel élan à la négociation de traités à la suite de l'arrêt *Calder*, en 1973, concernant les revendications territoriales des Nisga'a en Colombie-Britannique²⁵. Les Nisga'a n'avaient jamais signé de traité et contestaient par le fait même la légitimité de la souveraineté de la Couronne sur leurs terres ancestrales. Dans un jugement divisé, la Cour rejette la requête des Nisga'a en l'espèce, mais reconnaît néanmoins pour la première fois que le titre ancestral autochtone pouvait avoir survécu à l'affirmation unilatérale de souveraineté. La Cour enjoignait par le fait même la Couronne à négocier le règlement des litiges concernant les droits sur ces territoires n'ayant pas fait l'objet de traités historiques, notamment en Colombie-Britannique et dans les territoires nordiques. Quelques mois plus tard, le juge Malouf de la Cour du Québec confirme qu'une situation similaire prévaut dans le Québec nordique. C'est cette décision, par la suite portée en appel, qui forcera le Québec et le gouvernement fédéral à négocier avec les Cris et les Inuits la Convention de la Baie-James et du Nord québécois (CBJNQ), qui deviendra le premier « traité moderne ».

Entre 1975 et 2018, le Canada signera 26 « traités modernes » en vertu de sa politique de règlement des revendications territoriales globales. Certaines de ces ententes vont transformer considérablement le paysage politique canadien. L'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, ratifié en 1993, mènera notamment à la création du territoire du Nunavut, dont la majorité de la population est inuite. La nation Nisga'a, à l'origine de l'affaire *Calder*, signera une entente portant sur ces revendications territoriales en 1999. Il s'agit de la première entente en Colombie-Britannique. D'autres ententes seront signées au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Labrador²⁶.

Alors que les premiers traités tenaient souvent sur quelques pages, les traités modernes sont des documents juridiques complexes couvrant de manière détaillée un large éventail de sujets concernant la relation entre signataires. Par exemple, la

25. *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313.

26. GOUVERNEMENT DU CANADA, RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD, *Traités et ententes*, [En ligne], [www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp4].

CBJNQ compte 31 chapitres et plusieurs conventions complémentaires, pour un total de plus de 400 pages, traitant autant de la gestion du territoire et de la faune que de l'éducation, de la santé et du développement économique et social²⁷. Les traités plus récents incluent également des dispositions concernant l'autonomie gouvernementale des communautés ou des nations autochtones signataires. Ces régimes d'autonomie varient, mais certains – notamment au Yukon et dans le cas des Nisga'a en Colombie-Britannique – consacrent les compétences, parfois même exclusives, des signataires autochtones dans certains domaines précis²⁸.

Malgré ces différences importantes entre les premiers traités historiques et ces ententes contemporaines, il importe de souligner une certaine continuité. Dans l'esprit des gouvernements canadiens, ces traités visent, tout comme c'était le cas pour leurs prédécesseurs, à assurer la légitimité de l'autorité étatique sur le territoire. Il s'agit, encore une fois, de limiter l'incertitude juridique afin de faciliter l'accès au territoire à des fins économiques. Si l'exploitation minière ou pétrolière a remplacé la colonisation agricole, les visées demeurent les mêmes. En ce sens, les traités modernes contiennent tous une clause, dont la nature exacte varie, par laquelle les signataires autochtones « cèdent » ou acceptent de « suspendre » l'exercice de leurs droits ancestraux sur le territoire ou « renoncent » à les exercer²⁹. En échange, ces derniers reçoivent une compensation financière et la reconnaissance de droits particuliers, tels qu'ils sont définis dans le traité.

Cette interprétation des traités, comme des ententes de type contractuel visant d'abord à régler un litige, contraste encore une fois avec celle qui anime les signataires autochtones. Tout comme leurs prédécesseurs des siècles précédents, les signataires autoch-

27. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976.

28. Voir par exemple GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD, *Yukon – Final Agreements and Related Implementation Matters*, [En ligne], [www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100030607/1100100030608].

29. Colin SAMSON, « Canada's Strategy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Claims », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31, 2016, p. 87.

tones tendent à définir les traités modernes de manière beaucoup plus large et organique, comme des ententes entre nations visant à assurer une coexistence et un partage du territoire. Ces derniers accordent par le fait même une grande importance non seulement à la lettre des traités, mais aussi à leur intention générale et à leurs dimensions plus symboliques et protocolaires³⁰.

Ces divergences d'interprétation entraînent sans surprise de nombreux conflits dans la mise en œuvre des traités modernes. Les tribunaux sont parfois amenés à trancher ces litiges, notamment en ce qui concerne la nature des obligations financières qui découlent de ces traités³¹. De nombreux rapports, en provenance notamment du Vérificateur général du Canada, critiquent également l'approche du gouvernement fédéral dans la mise en œuvre des traités modernes³².

Pour les mêmes raisons, plusieurs nations autochtones en Colombie-Britannique, au Québec et dans les territoires refusent de s'engager dans un processus de négociation de leurs revendications territoriales, la politique fédérale de négociation des traités, tout comme les pratiques de mise en œuvre, ne découlant pas d'une véritable reconnaissance du principe de coexistence des ordres juridiques autochtones et coloniaux. Plutôt que d'ac-

30. Terry FENGE, «Negotiating and Implementing Modern Treaties between Aboriginal Peoples and the Crown», dans T. FENGE et J. ALDRIDGE (dir.), préc., note 8, p. 105; Martin PAPILLON et Audrey LORD, «Les traités modernes: vers une nouvelle relation?», dans Alain BEAULIEU, Stéphan GERVAIS et Martin PAPILLON (dir.), *Les Autochtones et le Québec. Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 343.

31. Pour un aperçu des doléances des signataires autochtones, voir LAND CLAIMS AGREEMENT COALITION, *Honour, Spirit and Intent: A Model Canadian Policy on the Full implementation of Modern Treaties Between Aboriginal Peoples and the Crown*, 2008, [En ligne], [www.landclaimscoalition.ca/assets/LCAC_Model_Policy_Document2.pdf].

32. BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Chapter 8 – Indian and Northern Affairs Canada, Transferring Federal Responsibilities to the North*, 2003, [En ligne], [www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20031108ce.pdf]; BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Chapter 3 – Inuvialuit Final Agreement*, 2007, [En ligne], [www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20071003c_e.pdf].

cepter la prépondérance de l'autorité canadienne sur leurs terres, ces nations préfèrent attendre ou négocier avec les promoteurs privés et les gouvernements des ententes à la pièce leur permettant de bénéficier du développement économique sur leurs terres ancestrales, sans pour autant devoir renoncer à leur titre ou à leur autorité sur celles-ci³³.

Malgré ces nombreuses limites, la grande majorité des peuples autochtones continuent aujourd'hui à considérer les traités comme le fondement même de leur relation à l'État canadien. Pour reprendre les mots de James Tully :

Les relations fondées sur les traités étaient et sont toujours marquées par un ensemble complexe de rapports stratégiques, par la force, la fraude et les abus. Néanmoins, depuis les premiers traités conclus au xvii^e siècle, en passant par les accords de 1870 avec les Métis, jusqu'aux ententes dites modernes, que ce soit au Nunavut avec les Inuits de l'est de l'Arctique en 1993 ou avec les nations du Pacifique Nord-Ouest, la relation basée sur les traités a survécu et continue d'évoluer, comprenant à ce jour plus de 500 traités et autres ententes similaires. Pour la plupart des peuples autochtones, y compris pour ceux qui vivent à l'extérieur des réserves, les traités constituent encore le fondement sur lequel devrait être construite une relation plus juste et équitable³⁴.

En l'absence de conquête, ce sont ces traités, et leurs pendants contemporains, qui ont permis et continuent de permettre à la Couronne d'exercer de manière légitime sa souveraineté sur ce qui constitue aujourd'hui le territoire canadien. En ignorant ces traités, ou en négligeant de leur donner l'importance qu'ils méritent, le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes négligent, selon Tully, les fondements mêmes de l'ordre constitutionnel sur lequel repose leur autorité³⁵.

33. Douglas EYFORD, *A New Direction. Advancing Aboriginal and Treaty Rights*, Ottawa, AANDC, 2015.

34. J. TULLY, préc., note 10, p. 226 (traduction libre de l'auteur).

35. *Ibid.*, p. 236.

3 VERS UNE RÉAFFIRMATION DES TRAITÉS COMME PRINCIPE FONDATEUR DU CONSTITUTIONNALISME CANADIEN ?

Les traités sont au cœur de l'histoire constitutionnelle canadienne. Pour la vaste majorité des peuples autochtones, ils demeurent au cœur de toute démarche pour une réconciliation durable avec l'État colonial. La Commission royale sur les peuples autochtones faisait d'ailleurs sienne cette vision dans son rapport de 1996, en recommandant de revenir à l'esprit des premiers traités afin d'établir une relation fondée sur les principes de la reconnaissance, du respect mutuel et du partage des responsabilités³⁶.

Plus récemment, la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CRV), qui se penchait sur les séquelles des pensionnats indiens, enjoignait également les gouvernements à revaloriser les traités historiques et à en faire l'un des piliers de la réconciliation. Il vaut la peine de citer au long la Commission :

Les peuples autochtones n'ont jamais oublié les relations originales qu'ils ont eues avec les premiers Canadiens. Cette relation empreinte de soutien réciproque, de respect et d'assistance a été confirmée par la Proclamation royale de 1763 et par les traités avec la Couronne qui ont été négociés de bonne foi par leurs chefs. Cette mémoire, confirmée par les analyses historiques et transmise suivant la tradition orale, a soutenu les peuples autochtones dans leur long combat politique pour vivre dans la dignité comme peuples ayant droit à l'autodétermination avec leurs propres cultures et leur propre rapport à la terre.

Les effets destructeurs des pensionnats, la *Loi sur les Indiens* et l'incapacité de la Couronne à respecter les promesses issues des traités ont miné les relations entre les Autochtones et les non-Autochtones. Le préjudice le plus important est la rupture du lien de confiance entre la Couronne et les peuples autochtones. Cette rupture doit être réparée. La vision qui a mené à cette rupture du lien de confiance doit être remplacée par une nouvelle vision pour le Canada ; une vision qui reconnaît pleinement le droit à l'autodé-

36. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport final*, vol. 2, Ottawa, Canada Communications Group, 1996.

termination des peuples autochtones dans le cadre d'un partenariat avec une souveraineté canadienne viable³⁷.

Pour la CRV, la réconciliation passe par la reconnaissance des erreurs du passé, par la revitalisation des langues, des cultures et des spiritualités autochtones, mais aussi par la réaffirmation de la relation originelle avec les peuples autochtones, telle qu'elle avait été incarnée par les premières alliances et le traité de Niagara. Une telle relation repose notamment sur la reconnaissance mutuelle et sur le principe de la coexistence des ordres juridiques et des sphères d'autonomie politique des partenaires aux traités.

Cette vision d'un Canada profondément pluriel, où se superposent et coexistent de multiples ordres juridiques, est partagée par de nombreux penseurs autochtones et allochtones³⁸. À quelques nuances près, ces derniers nous invitent à penser le Canada comme une association fédérale multinationale et bicéphale, gouvernée à la fois par le régime fédéral-provincial de 1867 et par un régime constitutif érigé peu à peu par un ensemble de traités qui définissent les mécanismes de la coexistence entre la puissance coloniale et les systèmes politiques et juridiques autochtones. Loin d'être subordonné au premier, le respect du régime constitutionnel établi par les traités est en fait un préalable à la légitimité même du système fédéral de 1867 selon John Borrows³⁹.

Une telle réaffirmation des traités comme pilier du constitutionnalisme canadien ne va pas sans poser de nombreux défis. Sans faire ici une liste exhaustive, pensons par exemple aux conflits inévitables entre le partage des compétences issu du régime fédéral de 1867 et celui qui est issu des traités. Le principe de non-subordination entre ces deux régimes exigerait la création

37. COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Ottawa, Commission de vérité et réconciliation du Canada et McGill-Queen's University Press, 2015, p. 184.

38. J.Y. HENDERSON, préc., note 22; Kiera LADNER, «Take 35: Reconciling Constitutional Orders», dans Annis May TIMPSON (dir.), *First Nations, First Thoughts: The Impact of Indigenous Thought in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 279; J. BORROWS, préc., note 17; M. ASCH, préc., note 10; J. TULLY, préc., note 10.

39. John BORROWS, *Freedom and Indigenous Constitutionalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2016. Voir aussi J. TULLY, préc., note 10.

de mécanismes autonomes de règlements des différends, ce qui exclut d'office les tribunaux canadiens, puisque ceux-ci relèvent du droit colonial⁴⁰. Les mécanismes mis en place pour interpréter le traité de Waitangi en Nouvelle-Zélande pourraient ici servir d'inspiration⁴¹.

L'asymétrie profonde inhérente à la négociation de traités entraîne également son lot de défis. Les traités déjà en vigueur ont chacun leurs particularités et les nations signataires n'ont pas une vision uniforme de leur relation avec le Canada. Si certaines souhaitent minimiser leur intégration au régime de citoyenneté canadien, d'autres y sont moins réfractaires. Pensons par exemple aux Inuits du Nunavut ou du Nunavik au Québec. La distinction entre les droits associés aux traités et ceux qui sont associés à la citoyenneté commune peut alors être difficile à faire, notamment en ce qui concerne l'accès aux programmes sociaux ou aux modalités de la redistribution des revenus issus de la taxation. Les nombreux litiges autour du financement des programmes d'éducation et de santé sous le régime des traités modernes témoignent déjà de telles difficultés⁴².

Un autre enjeu concerne la représentation autochtone au sein du système politique et juridique canadien. Comment établir les modalités de cette représentation, que ce soit au Parlement ou encore dans les instances judiciaires communes, si chaque traité établit un régime distinctif de droits et de responsabilités ? La fameuse question du West-Lothian se poserait avec acuité dans un régime fédératif reposant sur des traités fortement asymétriques⁴³.

40. Jean LECLAIR, «Nanabush, Leon Fuller, and Historical Treaties: The Potentialities and Limits of Adjudication», dans J. BORROWS et M. COYLE (dir.), préc., note 14, p. 325.

41. Jacynnda RURU, «A Treaty in Another Context: Creating Reimagined Treaty Relationships in Aotearoa New Zealand», dans J. BORROWS et M. COYLE (dir.), préc., note 14, p. 305.

42. M. PAPILLON et A. LORD, préc., note 30.

43. L'expression fait référence au problème du droit de vote à la Chambre des communes du Royaume-Uni des parlementaires, notamment écossais, sur des questions portant exclusivement sur l'Angleterre. Voir Vernon BOGDANOR, «The West Lothian Question», *Parliamentary Affairs*, vol. 63, 2010, p. 156.

Si une relation fondée sur les traités pose certains défis, la réaffirmation du statut des traités existants et un renouvellement de l'approche canadienne sur le plan tant des visées de ces traités que de leur négociation et de leur mise en œuvre semblent néanmoins incontournables dans une optique de réconciliation des multiples visions constitutionnelles coexistant au Canada. Non seulement la revitalisation des traités paraît conséquente avec les origines mêmes de la communauté politique canadienne, mais elle s'inscrit également dans le respect et dans la continuité des conceptions autochtones de leur place dans l'ensemble canadien.

3.1 Pour une réactualisation des principes énoncés dans le *Renvoi*

Par ailleurs, une telle revalorisation des traités ne semble aucunement en contradiction avec la vision constitutionnelle de la Cour suprême, telle qu'elle est énoncée dans le *Renvoi*. Cette vision doit cependant être actualisée et bonifiée. Par exemple, la Cour attache une grande importance à la primauté du droit et au constitutionnalisme. La Proclamation royale de 1763 et les traités qui en découlent font partie de l'héritage constitutionnel canadien, tout comme c'est le cas pour les traités plus récents, dont le contenu bénéficie d'une protection constitutionnelle en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le respect des traités et de leur esprit général s'inscrit dans la continuité du principe de la primauté du droit et devrait en ce sens faire partie des principes devant guider tant les actions gouvernementales que l'interprétation de leur conformité constitutionnelle par les tribunaux.

La lecture que fait la Cour du principe du fédéralisme devrait également être étendue aux traités. Au respect des compétences des ordres de gouvernement existants, il faudrait dès lors ajouter le respect des ordres juridiques et de l'autonomie des gouvernements autochtones. Lorsque la Cour précise que le principe fédéral ne se limite pas au partage des compétences de 1867 et doit être interprété de manière à assurer l'équilibre entre les ordres de gouvernement, elle réaffirme le principe d'autonomie des provinces. Comme le souligne John Borrows en citant des extraits du *Renvoi*, une telle approche repose sur une conception

organique du fédéralisme qui peut parfaitement être appliquée à l'interprétation des traités :

En suivant le raisonnement de la Cour concernant les droits provinciaux, il est possible d'affirmer que le gouvernement fédéral s'est aussi arrogé des pouvoirs considérables dans ses relations avec les peuples autochtones, dans un esprit contraire aux traités, menaçant ainsi l'autonomie de ces groupes. [...] Si les tribunaux peuvent consolider l'autonomie des provinces en se basant sur des principes non écrits découlant du fédéralisme pour « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel » (par. 53), ne pourraient-ils pas aussi « faciliter la poursuite d'objectifs collectifs » (par. 59) des nations autochtones sur la base des principes qui sous-tendent la relation fondée sur les traités ?⁴⁴

La Cour refuse également de réduire le principe démocratique à une vision simpliste de la citoyenneté, qui associerait démocratie et volonté de la majorité. Elle tient donc compte de la pluralité des communautés politiques et de l'importance de concilier majorité populaire et respect pour les différences historiques et les droits des minorités. Encore une fois, une telle conception de la démocratie semble compatible avec une mise en valeur des traités qui affirmerait la coexistence et la superposition de plusieurs communautés politiques avec leurs règles démocratiques propres.

3.2 Du droit des minorités au droit à l'autodétermination

Paradoxalement, c'est sans doute le principe du respect des minorités qui pourrait être le plus difficile à concilier avec une vision constitutionnelle donnant aux traités un statut unique. En effet, la réaffirmation des traités vise précisément à extirper les peuples autochtones d'une vision constitutionnelle qui les cantonne au rôle de minorités internes. Il est à noter que la Cour suprême elle-même s'éloigne aujourd'hui d'une conception réductrice des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones. La jurisprudence de la Cour repose de plus en plus sur le principe de « l'honneur de la Couronne », qui prévoit que

44. John BORROWS, « Domesticating Doctrines: Aboriginal Peoples after the Royal Commission », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, p. 615, à la page 627 (traduction libre de l'auteur).

les gouvernements doivent agir avec honneur, intégrité, bonne foi et équité dans tous leurs rapports avec les peuples autochtones⁴⁵.

Selon la Cour suprême, l'idée que les relations avec les peuples autochtones engagent l'honneur de la Couronne découle de l'historique particulier des relations entre celle-ci et les premiers peuples, relation notamment codifiée par les traités. C'est afin de réconcilier l'affirmation de la souveraineté de la Couronne avec la présence ancestrale des sociétés autochtones ayant leurs propres systèmes juridiques et politiques que la Couronne se doit d'agir de manière honorable avec ces derniers. C'est, par exemple, en vertu de l'honneur de la Couronne que les gouvernements ont l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones lorsqu'une décision pourrait affecter leurs droits⁴⁶. Il serait difficile aujourd'hui de baliser les grands principes devant guider le processus de sécession d'une province sans considérer, tant pour le gouvernement fédéral que pour la province en question, les obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne.

À ce nouvel édifice de droit interne qui est venu préciser depuis 1998 la nature de la relation entre les peuples autochtones et la fédération canadienne s'ajoute une nouvelle dynamique sur le plan du droit international. En effet, l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) en 2007 représente un tournant⁴⁷. Bien qu'elle ne soit pas formellement contraignante en droit international, la DNUDPA s'impose depuis son adoption comme une sorte de charte internationale énonçant les grands principes devant régir les relations entre les États et les peuples autochtones⁴⁸.

45. *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 18.

46. La Cour ouvre la porte à un élargissement du principe d'honneur de la Couronne, notamment à son application au processus législatif, dans le récent arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40.

47. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 2 octobre 2007, [En ligne], [www.unhcr.org/refworld/docid/471355a82.html].

48. Sheryl LIGHTFOOT, *Global Indigenous Politics. A Subtle Revolution*, New York, Routledge, 2016.

La Déclaration, à laquelle le Canada adhère pleinement depuis 2016, part du principe que les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination, au même titre que les autres peuples. En ce sens, ils sont libres de décider de leur devenir politique, économique et culturel, mais ils sont aussi libres de consentir, ou non, aux pratiques et aux politiques de l'État pouvant affecter le plein exercice de leurs droits. La Déclaration prévoit ainsi que les peuples autochtones doivent consentir, de manière préalable, libre et éclairée, aux lois et aux politiques pouvant affecter l'exercice de leurs droits sur leurs terres ancestrales, notamment en matière de développement économique et d'extraction des ressources naturelles. La Déclaration engage également les États à respecter les ententes et les traités signés par le passé avec les peuples autochtones⁴⁹.

Le Canada s'est engagé à se conformer aux principes énoncés dans la Déclaration. Le gouvernement Trudeau en a même fait une des pièces maîtresses de la réconciliation promise avec les peuples autochtones⁵⁰. Si la Cour suprême n'a pas pour l'instant défini la portée de la Déclaration en droit canadien, il fait peu de doute que son influence sera considérable dans le processus en cours de redéfinition des rapports entre les premiers peuples et la société eurodescendante.

CONCLUSION

Cet ouvrage nous invite à ré-imaginer le Canada à l'aune de la vision constitutionnelle de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Avec vingt ans de recul, ce chapitre permet de souligner un important angle mort dans l'architecture constitutionnelle canadienne, telle qu'elle a été énoncée par la Cour dans le *Renvoi*. En effet, la Cour fait l'impasse sur ce qu'elle-même considérerait sans doute aujourd'hui comme un des piliers du constitutionnalisme canadien, soit la relation *sui generis* qu'entretient la fédération canadienne avec les peuples autochtones.

49. *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., note 47, voir en particulier les articles 19, 32 et 37.

50. CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, 2017, [En ligne], [www.justice.gc.ca/fr/csj-sjc/principes-principes.html].

Cette relation repose selon la Cour sur le principe de l'honneur de la Couronne et sur l'héritage des traités négociés depuis les premiers contacts entre les peuples autochtones et les puissances européennes. Bien que la nature de ces traités ait évolué au cours de l'histoire, ce chapitre défend l'idée qu'ils demeurent une pièce fondamentale de l'architecture constitutionnelle canadienne. La réconciliation avec les peuples autochtones passe inévitablement par une revitalisation de cette relation reposant sur les traités.

Si le *Renvoi* n'accorde pas une place suffisante aux traités, et de manière plus large à la relation avec les peuples autochtones, la reconnaissance de ce principe fondateur de l'ordre constitutionnel canadien n'est pas en soi incompatible avec la vision constitutionnelle proposée par la Cour. En fait, il serait juste de dire qu'un tel principe se situe dans la continuité de la réflexion de la Cour, notamment en ce qui concerne son interprétation des principes de continuité et de la règle de droit, du fédéralisme et de la démocratie. En fait, la Cour précise bien dans le *Renvoi* que les principes qu'elle énonce ne sont pas exhaustifs et que ceux-ci sont appelés à évoluer. L'ajout d'un cinquième grand principe, celui de la coexistence et du respect des traités avec les peuples autochtones, s'inscrit à mon sens parfaitement dans une telle logique évolutive et dans la conception organique du constitutionnalisme canadien endossée par la Cour dans le *Renvoi*⁵¹.

De même, une telle mise à jour de la vision constitutionnelle de la Cour s'inscrit en phase avec les avancées récentes en matière de droit des peuples autochtones. Sur le plan interne, sans reconnaître pleinement la souveraineté autochtone, le principe de coexistence et celui d'honneur de la Couronne s'imposent de plus en plus comme les critères qui, selon la Cour, doivent guider la relation entre les autorités canadiennes et les premiers peuples. Sur le plan international, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones nous force à aller plus loin, en reconnaissant notamment le statut des peuples autochtones comme entités politiques distinctes et non plus simplement comme minorités internes. La reconnaissance des traités et leur

51. Peter RUSSELL, *Canada's Odyssey. A Country Based on Incomplete Conquest*, Toronto, University of Toronto Press, 2017.

revitalisation comme fondement de l'ordre constitutionnel canadien s'inscrivent dans une telle logique.

Vingt ans après le *Renvoi*, c'est sans doute sur le plan de la relation entre la fédération canadienne et les peuples autochtones que le constitutionnalisme canadien a le plus évolué. Il reste cependant encore beaucoup de chemin à parcourir avant d'arriver à une réelle réconciliation, comme l'envisage la Commission de vérité et réconciliation. Aujourd'hui, il est clair que la balle est dans le camp des gouvernements canadiens. Les tribunaux ne peuvent, à eux seuls, transformer les institutions et les pratiques issues de notre passé colonial. Tant Ottawa que les provinces doivent s'atteler à la tâche de reconnaître dans leurs lois, mais aussi dans leurs pratiques, le pluralisme constitutionnel aux sources de notre régime politique.

Les récents efforts du gouvernement fédéral afin de refonder la relation avec les peuples autochtones sur les principes de la DNUDPA et la reconnaissance de leurs droits inhérents montrent cependant que les obstacles demeurent considérables. En effet, malgré son ouverture au principe de la coexistence des régimes juridiques et politiques canadiens et autochtones, Ottawa refuse toujours d'envisager un véritable partage de la souveraineté qui irait au-delà de la répartition des compétences issues de la constitution coloniale de 1867⁵². En ce sens, l'asymétrie des rapports de pouvoir et les intérêts économiques et politiques en faveur du statu quo institutionnel condamnent les peuples autochtones à une lutte de tous les instants.

52. CANADA, BUREAU DU PREMIER MINISTRE, *Le gouvernement du Canada créera un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits*, communiqué de presse, 14 février 2018, [En ligne], [pm.gc.ca/fra/nouvelles/2018/02/14/gouvernement-du-canada-creera-cadre-de-reconnaissance-et-de-mise-oeuvre-des]. Pour une critique du processus, voir R. SHEPHERD et P. McCURRY, préc., note 3.

En 1998, la Cour suprême du Canada rendait sa décision au sujet du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, dans laquelle elle se prononçait sur certains des enjeux les plus fondamentaux de notre système de gouvernement constitutionnel. La Cour a reconnu quatre principes sous-jacents de l'ordre politico-constitutionnel canadien, lesquels inspirent et nourrissent le texte écrit de la constitution. Piliers de l'architecture institutionnelle, ces principes sont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme, ainsi que la protection des minorités. Ceux-ci non seulement représentent des valeurs fondamentales portées par la constitution canadienne, mais sont aussi et surtout des postulats normatifs nécessaires pour penser l'aménagement de la diversité profonde dans les sociétés complexes.

Fort de contributions provenant à la fois du droit et de la science politique, cet ouvrage offre une réflexion tant rétrospective que prospective quant à la valeur de ces principes pour ré-imaginer le Canada sur des bases plus hospitalières à l'égard de tous les partenaires de l'association politique.

FÉLIX MATHIEU est doctorant en science politique à l'Université du Québec à Montréal et membre étudiant de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes. Il a fait paraître en 2017 aux Presses de l'Université du Québec *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes*, récipiendaire du prix Ministère des Relations internationales et de la francophonie du Québec / Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (Prix du livre politique, 2018). Ses travaux portent principalement sur le nationalisme et le fédéralisme en contexte multinational, ainsi que sur l'aménagement de la diversité dans les démocraties libérales.

DAVE GUÉNETTE est doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université catholique de Louvain. Il est notamment membre étudiant de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes (CREQC) et du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO). Ses travaux portent sur le processus constituant dans les sociétés fragmentées, le fédéralisme consociatif et les liens entre nationalisme et constitutionnalisme. Avec Félix Mathieu, il est le lauréat du Prix Étudiants-chercheurs étoiles du mois de décembre 2017 pour un article paru dans la revue *Publius: The Journal of Federalism*.

Photographie de couverture :

Aussi en version numérique

