



L'AVENIR DU FÉDÉRALISME CANADIEN

ACTEURS ET INSTITUTIONS

Sous la direction de
ALAIN-G. GAGNON
JOHANNE POIRIER

collection
 *prisme*





L'épanouissement de la liberté et de la démocratie passe par la promotion du caractère pluraliste de l'espace public. Lorsque les majorités dialoguent entre elles sans négliger les minorités, quand la voix des générations montantes n'est pas étouffée et que les points de vue dissidents trouvent des espaces pour s'exprimer, les conditions sont réunies pour qu'une société puisse se considérer riche d'un espace public pluraliste. Toutefois, sur ce terrain comme sur d'autres en démocratie libérale, le triomphe définitif est un fol espoir. Rien ne saurait remplacer la pratique renouvelée du pluralisme. Une lucidité, une vigilance de tous les instants demeurent nécessaires.

La collection « Prisme » se définit comme l'un des lieux de cette vigilance dans la société québécoise contemporaine. On y accueillera des perspectives critiques face aux idées dominantes, des approches novatrices dans l'étude des réalités politiques. Des efforts particuliers seront déployés pour promouvoir la relève intellectuelle. On réservera aussi une place de choix dans cette collection à des traductions d'essais importants écrits par des auteurs anglophones du Québec et du Canada. Cette collection aura atteint ses objectifs si elle parvient à surprendre le public éclairé, à le déranger, à lui faire entendre des voix ignorées ou oubliées.

Cette collection est dirigée par Guy Laforest.

L'AVENIR DU FÉDÉRALISME CANADIEN
Acteurs et institutions

L'AVENIR DU FÉDÉRALISME CANADIEN

Acteurs et institutions

Sous la direction de
Alain-G. Gagnon et Johanne Poirier



Presses de
l'Université Laval

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

| **Canada**

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien.
We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.



Canada Council
for the Arts

Conseil des arts
du Canada

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.

SODEC
Québec 

Maquette de couverture : Laurie Patry
Mise en page : Diane Trottier

Dépôt légal 4^e trimestre 2020

ISBN 978-2-7637-5250-1

PDF: 9782763752518

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

Préface.....	XIII
--------------	------

Guy Laforest

INTRODUCTION

Le fédéralisme canadien : l'influence des institutions sur les acteurs clés de la vie politique et sociale.....	1
--	---

Johanne Poirier et Alain-G. Gagnon

Aperçu général.....	4
Quatre leçons pour le fédéralisme canadien	13
L'effet différencié des institutions du fédéralisme sur les acteurs clés	14
Les institutions du fédéralisme peuvent-elles donner une voix à la diversité profonde et complexe du Canada?.....	18
Une histoire complexe de colonialisme, de conflits et de coopération	20
L'impératif de la créativité institutionnelle et du dialogue continu	22
Remerciements	24

PARTIE 1 – LE BICAMÉRALISME

CHAPITRE I

Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale.....	27
--	----

Cheryl Saunders

Introduction	27
Le bicaméralisme dans les démocraties fédérales.....	30
Le « rôle fédéral » joué par les secondes chambres	30
La composition des secondes chambres	33
Les pouvoirs des secondes chambres.....	34
Le bicaméralisme canadien dans un contexte comparatif.....	35
Le Sénat australien comme étude de cas	39
La composition et les pouvoirs du Sénat	39

Le Sénat et la représentation des minorités	46
Le bicaméralisme et le partage du pouvoir	50
Conclusions.....	53
CHAPITRE 2	
Le bicaméralisme et ses conséquences sur la structuration politique canadienne: des possibilités d'avenir malgré des occasions manquées	55
<i>Jörg Broschek</i>	
Introduction	55
La structuration politique et la fédéralisation	58
Situer le cas canadien: la Confédération comme moment critique..	62
La restructuration politique: déclin des mécanismes intra-institutionnels	69
Les options futures.....	77
Les scénarios contextuels: dérive et conversion.....	79
Scénarios structurels.....	81
Conclusion	86
CHAPITRE 3	
Fédéralisme et fraternité: des arrangements pour un dialogue fédéral dans les institutions centrales du Canada.....	89
<i>Ian Peach</i>	
Introduction: Ce que la Confédération a engendré.....	89
Évaluer le Sénat par rapport aux principes fondamentaux de la Constitution.....	97
Tentatives de réforme du Sénat depuis 1867: l'échec de la fédéralisation de nos institutions.....	99
Et après? Une nouvelle stratégie pour bâtir le fédéralisme dans les institutions centrales de notre gouvernement	101
Conclusion	107
CHAPITRE 4	
La représentation des groupes minoritaires et des femmes au Sénat depuis 1867	109
<i>Linda Cardinal</i>	
Introduction	109

À propos de l'importance de la représentation des minorités francophones et acadiennes, des Premières Nations, Métis et Inuits ainsi que des femmes pour l'étude du Sénat canadien.....	112
La représentation des groupes au Sénat canadien depuis 1867	117
Augmenter la représentation des groupes au Sénat	129
Conclusion	136

PARTIE 2 – LE POUVOIR JUDICIAIRE

CHAPITRE 5

Le pouvoir judiciaire dans l'État fédéral : approche comparée des expériences belge et canadienne	141
---	-----

Marc Verdussen

Introduction	141
L'organisation du pouvoir judiciaire	148
L'architecture juridictionnelle générale	148
La justice constitutionnelle	152
Le statut du pouvoir judiciaire	155
Les attributions du pouvoir judiciaire	157
Arbitrage	158
Parachèvement	160
Équilibre	163
Conclusion	171

CHAPITRE 6

La pensée contractuelle dans l'interprétation de la Constitution canadienne	175
---	-----

Sébastien Grammond

Introduction	175
La pensée contractuelle	177
Figures de la « théorie du pacte » au Canada	179
La pensée contractuelle dans la jurisprudence de la Cour suprême..	182
L'interprétation « contractuelle » de la constitution	182
Contrats et parties multiples	191
Donner forme au « contrat », réparer une relation	196
Conclusion	200

PARTIE 3 – LE SYSTÈME ÉLECTORAL ET LES PARTIS POLITIQUES

CHAPITRE 7

Réconcilier le fédéralisme et la démocratie parlementaire : concurrence et élaboration politique négociée dans le fédéralisme canadien	205
--	-----

Arthur Benz

Introduction	205
Deux logiques politiques : la démocratie parlementaire et la gouvernance multiniveau.....	208
La démocratie concurrentielle et les Parlements souverains.....	209
La gouvernance multiniveau par des accords intergouvernementaux négociés ou des adaptations mutuelles..	214
Les défis de la démocratie fédérale canadienne	218
Société divisée et systèmes de partis en cours de désintégration ...	220
Les relations intergouvernementales et les problématiques autochtones	223
Les politiques de changement constitutionnel	224
Conclusion	227

CHAPITRE 8

Partis, élections et fédéralisme canadien au xxi ^e siècle : revisiter la thèse de Cairns	233
--	-----

A. Brian Tanguay

Introduction	233
Cairns et le « taux d'échec » du système électoral majoritaire uninominal à un tour (MUT).....	235
Le MUT, la gauche et le régionalisme au Canada	241
Le MUT et la question québécoise	251
Cairns, le MUT et l'État canadien 150 ans plus tard	255

PARTIE 4 – LES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

CHAPITRE 9

Ensemble, dans la même direction : relations intergouvernementales et élaboration horizontale du droit par les cantons suisses.....	261
<i>Eva Maria Belser</i>	

Introduction : l'éléphant dans la pièce.....	261
Comparer le Canada et la Suisse : quand l'original rencontre la souris	264
La taille est importante	264
L'histoire en dit long	266
La réforme pointe à l'horizon	268
La langue parle d'elle-même.....	270
Les relations intergouvernementales et la répartition des pouvoirs et des ressources.....	273
Contextualiser la coopération.....	273
Constitutionnaliser la coopération	277
Moduler la gouvernance partagée.....	280
Les parlementaires suivent leur propre voie	280
Les menaces de veto	283
Harmoniser l'autonomie cantonale	285
L'adoption de conventions intercantionales	285
Les cantons se « fédèrent » par voie intergouvernementale.....	290
Le déficit démocratique.....	291
Conclusions : l'union du cygne, du brochet et du crabe	296

CHAPITRE 10

Fédéralisme coopératif et souveraineté parlementaire : 150 ans de cohabitation.....	303
<i>Noura Karazivan</i>	

Introduction	303
Partie I: Les principes	310
A. La souveraineté parlementaire britannique et canadienne ...	310
B. Le fédéralisme canadien dualiste et coopératif.....	313
Partie II: Les tensions entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif dans la jurisprudence.....	321

Partie III : Les solutions.....	332
A. Un rôle accru pour les tribunaux: imposer un devoir de loyauté?.....	333
B. Un rôle accru pour l'exécutif: négocier des ententes plus solides	338
C. Un rôle accru pour le Parlement et les législatures: adopter des clauses relatives au mode et à la forme	340
Conclusion	346
CHAPITRE I I	
Les relations intergouvernementales au Canada : un club toujours aussi exclusif?	349
<i>Jean-Philippe Gauvin et Martin Papillon</i>	
Introduction	349
Le fédéralisme exécutif au Canada	353
Évolution du fédéralisme exécutif	358
Variations intersectorielles.....	362
Consolidation des relations administratives.....	366
Les relations interprovinciales.....	370
Des nouveaux acteurs: les peuples autochtones	373
Conclusions	376
CONCLUSION	
Deux Canadas ou une histoire sans fin : les choix institutionnels et l'état de la fédération	381
<i>Yasmeen Abu-Laban</i>	
Introduction	381
Partie I: Le fédéralisme: les deux Canadas depuis la Confédération.....	385
Partie II: Les partis politiques et le système électoral: les deux Canadas aujourd'hui.....	392
Partie III: Ré-imaginer un Canada ouvert.....	399
Notes à propos des directeurs et des auteurs.....	403

Préface

Paradoxal cheminement que celui du Canada, pays à la fois jeune à l'échelle de l'histoire de la planète, mais disposant de l'un des systèmes politiques et constitutionnels les plus durables sur le plan comparatif. Produit du croisement entre les complexes impériaux français et britannique sur des terres préalablement peuplées par des peuples autochtones du nord de l'Amérique, le Canada demeure aujourd'hui géographiquement le deuxième pays le plus étendu, au cœur des tendances les plus actuelles dans l'évolution de la démocratie libérale, sans compter ses nombreuses contributions aux mutations du pluralisme notamment à travers la rencontre de la bilinguisme anglais-français et de son multiculturalisme.

Dans l'ouvrage qui suit, le politologue de l'UQAM Alain-G. Gagnon et la juriste de McGill Johanne Poirier assemblent des études portant sur l'une des caractéristiques essentielles du système politique et constitutionnel canadien, à savoir son fédéralisme. Comme le titre l'indique, ils souhaitent explorer l'avenir du fédéralisme canadien, en se concentrant non pas sur les éléments de la genèse historique ou sur les théories et modèles du droit public, que sur les acteurs et les institutions.

Je ne souhaite pas anticiper ou télescoper dans cette brève préface les riches apports de Gagnon et de Poirier dans l'introduction de cet ouvrage, aussi bien du côté des orientations méthodologiques et thématiques que de celui des approfondissements analytiques. Dans les facultés de droit et dans les départements de science politique et d'histoire d'ici et d'ailleurs, chercheurs et étudiants trouveront déjà dans ces pages lucides des études de très haute qualité pour saisir la nature et la complexité du fédéralisme canadien dans son environnement comparatif. Les études ici réunies me semblent appuyées sur deux belles idées.

La première tient à l'importance de solliciter les meilleures têtes de la science politique et du droit constitutionnel dans la double tradition francophone et anglophone du pays à l'étude, tout en les obligeant à

déployer leurs compétences en simultanéité avec celles des plus brillants et solides analystes étrangers du système fédéral canadien. Gagnon et Poirier présentent eux-mêmes leurs collègues dans l'introduction, alors je me contenterai de souligner que les regards comparatifs intégrant les expériences fédérales de l'Australie, de la Belgique, de l'Allemagne et de la Suisse donnent une profondeur assez unique à leur livre.

La deuxième idée qui retient mon attention est celle de l'équilibre entre la science politique et le droit public, déjà bien représenté par les deux responsables de l'ouvrage. Sur ce plan, le livre que les lectrices et les lecteurs ont entre leurs mains poursuit l'intuition qui avait été celle d'Alain-G. Gagnon il y a quelque 25 ans quand il avait impulsé la fondation du Groupe de Recherche sur les Sociétés Plurinationales (GRSP), l'une des initiatives collectives de recherche les plus fécondes dans l'histoire des humanités et des sciences sociales au Canada. Que Johanne Poirier ait accepté de rejoindre ce groupe – comme d'ailleurs le politologue Martin Papillon qui est l'un des contributeurs de cet ouvrage-, permet d'être encore plus optimiste envers son avenir (pour en savoir davantage sur le groupe et ses membres, voir le lien suivant : <https://creqc.uqam.ca/grsp/>)

J'écris ces lignes en septembre 2020, moins d'un an après le début de la crise de la COVID-19, une pandémie qui influencera les institutions et les acteurs de tous les systèmes politiques, et alors que le gouvernement libéral minoritaire de Justin Trudeau œuvre à préparer un deuxième discours du Trône en moins d'un an. Certes, les éléments conjoncturels peuvent se bousculer et monopoliser quelque temps les esprits. Cependant, toute compréhension approfondie de la vie politique d'un pays exige des analyses fondées sur les faits, la précision, le jugement, la maturité intellectuelle et l'ouverture comparative. C'est le mérite de Gagnon, de Poirier et de leurs collègues d'avoir réuni de telles qualités dans cet ouvrage.

Guy Laforest, msrc
Directeur général
École nationale d'administration publique

INTRODUCTION

Le fédéralisme canadien : l'influence des institutions sur les acteurs clés de la vie politique et sociale

JOHANNE POIRIER ET ALAIN-G. GAGNON

avec la collaboration d'ABBIE BUCKMAN et de DIDIER ZÚÑIGA

Le projet fédéral canadien de 1867 réunissait quatre entités, toujours sous l'autorité impériale britannique¹. L'adoption d'une architecture fédérale territoriale offrait alors une forme d'autonomie gouvernementale à la communauté francophone, démographiquement concentrée au Québec, et garantissait un degré d'autonomie aux provinces maritimes, qui craignaient d'être minorisées dans cette nouvelle construction. En moins d'un siècle, la fédération canadienne est passée d'un regroupement relativement limité de territoires dans l'actuel sud-est du Canada à un pays qui s'étend sur un vaste continent. Alors que la fédération s'est élargie, son architecture institutionnelle, élaborée en 1867, n'a pourtant pas changé de manière significative.

Réduite à sa plus simple expression, le fédéralisme conjugue autonomie des entités constituantes et gouvernance partagée². La structure fédérale de 1867 ne dotait que certains acteurs – les provinces – d'institutions formelles d'autonomie gouvernementale. Cette architecture

-
1. La province du Canada-Uni s'est scindée en ce qui est maintenant l'Ontario et le Québec, auxquels se sont joints le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. Le moment fédéral originel comprenait donc un processus à la fois dissociatif et associatif.
 2. Pour une discussion de l'autonomie (*self-rule*) et de la gouvernance partagée (*shared rule*), voir Daniel ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, p. 5.

négligeait ainsi les minorités linguistiques hors Québec³. Elle réduisait les nations autochtones en objets de la compétence législative du Parlement, au lieu de les traiter en partenaires de la fédération⁴. La dynamique « binaire » entre ce qui était alors le Canada anglais et le Canada français s'est ainsi largement traduite par des pouvoirs axés sur un territoire pour la population du Québec, à l'instar de la population des autres provinces. Les autres minorités, nations et groupes sociaux ont été exclus de l'équation fédérale.

La fédération a survécu pendant plus d'un siècle et demi. Toutefois, son évolution – d'un point de vue territorial, politique et constitutionnel – a eu un effet mitigé pour nombre d'acteurs clés, y compris les unités constitutives formelles, mais également d'autres groupes revendiquant une reconnaissance et des mesures d'autodétermination, mais qui ne sont pas officiellement reconnus par le système fédéral canadien. L'avenir de l'expérience fédérale canadienne sera évalué notamment à l'aune de sa capacité à promouvoir l'autonomie de différents groupes ainsi que du potentiel des institutions communes à concilier les intérêts divers – et parfois divergents – de ces mêmes groupes.

Cet ouvrage collectif s'intéresse à l'évolution du fédéralisme canadien au cours des 150 dernières années et à son avenir. Il constitue la version française du troisième volume d'une série lancée par le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP). Les deux premiers ont été publiés en français et en anglais par les Presses de l'Université Laval et McGill-Queen's University Press respectivement. Le premier, *Ces constitutions qui nous ont façonnés*, sorti en 2014 (*The Constitutions that Shaped Us*, 2015), retrace une série d'événements historiques et propose diverses interprétations de chacun des documents constitutionnels canadiens ayant précédé l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867⁵. Le deuxième, *La Conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard*, publié en 2016 (*The Quebec Conference of 1864*, 2018), explore le contexte ayant conduit à cet important événement au cours duquel les éléments

-
3. La *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'article 133, reconnaît une forme limitée de bilinguisme dans les institutions parlementaires et judiciaires fédérales. Bien qu'elles « profitent » à tous les francophones du pays, ce ne sont pas des « instruments du fédéralisme » qui fournissent une forme d'autonomie gouvernementale.
 4. Voir l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde l'autorité législative à l'ordre fédéral sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».
 5. Guy LAFOREST, Eugénie BROUILLET, Alain-G. GAGNON et Yves TANGUAY (dir.), *Ces constitutions qui nous ont façonnés : anthologie historique des lois constitutionnelles antérieures à 1867*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Prisme », 2014.

fondamentaux du fédéralisme canadien ont été posés et évalués de manière critique – avec l'éclairage que permet le recul – l'émergence de la fédération canadienne⁶.

Les réflexions rassemblées dans ce nouveau collectif ont été lancées lors d'un colloque international organisé en 2017 conjointement par l'Université du Québec à Montréal (UQAM), l'Université McGill et l'Université Laval, à un moment où le 150^e anniversaire du Canada suscitait une attention soutenue au sein de la communauté universitaire. Ce colloque, bilingue, s'est déroulé en partie à Montréal et à Québec. Il comportait également une conversation axée sur les perspectives autochtones au sujet de la fédération canadienne. Élément inédit, ce « séminaire en mouvement » s'est déroulé dans un wagon de train nolisé spécialement pour l'événement entre Montréal et Québec. Il réunissait les participants au colloque, interlocuteurs issus des Premières Nations et autres spécialistes des questions autochtones. Au fil de ce trajet de 250 km, nous avons souligné et reconnu les différents territoires autochtones non cédés que nous avons traversés. Ce simple geste de reconnaissance s'est avéré tant un véritable apprentissage qu'une expérience émotionnelle marquante pour tous les participants⁷.

Le présent volume rassemble des historiens, des juristes et des politologues ayant un intérêt marqué pour les études fédérales. Il les convie à explorer le passé et l'avenir du Canada. Chaque contribution explore le fédéralisme en tant qu'arrangement institutionnel permettant de préserver la cohabitation d'entités politiques complexes dans un ensemble imprégné d'une forte diversité culturelle, linguistique et nationale. Ainsi, chacun des chapitres aborde, selon une perspective à la fois rétrospective et prospective, une des institutions suivantes : le bicaméralisme, le pouvoir judiciaire, le système électoral et les partis politiques, de même que les relations intergouvernementales. Par ailleurs – en tant qu'élément de liaison entre chacune des parties de l'ouvrage –, chaque contribution explore l'influence d'une institution sur les « acteurs clés » de la fédération canadienne, notamment les entités fédérées, les peuples autochtones, les nations minoritaires et les minorités linguistiques. De manière prévisible, les opinions des auteurs quant aux lacunes et au potentiel que recèle le

6. Eugénie BROUILLET, Alain-G. GAGNON et Guy LAFOREST (dir.), *La Conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard : comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Prisme », 2016.

7. Cet événement a été filmé et peut être visionné à l'adresse suivante, [En ligne], [www.youtube.com/watch?v=XkvpSt2S5rc].

modèle fédéral canadien à cet égard varient considérablement. Nous croyons néanmoins que cette double grille d'analyse (institutions et acteurs), dans une perspective tant historique que prospective, propose un décodage original et ciblé de l'expérience multifactorielle du fédéralisme canadien.

Le contexte démographique, social et culturel de la fédération multinationale canadienne évolue rapidement, à l'instar de changements sociétaux ailleurs dans le monde, y compris dans d'autres fédérations. Le présent projet vise à accorder une véritable attention aux peuples autochtones et aux nations constitutives dans un régime politique en évolution, mais *sans* nier ou diluer le rôle joué par les groupes qui ont fondé la fédération au départ ou les multiples autres formes de diversité qui sont au cœur du Canada contemporain. Les contributions au présent volume ont relevé ce défi de manière pertinente et constructive.

APERÇU GÉNÉRAL

Cet ouvrage collectif s'articule donc autour de quatre grandes institutions qui façonnent le fédéralisme canadien : (1) le bicaméralisme, (2) le pouvoir judiciaire, (3) le système électoral et les partis politiques et, enfin, (4) les relations intergouvernementales. Chaque institution est analysée sous l'angle des « acteurs clés » affectés par la quête d'équilibre entre unité et diversité, centrale à tout projet fédéral. Ce double regard « institutions + acteurs » fournit un cadre analytique transversal pour explorer le passé, le présent et l'avenir du fédéralisme canadien.

Afin de fournir une perspective plus large sur l'évolution du fédéralisme canadien, chacune des quatre parties du livre s'ouvre sur une analyse comparative par des experts provenant d'autres systèmes fédéraux (l'Australie, l'Allemagne, la Belgique et la Suisse). Chaque thème est donc exploré par des experts tant canadiens qu'étrangers. Cette approche contribue ainsi au dialogue international sur la capacité des structures fédérales à répondre à la diversité profonde⁸, tant au Canada que, plus largement, dans la communauté épistémique des « études fédérales ».

La partie I explore le bicaméralisme, souvent présenté comme l'institution fédérative par excellence. La plupart des États fédéraux sont en

8. Charles TAYLOR, « Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada », dans Guy LAFOREST (dir.), *Réconcilier les solitudes : écrits sur le fédéralisme et le nationalisme*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992.

effet bicaméraux, c'est-à-dire que le pouvoir législatif fédéral se compose de deux chambres distinctes. La première, plus globale, donne la parole au «peuple», l'autre, du moins en théorie, donne une voix aux unités constitutives (ou à leurs peuples respectifs) qui composent la fédération. Dans le chapitre d'ouverture, intitulé «Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale», Cheryl Saunders examine différentes options permettant de structurer la représentation au sein d'une deuxième chambre fédérale et de déterminer la nature et l'étendue de ses pouvoirs (dont le veto législatif). Le chapitre utilise le bicaméralisme australien comme étude de cas. Au sein du Sénat australien, les unités constituantes – les États – sont représentées sur une base égalitaire. Le Sénat exerce des pouvoirs quasi identiques à ceux de la Chambre des représentants. À l'instar de très nombreux sénats dans le monde, la politique partisane australienne a transformé la deuxième chambre, qui ne joue que très minimalement son rôle initial de chambre «fédérale». Par contre, l'Assemblée fonctionne plutôt efficacement comme chambre de réflexions («second regard attentif»). Fait également digne de mention, le Sénat, pourtant élu, permet une plus grande diversité de représentation que la première chambre. En tenant compte des différences contextuelles indéniables, l'expérience australienne est porteuse de leçons pertinentes pour les autres fédérations, y compris pour le Canada.

Dans le deuxième chapitre, «Le bicaméralisme et ses conséquences sur la structuration politique canadienne : des possibilités d'avenir malgré des occasions manquées», Jörg Broschek explore les mécanismes institutionnels conçus pour gérer les différends entre le centre et la périphérie. Analysant les événements historiques qui ont suivi la Confédération, l'auteur soutient que la faiblesse des institutions vouées à la gouvernance conjointe a généré une grande décentralisation au sein de la fédération. Le Sénat canadien – le soi-disant archétype institutionnel de gouvernance partagée – est notoirement faible à cet égard. Cette inadéquation du bicaméralisme en tant qu'institution fédérative contribue ainsi au déséquilibre entre les mécanismes de gouvernance partagée, d'une part, et ceux de l'autonomie gouvernementale, d'autre part. Au fil du temps, un certain nombre d'acteurs clés – surtout les provinces – se sont désengagés de l'action collective misant sur les institutions communes, au profit d'un renforcement de leur autonomie combinée à des relations intergouvernementales moins institutionnalisées. Cette reconstitution historique illustre combien l'histoire trace et limite les voies de réformes futures et les perspectives d'un rééquilibrage entre la gouvernance partagée et l'autonomie gouvernementale au sein de la fédération canadienne.

Revenant sur l'incapacité du Sénat à remplir son rôle fédératif, Ian Peach appelle ouvertement à son abolition. Le chapitre trois, intitulé «Fédéralisme et fraternité: des arrangements pour un dialogue fédéral dans les institutions centrales du Canada», part également du constat que le Sénat ne constitue aucunement une institution de dialogue entre les acteurs officiels de la structure fédérale du Canada: les provinces. Malgré les échecs notoires des tentatives de réformer le Sénat pour en faire une véritable chambre fédérative, l'auteur soutient qu'une dynamique institutionnelle favorable au dialogue fédéral est toujours possible. Il plaide pour le remplacement de la seconde chambre par un Conseil de la Fédération fédéral/provincial/territorial, lequel serait constitutionnalisé et ferait office d'organe de consultation et de coordination. À terme, cette nouvelle entité pourrait éventuellement proposer la création d'une nouvelle deuxième chambre législative, véritablement fédérative. Si ce second projet devait échouer, le scénario par défaut serait le maintien du nouveau Conseil de la Fédération, consultatif, mais constitutionnalisé.

Dans le quatrième chapitre, clôturant la première partie de l'ouvrage, «La représentation des groupes minoritaires, des peuples autochtones et des femmes au Sénat depuis 1867», Linda Cardinal adopte une position très différente de celle de Peach et de Broschek. Elle souligne le rôle significatif que le Sénat a joué, depuis sa création, dans la défense des intérêts des minorités, y compris, à divers degrés, ceux des francophones, des femmes et, dans une moindre mesure, des peuples autochtones. La contribution de Cardinal explore la représentation de ces trois groupes et comble ainsi une importante lacune dans la littérature portant sur le Sénat. Trop souvent, les auteurs passent sous silence la façon dont l'institution est parvenue à donner une voix à des groupes sous-représentés dans les autres institutions fédérales. Cardinal démontre notamment comment la représentation des femmes est mieux assurée depuis les années 1980, alors qu'elle est beaucoup plus fragile, quoique toujours notable, pour les communautés francophones et acadiennes, ainsi que pour les peuples autochtones. Le chapitre suggère qu'il est temps d'enrayer dans la Constitution la représentation au Sénat des groupes minoritaires que sont les communautés francophone et acadienne, les femmes et les peuples autochtones afin que la chambre haute puisse jouer plus pleinement son rôle de forum inclusif de «second regard attentif» au sein de la structure fédérale.

En somme, chacune des contributions de la partie 1 reconnaît l'ina-
déquation du Sénat canadien actuel en tant que véritable institution
fédérale. Pour Broschek, cette faiblesse a entraîné une décentralisation
importante et l'émergence d'autres formes de relations intergouvernemen-

tales. Peach partage ce constat, et appelle à la création de nouvelles institutions visant à donner la parole aux acteurs « clés » traditionnels de la fédération, soit ses entités territoriales. Notant une tendance importante du fédéralisme comparé à fortement relativiser la façon dont le bicaméralisme relève le « défi fédéral », Saunders souligne néanmoins le potentiel des secondes chambres comme enceintes de réflexion, souvent plus inclusives que les chambres « hautes » au sein des fédérations. Cette fonction de « second regard » sur l'exercice législatif n'est évidemment pas limitée aux secondes chambres au sein des États fédéraux. La conclusion de Cardinal est qu'il s'agit exactement d'un des rôles fondamentaux que le Sénat a historiquement rempli au Canada et qu'il devrait continuer à jouer à l'avenir. Bilan mitigé, donc, pour le bicaméralisme comme institution fondamentale du fédéralisme canadien. Mais un bilan ouvrant la possibilité d'imaginer de nouvelles voies de réformes visant à renforcer tant le rôle des entités fédérées officielles que celui d'autres acteurs clés de la fédération.

La partie II déplace le prisme d'analyse vers le pouvoir judiciaire, qui est aussi généralement considéré comme une institution incontournable dans tout système fédéral. Les pouvoirs, le statut et le rôle des juges au sein de la structure fédérale varient évidemment d'un État fédéral à l'autre. Les caractéristiques politiques et historiques fondamentales de toute fédération influenceront inévitablement l'interprétation judiciaire de l'équilibre fédératif. Inversement, l'interprétation judiciaire est susceptible de renforcer et de modifier le caractère fédératif d'une fédération et les relations entre ses diverses composantes. À ce titre, des préoccupations communes émergent quant au rôle dévolu à l'arbitre judiciaire/constitutionnel, particulièrement dans les fédérations multiculturelles et multinationales.

Au chapitre cinq, « Le pouvoir judiciaire dans l'État fédéral : approche comparée des expériences belge et canadienne », Marc Verdussen se penche sur les forces centrifuges au Canada et en Belgique, deux fédérations sujettes à la bipolarisation, et explore l'influence du pouvoir judiciaire sur ces dynamiques. Il souligne le rôle central des communautés linguistiques, dont une seule s'identifie comme nation au sein de la fédération, dans la composition de la Cour constitutionnelle belge, ainsi que dans sa jurisprudence. Tout en reconnaissant que certains analystes déplorent l'effet centralisateur de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême au Canada, Verdussen émet l'hypothèse qu'il existe probablement un meilleur équilibre dans le processus centralisation/décentralisation au Canada qu'en Belgique, où pratiquement chaque action publique, y compris l'interprétation constitutionnelle, semble renforcer les tendances centrifuges.

Le pouvoir judiciaire a joué un rôle décisif dans l'interprétation des textes constitutionnels canadiens pour tenir compte – ou non – de sa diversité multiculturelle et multinationale, y compris, en reconnaissant, de manière souvent timide, certaines formes de participation des peuples autochtones au sein du système fédéral. Par ailleurs, la jurisprudence relative au fédéralisme au Canada oscille constamment entre centralisation et décentralisation, d'une manière qui reflète des conceptions fluides – possiblement ambivalentes – de la fédération. Au chapitre six, « La pensée contractuelle dans l'interprétation de la Constitution canadienne », Sébastien Grammond cherche à trouver un « fil conducteur » dans cette jurisprudence constitutionnelle et soutient que la Cour suprême du Canada a souvent (implicitement) interprété la fédération dans une perspective contractuelle. Analysant la jurisprudence clé en la matière, l'auteur note comment la Cour s'appuie sur une conception de la Constitution en tant que « pacte » entre peuples fondateurs, que cette conception ait été ou non partagée par certains des premiers architectes de la fédération. Aussi, dans plusieurs affaires récentes, la Cour suprême conçoit la Constitution comme un ensemble d'ententes auxquelles participent les acteurs clés, notamment le Québec, mais aussi les peuples autochtones et les minorités linguistiques. Rendre plus explicite cette conception tacite constituerait un acte de reconnaissance important. Un tel développement pourrait potentiellement contribuer à « réparer » certaines lacunes historiques, notamment la violation des accords avec les peuples autochtones par les autorités canadiennes.

En bref, le pouvoir judiciaire, en tant qu'« arbitre de dernier recours » dans tout système fédéral, reflète – et affecte – les relations de pouvoir entre les acteurs clés de la fédération. Par le truchement d'une interprétation constitutionnelle créative, il a la capacité de maintenir un équilibre entre l'autonomie et la gouvernance partagée, de protéger les minorités, de reconnaître la diversité et même (partiellement) de réparer certains torts historiques. Cette créativité a probablement été plus marquée au Canada qu'en Belgique, où la « bipolarité » domine et marginalise les autres dimensions d'un État pourtant complexe à de multiples égards également. Si un verdict d'ensemble ne se dessine pas encore, le rôle de l'« arbitre fédéral » dans la reconnaissance d'acteurs clés – au-delà des unités territoriales traditionnelles – recèle un vaste potentiel de réflexions pour les spécialistes du fédéralisme.

La partie III porte sur un ensemble d'institutions plus « politiques » dans un régime fédéral : le système électoral et les partis politiques. Au chapitre sept, « Réconcilier le fédéralisme et la démocratie parlementaire :

concurrence et élaboration politique négociée dans le fédéralisme canadien », Arthur Benz souligne la nécessité – et la difficulté – de réconcilier fédéralisme et démocratie parlementaire, dans une riche analyse des fédérations allemande et canadienne. Il distingue le « fédéralisme intégré » et le « système partisan intégré » de l'Allemagne, pour mieux faire la lumière, par voie de comparaison, sur la forme encore dualiste et polarisante du fédéralisme inter-étatique au Canada. Benz suggère ensuite que l'émergence de ce que l'on pourrait appeler un fédéralisme « négocié » ou « contractuel » entre l'ordre fédéral, les provinces et les peuples autochtones a créé de nouvelles variétés de structures de gouvernance et de nouveaux modes de prise de décision⁹. Cette forme de fédéralisme se caractériserait par des relations moins compétitives entre ordres de gouvernement et, par voie de conséquence, par un degré plus élevé de coopération. Elle repose également sur une forme de tension entre démocratie parlementaire et relations intergouvernementales – la première cédant largement le pas aux secondes. En effet, lorsque l'ordre fédéral, les provinces, les territoires et les peuples autochtones s'assoient à la table de négociation, ils le font en dehors de cette structure officielle dans l'architecture de la fédération canadienne, d'une manière qui échappe largement aux partis politiques, aux représentants élus et au contrôle parlementaire.

Au chapitre huit, « Partis, élections et fédéralisme canadien au XXI^e siècle: revisiter la thèse de Cairns », Brian Tanguay confirme partiellement les conclusions d'Alan C. Cairns selon lesquelles le mode de scrutin uninominal à un tour exacerbe les clivages régionaux et linguistiques au Canada. Étant donné les faiblesses du Sénat examinées plus haut, ce système électoral consolide le volet « autonomie » au sein de la fédération, au détriment du volet « gouvernance partagée ». De plus, au-delà de cette influence sur les acteurs « traditionnels » de la fédération, le système électoral est également un échec en ce qui a trait à la participation d'autres « acteurs clés » aux institutions démocratiques, notamment les minorités, les femmes et les peuples autochtones. Ce constat fait ainsi écho à l'analyse de Cardinal au sujet du Sénat non élu, lequel réussit mieux à cet égard que la Chambre des communes. Étant donné ces défaillances du système uninominal à un tour, sur le plan tant du « fédéralisme » que des fractures sociétales et de la diversité, Tanguay plaide avec force en faveur d'un système électoral mixte

9. Benz qualifie en fait ces arrangements de « fédéralisme par traité ». Cependant, dans le contexte canadien, le « fédéralisme par traité » est généralement utilisé pour décrire une conception des relations entre Autochtones et non-Autochtones.

proportionnel, mieux à même de promouvoir le rôle intégrateur des partis fédéraux canadiens.

En somme, pour Benz, la politique partisane au Canada a généré une forme de fédéralisme « négocié », qui trouve un certain écho dans la narration contractualiste de Grammond sur l'interprétation judiciaire constitutionnelle. Ce phénomène accorde une voix forte à certaines provinces au sein de la fédération, et, selon la période, à d'autres acteurs clés également. Si le Québec et les minorités linguistiques avaient davantage voix au chapitre dans le passé, la place croissante des peuples autochtones (ou du moins de certains de leurs représentants) dans ce « fédéralisme négocié » est maintenant clairement visible. Le plaidoyer de Tanguay en faveur d'un système électoral réformé est une autre façon de réclamer une meilleure intégration de la diversité canadienne au sein du pouvoir législatif, afin que la principale institution parlementaire fédérale puisse jouer un rôle plus riche dans la gouvernance partagée. En l'état actuel des choses, le régime électoral canadien échoue tout simplement dans ce jeu d'intégration, bien qu'il ait pu consolider l'autonomie provinciale. Quoiqu'il soit évidemment souhaitable, le renforcement de cette autonomie et de l'inclusion d'autres acteurs a un prix. Benz nous rappelle que ces développements se déploient essentiellement en marge du contrôle parlementaire et génèrent ainsi un réel déficit démocratique. Bref, plus d'inclusion, mais sans doute aussi plus d'opacité.

Les trois premières parties de l'ouvrage soulignent ainsi la nécessité de réfléchir à la quatrième grande institution du fédéralisme examinée dans le présent ouvrage : les modalités d'interaction entre les partenaires fédéraux en dehors des institutions parlementaires et judiciaires officielles. La partie IV met ainsi l'accent sur les relations intergouvernementales (RIG), analysées sous plusieurs angles¹⁰.

Dans ce segment comparatif de l'ouvrage, Eva Maria Belser contraste les expériences suisse et canadienne de gouvernance partagée qui visent toutes deux, dans une certaine mesure et par divers moyens, à protéger des formes distinctes de diversité. Le chapitre neuf, intitulé « Ensemble, dans la même direction : relations intergouvernementales et élaboration horizontale du droit par les cantons suisses », souligne la forte augmentation de la coopération intercantonale. Les RIG entre cantons sont nécessaires, dans tous les domaines de l'action politique, pour surmonter les

10. Sur cet aspect du phénomène fédéral, voir Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

défaillances d'une gouvernance à très petite échelle dans un système fédéral particulièrement fragmenté. Une solide coopération intercantonale est donc souvent présentée comme la seule option susceptible d'influencer efficacement le processus décisionnel fédéral et d'empêcher une centralisation accrue. Mais on reproche également à cette coopération horizontale de contribuer au renforcement des exécutifs cantonaux au détriment des Parlements cantonaux et des mécanismes de la démocratie directe. En d'autres termes, en rendant le système plus flexible, les RIG le rendent aussi moins imputable. Ce point fait ainsi écho au constat de Benz quant à l'influence du fédéralisme négocié sur la démocratie parlementaire au sein des régimes fédéraux.

Cette tension entre relations intergouvernementales et démocratie parlementaire est également une source de préoccupation au Canada. Au chapitre dix, « Fédéralisme coopératif et souveraineté parlementaire : 150 ans de cohabitation », Noura Karazivan explore la tension entre la nature de plus en plus coopérative du fédéralisme canadien et le principe de la souveraineté parlementaire. Cette dernière habilite le Parlement fédéral et toutes les assemblées législatives provinciales et territoriales à exercer leur compétence comme bon leur semble, pourvu qu'elles respectent les droits fondamentaux et le partage des compétences. Cela peut conduire les assemblées législatives à rejeter unilatéralement des régimes coopératifs mis en place par les différents gouvernements, en dépit d'éventuels effets préjudiciables pour d'autres partenaires fédéraux. Autrement dit, quelle que soit l'entente négociée, elle demeure susceptible d'être révoquée par une assemblée élue¹¹. Bien que cela puisse paraître choquant du point de vue de la stabilité des relations intergouvernementales, cette possibilité constitue une réponse partielle au déficit démocratique qui découle des RIG. Dans ce contexte, les tribunaux sont aux prises avec un défi interprétatif difficile : les accords intergouvernementaux lient-ils leurs signataires (exécutifs) ? Les tribunaux devraient-ils intervenir pour limiter la souveraineté parlementaire afin de protéger les attentes légitimes des partenaires fédéraux ou introduire des obligations d'agir de bonne foi ? Rejetant cette possibilité, Karazivan soutient que les parties qui « négocient » de tels accords devraient anticiper les risques de non-respect et d'actions unilatérales. Nous entendons ici, encore une fois, les sirènes du fédéralisme contractuel et négocié. Karazivan cherche donc à atténuer la tension entre la souveraineté parlementaire et le fédéralisme coopératif en réfléchissant

11. Sauf, bien sûr, ceux qui obtiennent le statut constitutionnel de traités avec les peuples autochtones, conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

aux rôles respectifs des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de chaque ordre de gouvernement.

Dans le chapitre onze qui conclut la partie IV du livre, Martin Papillon et Jean-Philippe Gauvin rappellent les nombreuses critiques dont font l'objet les RIG au Canada en raison de leur faible degré d'institutionnalisation, de leur manque de transparence et de leur tendance à générer des conflits politiques à somme nulle. Dans «Les relations intergouvernementales au Canada : un club toujours aussi exclusif?», les auteurs nuancent ces analyses. Premièrement, soulignent-ils, il existe un contraste marqué entre les RIG politiques, qui sont souvent conflictuelles, et les RIG administratives, où les fonctionnaires sont conviés à collaborer au quotidien. Cette lecture peut ainsi être conciliée avec la compréhension positive des RIG canadiennes comme outils de coopération négociée offerte par Benz. Deuxièmement, la dynamique intergouvernementale varie considérablement dans les fédérations selon le secteur politique étudié. Troisièmement, les RIG ne se limitent plus aux relations fédérales-provinciales. La coordination horizontale et les relations entre peuples autochtones et autorités politiques fédérales et provinciales sont aujourd'hui des éléments centraux – mais trop souvent ignorés dans la littérature – du système canadien de RIG.

En résumé, les RIG sont un moyen de donner une voix aux acteurs traditionnels, mais aussi à des acteurs qui n'ont pas toujours fait l'objet d'un examen attentif de la part de la communauté universitaire. En ce sens, l'exemple suisse invite les analystes canadiens à accorder une plus grande attention à la coopération horizontale. Se pose également la question de l'effet de l'inclusion de nouveaux acteurs dans le jeu fédéral sur d'autres acteurs clés de la fédération, notamment les minorités linguistiques. Enfin, le recours à une panoplie de mécanismes intergouvernementaux plus flexibles soulève d'importantes interrogations quant aux modalités traditionnelles de contrôle démocratique et judiciaire de l'action du pouvoir exécutif.

Clôturant cet ouvrage collectif, le chapitre douze, «Deux Canadas ou une histoire sans fin : les choix institutionnels et l'état de la fédération», contraste les «deux Canadas» qui ont toujours été en tension l'un avec l'autre : l'un axé sur l'ouverture aux autres et l'autre sur le repli et la peur. Yasmeeen Abu-Laban décrit les choix institutionnels et l'état de la fédération qui sous-tendent ces deux visions. L'idée des deux Canadas repose sur des compréhensions divergentes de la composition du Canada et sur des approches distinctes de l'altérité. L'une favorise l'ouverture, l'acceptation

et la confiance. L'autre, au contraire, repose sur la fermeture, le rejet et la crainte de l'*autre*. L'auteure plaide en faveur d'une conception pluraliste du fédéralisme dans laquelle un large éventail d'acteurs clés, et non seulement les ordres fédéral et provinciaux, participent plus activement au processus décisionnel fédéral. Une telle avenue créerait notamment plus d'espace pour le « fédéralisme par traités » avec les peuples autochtones. On pourrait ajouter que ce fédéralisme pluraliste devrait être un moyen concret de favoriser une conception inclusive et multinationale du fédéralisme canadien, un souhait qui émerge, à différents égards et à différents degrés, des quatre parties de l'ouvrage¹².

QUATRE LEÇONS POUR LE FÉDÉRALISME CANADIEN

L'objectif de ce projet collectif était à la fois d'explorer comment l'architecture fédérale et les pratiques au sein d'une fédération reflètent et affectent une diversité de groupes sociétaux et de formuler des propositions constructives concernant l'avenir de la démocratie fédérale canadienne. Il est évidemment impossible d'envisager cet avenir de manière univoque et consensuelle ou de tenter d'écarter tout conflit politique. Toute exploration prospective du fédéralisme canadien met en évidence l'impératif d'une myriade de formes de dialogue et de négociation, de la conclusion de traités avec les peuples autochtones et de réformes législatives et constitutionnelles. Ces développements sont au cœur de la coexistence pacifique de tous les participants à l'union fédérale.

Bien qu'elles portent sur des institutions distinctes du fédéralisme, les contributions que comporte présent ouvrage abordent quatre thèmes sous-jacents. Le premier est l'effet différencié de ces diverses institutions sur les acteurs clés de la fédération. Le deuxième, et dans le même ordre d'idées, est l'(in)adéquation d'institutions créées au XIX^e siècle pour répondre à la diversité sociale, culturelle, linguistique et nationale du Canada d'aujourd'hui. Troisièmement, on retrouve l'entrecroisement omniprésent de conflits, de règlements des différends, de négociation et de coopération dans l'histoire fédérale du Canada. Enfin, tous les bilans convergent sur l'importance de la créativité institutionnelle et d'un dialogue constructif et continu.

12. Pour une étude analysant les cas de la Belgique, du Canada, de l'Europe, de la Grande-Bretagne, de l'Inde et de l'Espagne, consulter Michel SEYMOUR et Alain-G. GAGNON (dir.), *Multinational Federalism: Problems and Prospects*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

L'effet différencié des institutions du fédéralisme sur les acteurs clés

Les arrangements institutionnels sur lesquels repose la fédération canadienne ont de profondes répercussions sur les possibilités de participation d'un large éventail d'acteurs politiques et sociaux, donc sur la coexistence de divers groupes dans un régime multiculturel et multinational. Ensemble, les douze chapitres de cet ouvrage offrent une analyse fine de la fibre du fédéralisme canadien. Les diverses contributions font montre d'un degré d'optimisme plus ou moins grand quant à la capacité de la fédération canadienne de s'adapter à sa diversité interne. Fournir une évaluation définitive de l'effet passé, présent et futur du fédéralisme sur les « acteurs clés » de la fédération dépasse largement le cadre du présent projet. Tout espoir de consensus en cette matière est évidemment illusoire. Néanmoins, certains enseignements se dégagent de nos réflexions.

Dans l'ensemble, les quatre grandes institutions étudiées (bicaméralisme, pouvoir judiciaire, système électoral et relations intergouvernementales) ont, au mieux, historiquement marginalisé ou, au pire, ignoré les peuples autochtones. Aujourd'hui, plus de membres des nations autochtones siègent au Sénat qu'à la Chambre des communes, et les relations intergouvernementales sont devenues une manière paraconstitutionnelle d'inclure les peuples autochtones dans la gouvernance multi-niveaux, palliant ainsi partiellement leur exclusion de la structure territoriale formelle du fédéralisme canadien¹³. Les tribunaux ont certainement joué un rôle crucial dans l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien qu'avec des résultats mitigés pour les peuples autochtones. De plus, la tendance croissante au chevauchement des compétences et au fédéralisme coopératif dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a accru le rôle constitutionnel des provinces dans nombre de domaines qui touchent les peuples autochtones. On pourrait soutenir que cette évolution est susceptible d'avoir des effets positifs : avantage typique du « laboratoire fédéral » qui facilite l'innovation et l'expérimentation. Mais cette évolution complique clairement le jeu en ce qui concerne l'identification des peuples/nations/communautés autochtones qui doivent négocier leur place avec une multiplicité d'acteurs, dans un régime particulièrement complexe.

13. À l'exception notable du Nunavut, qui est un territoire composé en majorité d'une population autochtone.

L'influence du fédéralisme pour le Québec – qui, encore récemment, aurait constitué *la* question fondamentale de toute analyse politique ou constitutionnelle au Canada – est mitigée. La forme territoriale du système fédéral canadien a accordé, dès le départ, des outils d'autonomie et des pouvoirs institutionnels (relatifs) à la majorité francophone de la province. Bien que sa faiblesse économique ait longtemps empêché cette majorité de maximiser ces outils, il est difficile de nier que, depuis la Révolution tranquille des années 1960, le fédéralisme territorial a renforcé la nation québécoise. De nombreux ouvrages ont exploré la capacité – ou l'incapacité – du Canada de reconnaître le caractère multinational de son fédéralisme, notamment au regard de la présence de la nation québécoise (et maintenant des nations autochtones) en son sein. Pour certains analystes, la jurisprudence canadienne a conduit à nier l'identité nationale du Québec¹⁴. D'autres ont souligné l'« exil interne » des fédéralistes québécois au Canada¹⁵. Ainsi, l'influence du fédéralisme canadien sur la nation québécoise est contestée et marquée d'ambivalence. Cependant, le fédéralisme canadien n'a pas empêché le Québec d'émerger et de s'épanouir sur les plans économique, culturel et institutionnel. Cela dit – et par définition –, il a limité sa capacité d'agir avec le même degré d'autonomie qu'une pleine souveraineté lui aurait conférée.

Comme le suggère Grammond, la « lentille contractuelle » par laquelle la diversité linguistique et culturelle est abordée par la Cour suprême peut apporter une certaine reconnaissance fédérale aux minorités linguistiques. Néanmoins, les francophones de douze des treize unités constitutives sont coiffés d'un double statut minoritaire en raison du fédéralisme : ils constituent des minorités, tant au Canada que dans leur province ou territoire respectif. Cette situation démographique et constitutionnelle a généré des solutions asymétriques, allant de la reconnaissance officielle de l'égalité des communautés francophones et anglophones du Nouveau-Brunswick, à la quasi-absence de droits (outre ceux découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*) en Colombie-Britannique. Bien que l'on reconnaisse de plus en plus que la politique constitutionnelle au Canada devrait faire place à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, de telles solutions ne sont pratiquement jamais envisagées en ce qui concerne les minorités francophones, sauf par l'utilisation traditionnelle du fédéralisme

14. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : l'identité québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Septentrion, 2005.

15. Guy LAFOREST, avec la collaboration de Jean-Olivier ROY, *Un Québec exilé dans la fédération : essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Montréal, Québec Amérique, coll. « Débats », 2014.

territorial au Québec¹⁶. Il est vrai que le Sénat, cette institution non élue et décriée, a fait davantage de place aux minorités francophones que d'autres institutions au sein de la fédération canadienne. Au-delà du Sénat, si le fédéralisme a eu un effet positif sur les minorités linguistiques, c'est potentiellement en raison de la philosophie qui le sous-tend et qui a mené à une acceptation graduelle de la différence.

L'influence des institutions officielles du fédéralisme canadien sur d'autres groupes marginalisés justifierait indéniablement une étude en soi. Comme on pouvait s'y attendre, les femmes n'ont pas vraiment pu tirer leur épingle du jeu dans le système électoral majoritaire uninominal à un tour présentement en place. Compte tenu de leur quasi-absence à des postes de direction politique de premier plan, les femmes n'ont pas non plus joué un rôle très visible dans les relations intergouvernementales. Cela dit, une étude plus approfondie de leur influence potentielle sur les relations intergouvernementales moins visibles (notamment au niveau administratif) dans un certain nombre de secteurs des politiques publiques pourrait s'avérer plutôt révélatrice¹⁷. L'intersection entre la

16. Il existe une documentation abondante sur l'autonomie politique des minorités linguistiques (notamment par l'entremise des institutions communautaires et de la gestion des écoles), mais le fédéralisme n'a pas vraiment été ciblé comme moyen de promouvoir les droits linguistiques et l'autonomie gouvernementale, depuis les débats, abandonnés depuis, sur l'opportunité de créer une province acadienne. Voir Stéphanie CHOUINARD, « The rise of non-territorial autonomy in Canada: towards a doctrine of institutional completeness in the domain of minority language rights », *Ethnopolitics*, vol. 13, n° 2, 2014, p. 141 ; Éric FORGUES, « La gouvernance des communautés francophones en situation minoritaire et le partenariat avec l'État », *Politique et sociétés*, vol. 29, n° 1, p. 71 ; Johanne POIRIER, « Fédéralisme coopératif et droits linguistiques au Canada: peut-on "contractualiser" le droit des minorités? », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité: mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 317.

17. Pour ne donner que quelques exemples, l'interprétation large que la Cour suprême du Canada a donnée des pouvoirs fédéraux en matière d'assurance chômage a appuyé les congés parentaux pancanadiens d'une manière « positive » pour les familles et les femmes partout au pays, dans un contexte où ce soutien était très limité dans la plupart des provinces, sauf au Québec: *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669. La question de savoir si un tel effet a guidé les juges n'est bien entendu qu'une spéculation. Dans un contexte différent, la décision (très partagée) de la Cour suprême selon laquelle le traitement distinctif des conjoints de fait au Québec en matière de pensions était largement fondé sur la reconnaissance que les règles avaient été codifiées par le législateur québécois. Il s'agissait en quelque sorte d'une forme d'acceptation du système de droit civil distinct du Québec (*Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61). Pour certains, dans ce cas-ci, on peut soutenir que le fédéralisme a joué contre les intérêts des femmes. Nous soulevons ces cas uniquement pour

jurisprudence fédérative et le féminisme mériterait également d'être examinée. Une hypothèse, prudente, serait que le fédéralisme peut être à la fois positif pour les femmes (parce qu'il permet l'innovation) et négatif (en raison des jeux de pouvoir entre les élites masculines traditionnelles, qui ne tiennent pas nécessairement compte des intérêts des femmes). À tout le moins, il est clair que, si la Cour suprême du Canada a une compréhension « contractuelle » sous-jacente du fédéralisme canadien en ce qui concerne les groupes linguistiques et minoritaires et les peuples autochtones, les femmes (et autres minorités sociétales) ne sont pas officiellement reconnues comme faisant partie de ces arrangements contractuels. Encore une fois, il semble que seul le Sénat, que tout le monde veut réformer, a eu pour effet de donner une voix plus importante aux femmes en politique fédérale canadienne.

Enfin, quelle est l'influence des 150 dernières années sur les « acteurs traditionnels » du fédéralisme canadien que sont les provinces? Ici – paradoxalement –, le bicaméralisme ne joue pour ainsi dire aucun rôle pertinent dans les interactions fédérales-provinciales ou interprovinciales, ce qui, comme le rappelle Broschek, a eu pour effet de renforcer des relations de type inter-étatiques et l'autonomie provinciale. Les relations intergouvernementales sont au cœur du fédéralisme canadien et elles entrent en jeu en grande partie en dehors de tout cadre juridique formel. Les RIG permettent la mise en place de jeux de pouvoir plutôt traditionnels, qui dépendent en partie de l'interprétation judiciaire du partage des compétences. Dans ce contexte, il est communément admis que les décisions des tribunaux ont fluctué entre centralisation et décentralisation, bien que la période actuelle favorise les chevauchements¹⁸. Quant au système électoral, il a régulièrement entraîné une importante polarisation régionale, des régions entières du pays se sentant sous-représentées, voire non représentées. L'adoption d'un système électoral plus proportionnel permettrait non seulement de faire place à des voix différentes (y compris celles de diverses minorités), mais il pourrait aussi contribuer à renforcer les liens horizontaux entre les partenaires traditionnels de la fédération.

inviter à explorer davantage l'intersection entre le fédéralisme et le féminisme, bien que ce ne soit pas l'objet du présent projet.

18. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 391 ; Eugénie BROUILLET et Bruce RYDER, « Key Doctrine in Canadian Legal Federalism », dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), p. 415.

Bref, l'histoire fédérale du Canada est marquée par des relations de pouvoir entre divers groupes, par des négociations, de même que par l'ignorance et l'oppression. Chacune des contributions à cet ouvrage collectif a noté à quel point les institutions n'ont pas réussi à inclure adéquatement les peuples autochtones. Si le fédéralisme territorial du Canada a fourni des outils d'autonomie gouvernementale (relative) à la majorité francophone du Québec, il a eu pour effet de transformer les communautés francophones des autres provinces en minorité à deux échelles : fédérale et provinciale. Les outils du fédéralisme n'ont pas été conçus et n'ont pas évolué pour les inclure, sauf, comme le rappelle Linda Cardinal, dans un Sénat non élu. Cette curieuse et inefficace institution a fait davantage de place aux femmes, aux minorités linguistiques, aux membres des nations autochtones et aux membres de la nouvelle composition « multiculturelle » du Canada que les autres institutions. Cyniquement, on pourrait d'ailleurs soutenir que c'est justement en raison de son inefficacité historique que les membres de la majorité ne se sont pas sentis menacés et ont accepté de partager cette institution avec une représentation plus large de la diversité canadienne¹⁹.

Les institutions du fédéralisme peuvent-elles donner une voix à la diversité profonde et complexe du Canada ?

Cela pourra sembler totalement incongru pour de jeunes analystes aujourd'hui, mais raconter l'histoire du fédéralisme canadien aurait, il n'y a pas si longtemps, mis l'accent presque exclusivement sur les relations fédérales-provinciales (et sur le sentiment récurrent d'aliénation à l'endroit du pouvoir central). Le récit aurait aussi exploré le nationalisme québécois et les différentes options permettant plusieurs façons d'« accommoder le Québec » au sein de la fédération canadienne. Aujourd'hui, le fédéralisme, avec ses promesses (théoriques) d'inclusion, d'autonomie, de respect de la diversité, de solidarité et d'unité dans la différence, engendre une réflexion sur les mécanismes et les processus qui peuvent favoriser la représentation politique d'une pluralité de groupes sociétaux. Ainsi, les nations internes, les minorités linguistiques, les communautés immigrantes, les femmes et d'autres groupes historiquement marginalisés frappent à la porte du fédéralisme et demandent d'être pris en compte.

19. Pour une étude percutante sur le sujet, consulter Stéphan GERVAIS, Raffaele IACOVINO et Mary-Anne POUTANEN (dir.), *Engaging with Diversity: Multidisciplinary Reflections of Plurality from Quebec*, Bruxelles, Peter Lang, coll. « Diversitas », 2018.

Bien que les délimitations du présent projet n'aient pas permis d'aborder ces questions de façon systématique, nous espérons néanmoins qu'il puisse apporter un éclairage analytique utile sur ces enjeux.

Plus évidente est la question de la place qu'ont occupée les peuples autochtones dans l'histoire constitutionnelle du Canada. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 a transformé ces partenaires de traités et alliés militaires en « objets de la législation fédérale²⁰ ». Le vent est en train de changer : il est maintenant impensable d'évaluer les grandes institutions du fédéralisme sans réfléchir au potentiel et aux écueils que celles-ci représentent pour les peuples autochtones. Comme le souligne Yasmeeen Abu-Laban, les études fédérales contemporaines, qui mettent l'accent sur le pluralisme, ne peuvent ignorer les fondements coloniaux de certaines fédérations ni les injustices actuelles qui résultent de ce contexte colonial qui n'a pas foncièrement été remis en cause. Un véritable esprit fédéral nécessite une véritable reconnaissance des peuples autochtones en tant qu'acteurs constitutionnels incontournables, avec lesquels tous les autres acteurs doivent accepter de négocier de bonne foi.

Comment reconcevoir ces relations entre institutions canadiennes et peuples autochtones sans marginaliser d'autres acteurs clés de l'histoire fédérale du Canada est un réel défi, comme le montrent parfois les débats entourant le bilinguisme au Canada. Le bilinguisme est-il un vecteur de diversité, de prise en compte des différentes voix/pensées/moyens d'expression ? Ou le bilinguisme est-il un obstacle à l'inclusion, la présomption étant que l'anglais est une langue plus inclusive, moins coloniale, plus neutre ? Obtenons-nous plus de diversité en réduisant la diversité ?

La démocratie et la diversité sont intimement liées. Au Canada, ce lien est rendu à la fois plus complexe et plus crucial par la coexistence de multiples vecteurs d'identité. Dans une large mesure, le fédéralisme terri-

20. Voir l'art. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde au Parlement fédéral des pouvoirs législatifs exclusifs concernant les « Indiens et les terres réservées aux Indiens ». Au fil du temps, la pratique et les décisions des tribunaux ont également admis que les lois provinciales pouvaient s'appliquer aux peuples et aux terres autochtones. De nombreux textes ont été produits sur le sujet. Voir Michael ASCH, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1998 ; John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010 ; John BORROWS, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 ; Jeff CORNTASSEL, Richard C. WITMER II et Lindsay G. ROBERTSON *Forced Federalism: Contemporary Challenges to Indigenous Nationhood*, Norman, University of Oklahoma Press, 2008.

torial permet l'expression d'une certaine diversité régionale, linguistique et nationale. D'autres porteurs de diversité, telles les communautés autochtones, ont été historiquement exclus du jeu fédéral, quoique de nouvelles avenues de collaboration émergent, notamment dans un contexte intergouvernemental, en parallèle aux institutions formelles du fédéralisme. Cependant, d'autres groupes sont exclus de l'architecture fédérale – et des relations intergouvernementales – et ne peuvent compter que sur des assemblées pour faire entendre leur voix. C'est le cas particulièrement des femmes et d'autres groupes historiquement marginalisés. Ce processus d'inclusion et d'exclusion soulève d'importantes questions concernant l'interdépendance entre démocratie, fédéralisme et diversité.

En effet, les exigences de la démocratie semblent parfois en tension avec la reconnaissance de la diversité. La démocratie se traduit en institution de gouvernance dans laquelle les participants doivent, en principe, avoir un statut *égal*. La reconnaissance et l'accommodement de la diversité remettent en cause cette conception dominante de l'égalité. L'idée fondamentale de la « politique de la différence » requiert la reconnaissance de la multiplicité des groupes coexistant au sein d'une entité politique, de même que des déséquilibres de pouvoir qui existent entre ces mêmes groupes. Au Canada, par exemple, la coopération entre la majorité anglophone, la minorité francophone, les minorités linguistiques provinciales et la pluralité des peuples autochtones est entravée par les inégalités et les injustices qui caractérisent l'histoire de leurs interactions. Le fédéralisme est justement l'un des moyens de repenser les institutions et les processus démocratiques afin de reconnaître la diversité, mais aussi de promouvoir la cohésion. Mais ce n'est qu'un de ces moyens. Et il nécessite une sérieuse mise à jour.

Une histoire complexe de colonialisme, de conflits et de coopération

Les diverses contributions de cet ouvrage renvoient à un autre thème sous-jacent. Toutes partagent l'hypothèse que les conflits et le règlement des différends sont les forces motrices du fédéralisme, en général, et du fédéralisme canadien, en particulier. En effet, le processus de formation du Canada en tant que communauté politique, de ses fondements à la période contemporaine, est jalonné de conflits. Les actes mêmes de la colonisation et de la Conquête étaient fondés sur des conflits, souvent violents. Autrement dit, la dynamique de règlement des différends est inhérente à la création et à la consolidation de la communauté politique

canadienne. L'adoption d'une formule fédérale pour apaiser les craintes des provinces maritimes d'une domination du centre du Canada et pour garantir l'acceptation des élites politiques du Québec de se joindre au nouveau pays dominé par les anglophones était un moyen de gérer les tensions. La conclusion de traités avec les peuples autochtones représente également un moyen de gérer les conflits, bien que la négociation et la mise en œuvre de ces traités soient également source de conflits.

Aujourd'hui encore, les conflits font partie intégrante de la gouvernance multi-niveaux du Canada. Conflits interprovinciaux ou conflit fédéral-provincial sur les oléoducs ou sur les paiements de péréquation, conflits sur la réduction des services aux francophones de l'Ontario ou du Nouveau-Brunswick, conflits sur la laïcité propre au Québec, conflits sur les ressources naturelles, désaccords sur la place du bilinguisme officiel ou sur la façon d'aborder la « réconciliation » entre autorités étatiques et peuples autochtones. La liste est sans fin. Dans une fédération aussi diversifiée que le Canada, l'harmonie pleine et entière est évidemment impossible, et probablement non souhaitable. Dans la mesure où le conflit conduit au dialogue et à la négociation, et qu'il invite à imaginer de nouvelles façons d'entrer en relation les uns avec les autres, le conflit peut constituer un tremplin pour rééquilibrer l'unité et la diversité. Pour cultiver l'unité *par* la différence²¹.

À divers moments de l'histoire, les acteurs clés de la fédération canadienne ont fait preuve de créativité lors de négociations et dans la conclusion d'ententes de coopération. Dès le départ, le Sénat, dont les membres sont nommés par l'exécutif fédéral, s'est avéré inefficace pour donner une voix aux entités constitutives de la fédération dans l'élaboration des politiques publiques et des lois fédérales. Les acteurs formels ont alors eu recours à d'autres mécanismes pour régir leurs relations. Ainsi, une pléthore de mécanismes intergouvernementaux – mis en place à l'ombre du droit formel et dans une grande opacité – donne vie à la coopération, au dialogue et aux jeux de pouvoir entre acteurs fédératifs formels. Ces mécanismes permettent également, parfois, l'inclusion d'autres acteurs clés de la fédération. On observe donc une oscillation continue entre conflit et coopération, entre structure officiellement dualiste et pratique fédérale plus intégrée, entre jeux d'inclusion et jeux d'exclusion.

21. Se référer au texte pionnier de C. TAYLOR, préc., note 8.

L'impératif de la créativité institutionnelle et du dialogue continu

Les quatre contributions qui ouvrent chacune des parties du présent volume offrent une perspective comparative sur divers volets de l'équation fédérale. Elles nous rappellent que les défis auxquels fait face la fédération canadienne sont à la fois uniques et endémiques à tout système fédéral : équilibrer les tendances centrifuges et centripètes, protéger les unités constitutives et les peuples, adapter les institutions pour les rendre plus inclusives sans perdre de vue le projet original.

Comme James Tully l'affirmait il y a près de vingt-cinq ans, « une constitution peut à la fois être le fondement de la démocratie et, en même temps, dépendre en pratique du débat sur la démocratie et du changement²² ». En d'autres termes, et en théorie, tous les aspects des relations entre les acteurs clés d'une fédération devraient toujours être ouverts à la délibération et au dialogue, mais ne devraient pas faire l'objet de changements unilatéraux. *A fortiori*, une constitution fédérale – qui tend vers un équilibre original entre unité et diversité, entre autonomie et gouvernance partagée, entre indépendance et action commune – doit reposer sur des négociations et un dialogue perpétuel. Toujours selon Tully : « Une constitution s'approche plus d'une série infinie de contrats et d'accords conclus par des dialogues interculturels périodiques, plutôt que d'un contrat original remontant au passé lointain, d'une situation discursive idéale d'aujourd'hui ou d'une unité mythique de la collectivité à l'intérieur du constitutionnalisme libéral et nationaliste²³. »

La manière dont les négociations se déroulent et les personnes qui sont habilitées à participer à ces conversations constituent, bien entendu, des questions constitutionnelles et politiques fondamentales. Cet ouvrage s'intéressant aux perspectives, tous les auteurs reconnaissent que l'avenir est ancré dans les fondements historiques, juridiques et sociopolitiques de la structure fédérale canadienne. Les *Deux Solitudes*²⁴ du Canada se sont, en quelque sorte, multipliées²⁵. Dans ce contexte, *L'Esprit d'Haïda*

22. James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, p. 27.

23. *Ibid.*, p. 24 et 25.

24. La métaphore est tirée d'un roman célèbre qui explorait les défis de la communication entre ce que l'on appelait alors les Canadiens « anglais » et « français » : Hugh MACLENNAN, *Two Solitudes*, Toronto, New York/Des Moines, 1945.

25. Pour des contributions très riches à ce sujet, consultez : Audra SIMPSON, *Mohawk Interruptus*, Durham, Duke University Press, 2014 ; Glen COULTHARD, *Peau rouge*,

Gwaii, par l'artiste haïda Bill Reid, offre un symbole de la réimagination de la politique canadienne sur la base d'un dialogue constitutionnel d'harmonisation et de conciliation mutuelle²⁶. À l'image du canot de Reid, le fédéralisme canadien est composé d'une multiplicité de participants qui se disputent le pouvoir et qui recherchent la reconnaissance. Personne ne devrait être exclu du canot. Et tous doivent pagayer à l'unisson, de façon à ce que les citoyens, les peuples et les nations qui donnent un sens à la fédération canadienne avancent ensemble.

Cet ouvrage démontre que la dynamique de la concurrence et de la collaboration entre les acteurs fédératifs a généré une fédération parfois dynamique, parfois défaillante. Les institutions échouent en certaines occasions et réussissent à d'autres moments à faire fonctionner la fédération et à donner la parole à une pluralité de groupes. Après 150 ans, l'influence des institutions fédérales sur les acteurs clés montre clairement que l'avenir ne peut être une simple reproduction du passé. Réformer le Sénat et le système électoral pour les rendre plus inclusifs et mieux adaptés aux voix minoritaires, rendre les relations intergouvernementales plus prévisibles et moins opaques, inviter les tribunaux à préserver l'équilibre fédéral, tout en permettant une évolution inclusive des paramètres fédéraux, les défis sont indéniables. C'est dans ce contexte que nous avons réuni divers chercheurs s'intéressant au fédéralisme canadien et au fédéralisme comparé pour une discussion approfondie sur le passé, le présent et l'avenir du Canada.

Le fédéralisme canadien, après plus de 150 ans, a clairement besoin d'une cure de jeunesse. Les défis sont nombreux. Le besoin de créativité et d'ouverture constitutionnelles est indéniable. Le dialogue est essentiel. Traiter la Constitution canadienne, ou son système fédéral, comme un artefact historique qu'il faudrait conserver intact est contraire à l'essence même du fédéralisme. Nous espérons donc que cet ouvrage fournira aux citoyens, aux décideurs, aux politiciens et aux chercheurs des enseignements utiles pour imaginer un avenir fédéral inclusif et mieux adapté à la diversité profonde du Canada.

masques blancs, Montréal, Lux, 2018; Leanne SIMPSON, *As We Have Always Done*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2017.

26. Le moule en plâtre de la sculpture se trouve au Musée canadien d'histoire à Ottawa, [En ligne], [www.historymuseum.ca/cmhc/exhibitions/aborig/grand/gh04eng.html].

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier les Facultés de droit de l'Université McGill et de l'Université Laval d'avoir organisé en mars 2017 une conférence internationale s'échelonnant sur deux jours, au cours desquels les auteurs de ce collectif ont présenté des versions antérieures de leurs chapitres, en soumettant une série d'hypothèses et d'idées à la discussion. Ce projet a bénéficié de l'aide financière précieuse du Fonds de recherche du Québec – Culture et société, par l'entremise du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP) de l'Université du Québec à Montréal. Nous avons également pu compter sur une subvention du programme Connexion du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et sur une subvention du Secrétariat du Québec aux relations canadiennes (anciennement le Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes – SAIC). Nous tenons à exprimer notre gratitude à Abbie Buckman, Catherine Viens, Didier Zúñiga et Dave Guénette pour leur aide à divers titres dans la préparation du manuscrit, de même qu'à Élise Malenfant, Benjamin Pillet, Jeremy Elmerich, Danielle Anne Mayer et Priscyll Anctil Antoine pour la traduction de plusieurs chapitres. Merci également à Sajeda Hedaraly, Scott Whiteman, Elena Drouin, Marie-Hélène Lyonnais, Félix Mathieu, Matt Malone et Marina Polataïko pour leur soutien lors du colloque. Olivier De Champlain a été un pilier inestimable tout au long du processus. Enfin, nous tenons à souligner l'appui de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes (CREQC) de l'Université du Québec à Montréal et de la Chaire Peter MacKell sur le fédéralisme de la Faculté de droit de l'Université McGill.

Traduction : Dave Guénette

Partie 1

Le bicaméralisme

CHAPITRE 1

Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale

CHERYL SAUNDERS

INTRODUCTION

L'objectif de ce chapitre est d'offrir une perspective comparative du bicaméralisme et de réfléchir à son potentiel d'engager les acteurs clés dans une démocratie fédérale du ^{xxi}e siècle. Les acteurs les plus évidents à cette fin sont les unités territoriales de la fédération, qui peuvent aussi représenter – de façon générale – des groupes linguistiques ainsi que d'autres groupes sociaux distincts. De plus, dans des sociétés pluralistes diversifiées, une chambre au sein d'un corps législatif bicaméral peut s'avérer utile pour offrir une représentation descriptive ou substantielle de groupements de personnes qui ne sont pas nécessairement organisés territorialement¹.

Le bicaméralisme est un sujet d'étude approprié dans le cadre de la commémoration des 150 ans de la Constitution du Canada. Il est depuis longtemps paradoxal que le Canada constitue l'une des démocraties fédérales les plus efficaces au monde, alors qu'il est dépourvu d'une seconde chambre clairement fédérale, généralement perçue comme un attribut essentiel des arrangements fédéraux. D'autres chapitres dans cette collection explorent plus précisément le Sénat canadien, offrant une compréhension approfondie de son origine, de sa fonction et de son potentiel. Ma tâche est plutôt de placer le Sénat canadien dans une perspective comparée.

1. Sur les concepts de représentation, voir Suzanne DOVY, « Political Representation », dans Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, [En ligne], [plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/political-representation/].

L'approche comparative est utilisée ici principalement comme une source additionnelle d'information dont les Canadiens pourront s'inspirer en considérant le futur de leur fédération de manière générale, et du Sénat de manière particulière. Les sujets qui sont traités sont choisis principalement en référence à des questions sur le bicaméralisme qui peuvent être d'intérêt au Canada ou faire la lumière sur l'expérience canadienne. Plus particulièrement, la possibilité que le Sénat soit utilisé pour la représentation d'acteurs clés autres que les provinces canadiennes fait l'objet de débats proprement canadiens. La forme et la fonction des corps législatifs bicaméraux dans les systèmes fédéraux sont néanmoins un sujet d'actualité dans les fédérations à travers le monde. Ce chapitre aborde également plusieurs des questions centrales sur les secondes chambres fédérales qui sont d'intérêt ailleurs. Dans cette mesure, ce chapitre devrait être regardé comme une contribution à la littérature sur le fédéralisme comparé de façon plus générale.

À cette fin, le présent chapitre commence par un examen des divers rôles qui sont typiquement attribués ou revendiqués pour une seconde chambre au sein d'un corps législatif fédéral bicaméral, y compris la façon dont certains aspects du bicaméralisme peuvent faciliter ces rôles ou, au contraire, les rendre plus difficiles à atteindre. La seconde partie de ce chapitre présente une expérience comparative afin de démontrer la diversité des modèles bicaméraux présentement utilisés et d'en tirer des conclusions générales sur leurs effets, dans le but d'offrir des orientations possibles pour l'avenir. L'expérience comparative est constamment en mouvement et l'intérêt pour une réforme du bicaméralisme n'est aucunement confiné au Canada, en raison des tensions qui émergent souvent d'une structure bicamérale. J'ai recours à l'Australie comme cas d'étude afin d'explorer plus en profondeur les effets des choix de modèles particuliers. L'Australie est utile à cette fin, non seulement en raison de ma familiarité avec cette dernière, mais aussi parce qu'elle est un exemple d'un Sénat triple E qui a déjà été en vogue au Canada². L'expérience australienne offre des avantages supplémentaires, considérant l'intérêt plus général de cette collection à l'égard d'arrangements constitutionnels et de modèles institutionnels plus inclusifs. La mise en place d'un système électoral pour élire les membres du Sénat a ouvert la politique nationale

2. Ronald L. WATTS, « The Federative Superstructure », dans Christian LEUPRECHT et Peter H. RUSSELL (dir.), *Essential Readings in Canadian Constitutional Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 2011, p. 70.

australienne à une plus grande diversité d'acteurs politiques, ce qui n'est pas sans avoir fait l'objet de critiques. Par exemple, le débat actuel en Australie pour déterminer si la Constitution devait être amendée afin d'offrir une « voix » au Parlement pour les peuples autochtones et les insulaires du détroit de Torres (*Aboriginal and Torres Strait Islander*) est pertinent dans le cadre du présent volume³.

La dernière partie de ce chapitre regarde vers l'avenir. Elle s'interroge sur l'existence d'autres institutions de partage du pouvoir (*shared rule*) dans les démocraties fédérales qui exercent ou peuvent exercer certaines des fonctions qui sont généralement associées au bicaméralisme. Cette section examine également d'autres fonctions, nouvelles ou émergentes, qu'une seconde chambre pourrait exercer. Une brève conclusion énumère quelques voies possibles pour le bicaméralisme au Canada à partir de l'expérience comparative.

Toutes les mises en garde habituelles lorsque l'on compare différents modes de gouvernement s'appliquent. Chaque démocratie fédérale est différente. Les expériences de l'une ne peuvent pas automatiquement s'étendre au-delà des frontières juridictionnelles. Certaines des variables principales en ce qui a trait au bicaméralisme sont les relations entre les sections législatives et exécutives, avec lesquelles le bicaméralisme doit coexister, la façon dont la fédération s'est formée, les caractéristiques qui ont influencé sa dynamique actuelle et la cohésion ainsi que la portée géographique des partis politiques dominants. Plusieurs autres variables, moins communes, sont potentiellement tout aussi pertinentes. L'influence de la démocratie directe en Suisse en est un exemple. Il faut donc tenir compte des différences dans de tels contextes. Néanmoins, des tendances peuvent être observées et des idées tirées de la comparaison entre différentes approches du bicaméralisme d'une façon qui peut être utile, non seulement au Canada, mais aussi dans d'autres fédérations.

3. *Final Report of the Referendum Council*, préparé par le Referendum Council of the Australian Commonwealth Government, Canberra, 2017, [En ligne], [https://www.referendumcouncil.org.au/sites/default/files/report_attachments/Referendum_Council_Final_Report.pdf].

LE BICAMÉRALISME DANS LES DÉMOCRATIES FÉDÉRALES

Le bicaméralisme date de l'époque classique⁴. Par ailleurs, le bicaméralisme dans un cadre fédéral est aussi âgé que le fédéralisme lui-même – ou du moins que le fédéralisme tel que nous le comprenons actuellement. Une seconde chambre fédérale dans un corps législatif central est une caractéristique typique des fédérations depuis que la Constitution américaine est entrée en vigueur, établissant la première fédération moderne et prévoyant la représentation des unités constituantes au sein d'un Sénat⁵. Comme l'a souligné l'éminent universitaire canadien Ronald Watts, une seconde chambre n'est pas une caractéristique essentielle d'une fédération, ne serait-ce que parce que toutes les fédérations n'en ont pas une⁶. Comme il l'a aussi remarqué toutefois, ce type d'organe est suffisamment répandu pour qu'il soit sérieusement considéré lors de la conception d'une fédération.

Malgré la familiarité de cette institution, il existe une ambiguïté quant aux rôles qu'une seconde chambre fédérale joue et devrait peut-être jouer. Cette ambiguïté prend sa source, à nouveau, dans le prototype américain, et perdure depuis à travers d'autres fédérations. L'un ou l'autre des deux rôles, ou les deux, sont généralement revendiqués pour les secondes chambres fédérales : un rôle fédéral et un rôle de chambre de « révision », ou de *check and balance* pour reprendre la terminologie américaine⁷. Ces termes sont cependant généraux et vagues, et chacun a plusieurs applications possibles. De plus, la question se pose de savoir si une seule institution peut remplir ces deux rôles.

Le « rôle fédéral » joué par les secondes chambres

La fonction fédérale d'une seconde chambre est parfois associée à la notion de partage du pouvoir (*shared rule*)⁸. Je reviendrai sur cette notion

4. Meg RUSSELL, « Bicameralism in Theory and Comparative Perspective », dans Meg RUSSELL (dir.), *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 42.

5. Alexander HAMILTON, James MADISON et John JAY, *The Federalist Papers*, n° 62.

6. Ronald L. WATTS, « Federal Second Chambers Compared », présentation lors de la conférence *Federalizing Process in Italy: Comparative Perspectives*, Rome, Italie, 17-19 février 2010 ; Ronald L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, 3^e éd., Kingston, Institute for Intergovernmental Relations, 2008, p. 147.

7. A. HAMILTON, J. MADISON et J. JAY, préc., note 5.

8. Daniel J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987.

à la fin de ce chapitre. Je note ici cependant que ce terme aussi est ambigu, puisqu'il peut désigner trois aspects distincts de l'organisation fédérale : les organes centraux exerçant unilatéralement le pouvoir qui leur est conféré⁹, les unités constituantes se réunissant ensemble, ou avec le centre, pour exercer leurs pouvoirs constitutionnels de façon coopérative¹⁰ ou les organes centraux, dont une seconde chambre est un exemple paradigme, dans lequel les unités constituantes jouent un quelconque rôle¹¹. Seule cette dernière définition est directement utile aux présentes fins et j'utilise ici le terme dans ce sens.

Le rôle fédéral d'une seconde chambre, qui s'exerce dans l'optique du partage du pouvoir, peut être largement symbolique ou être à la fois symbolique et fonctionnel. Le symbolisme est vraisemblablement assuré par la participation des unités constituantes, agissant en leur qualité d'unités, dans la composition de la chambre fédérale. Cela se produit lorsqu'un ou plusieurs des organes de gouvernement des unités constituantes jouent un rôle dans la sélection des membres de la chambre fédérale ou lorsque les unités sont utilisées en tant que circonscription de base au sein de laquelle des élections à suffrage direct ont lieu. Un tel symbolisme peut également avoir une dimension substantielle, si la participation des unités assure une représentation des unités plus large dans le corps législatif central qu'il en aurait été autrement.

La question de savoir quelle fonction devrait être remplie par une seconde chambre, lorsqu'elle exerce un rôle fédéral, est toutefois plus compliquée. Il y a au moins trois possibilités. On peut s'attendre de la chambre qu'elle protège le principe fédéral, peu importe ce que cela implique dans un cas particulier. En fonction du contexte, par exemple, une chambre fédérale pourrait être attentive au respect d'un principe de subsidiarité ou, à un niveau encore plus élémentaire, au respect de la séparation fédérale constitutionnelle des pouvoirs elle-même. De façon alternative, on peut s'attendre à ce que les membres d'une chambre fédérale accordent une attention particulière aux intérêts des unités constituantes dont ils sont originaires et s'efforcent activement de les protéger. Ou encore, une chambre fédérale peut simplement offrir une voix aux unités constituantes dans l'élaboration des politiques fédérales afin de s'assurer

9. Daniel J. ELAZAR, *Self-Rule/Shared Rule*, Ramat Gan, Turtledove Publishing, 1979.

10. Adam TOMKINS, « Shared Rule: What Scotland needs to learn from federalism », *The Melting Pot*, Reform Scotland, 2016.

11. Liesbet HOOGHE et collab., *A Postfunctionalist Theory of Governance*, vol. 1 : « Measuring Regional Authority », Oxford, Oxford University Press, 2016.

que leur point de vue soit entendu. Dans ce dernier cas, se pose la question de savoir si cette voix devrait émaner directement du peuple organisé en région ou de leurs représentants élus, au sein de gouvernements ou d'organes législatifs.

Étant donné l'importance accordée aux autres acteurs dans le présent volume, une série d'autres questions se posent également à ce stade, à savoir si et comment des groupes autres que les unités constituantes peuvent être représentés dans une seconde chambre, en conformité avec sa fonction fédérale. Un tel objectif pourrait être atteint, évidemment, par un mécanisme assurant que d'autres groupes peuvent faire partie de la représentation des unités constituantes dans la seconde chambre, mécanisme pouvant être enclenché par le centre ou par les unités constituantes elles-mêmes. Alternativement, on pourrait envisager de prévoir la représentation d'autres groupes dans une deuxième chambre *en plus* des arrangements élaborés pour assurer la représentation des unités constituantes. Ces deux options ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives. Cependant, dans certains contextes, la représentation de groupes autres que les unités constituantes pourrait être vue comme incompatible avec les fonctions fédérales de la seconde chambre. Ce serait le cas, par exemple, lorsque la représentation d'autres groupes rendrait inefficace la voix des unités constituantes sur certains sujets, alors que cette expression était la raison d'être de la seconde chambre. Dans d'autres contextes, il pourrait être possible de repenser le concept même du fédéralisme, ce qui conduirait à une représentation plus inclusive au sein d'une deuxième chambre de manière à mieux refléter ses fonctions fédérales¹².

Le rôle de révision qu'exerce la seconde chambre est compliqué pour d'autres raisons. Le rôle le plus évident survient lors de l'adoption de la législation, une fonction essentielle d'un corps législatif. Mais les organes législatifs remplissent aussi d'autres fonctions, selon le modèle institutionnel. Ainsi, une seconde chambre peut remplir un rôle en matière de finances publiques. Cet aspect du rôle d'une seconde chambre peut être relativement simple dans un système présidentiel, où le gouvernement et l'organe législatif sont séparés. Il devient plus problématique dans un système parlementaire, où les gouvernements sont tributaires du corps législatif pour s'acquitter de leurs fonctions. Dans ce contexte, un gouvernement peut généralement avoir le soutien parlementaire en ayant le soutien de la chambre qui a le plus grand appui du vote populaire. Le rôle

12. Voir, par exemple, Yonatan Tesfaye FESSHA, *Ethnic Diversity and Federalism: Constitution Making in South Africa and Ethiopia*, Farnham, Routledge, 2010, p. 25-60.

de révision de la seconde chambre peut amener à réexaminer l'hypothèse que seul compte le soutien de la première chambre. L'Australie en est un exemple: en 1975, le pouvoir du Sénat d'apposer son veto relativement à la législation financière a mené à la chute d'un gouvernement qui jouissait toujours de la confiance de la chambre de représentation du peuple¹³. Un tel exercice du droit de veto peut être évité et l'hégémonie de la première chambre peut être préservée, mais au détriment du rôle de révision de la chambre fédérale. Lorsqu'une seconde chambre a un rôle de révision relativement fort, d'autres questions standards émergent. L'une concerne la mesure dans laquelle une seconde chambre est habilitée à aborder des questions de politique gouvernementale et considère légitime de le faire. L'autre est de savoir si une seconde chambre peut et devrait exercer ses pouvoirs en tant que chambre législative afin de tenir le gouvernement responsable si la première chambre refuse de le faire.

Ces questions peuvent être réglées, de façon délibérée ou par défaut, lors de la conception du modèle institutionnel. Deux séries de questions demandent une attention particulière à ce stade: la composition de la deuxième chambre et les pouvoirs qui lui sont conférés.

La composition des secondes chambres

Pour la composition de la chambre, au moins deux décisions clés doivent être prises.

L'une est de savoir si la chambre devrait être directement élue ou nommée. Dans les deux cas, d'importantes questions subsidiaires se posent concernant le cadre à l'intérieur duquel l'élection ou la nomination se déroule. Ces questions dépendent à leur tour de l'effet recherché quant aux fonctions fédérales et aux fonctions de révision de la chambre. Dans le cas d'élections directes, par exemple, il est nécessaire de déterminer le système électoral, la durée des mandats des membres, si les mandats des membres sont échelonnés dans un souci de continuité et si les règles de base, soumises à la Constitution, sont déterminées par le centre, par les unités constituantes ou par une combinaison des deux. Chacune de ces décisions aura un effet important sur les fonctions de la chambre et sur son fonctionnement en pratique.

13. Cheryl SAUNDERS, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011, chap. 5.

Une autre décision clé affectant la composition de la seconde chambre est de savoir si les unités constituantes devraient être représentées de façon égale ou sur une autre base. C'est également à ce stade qu'il faut décider si d'autres groupes, comme les peuples autochtones, qui ne sont pas nécessairement organisés en unités, devraient eux aussi être représentés par la seconde chambre. Lors de la détermination des bases de la représentation des unités constituantes, une tension se crée entre le symbolisme de la représentation égale et le standard démocratique où chaque électeur compte de manière identique. La tension est apaisée, sans être totalement résolue, en pondérant une répartition des sièges sur la base de la population afin d'assurer une représentation jugée raisonnable de chaque unité constituante. La pondération peut appliquer des règles cohérentes dans l'ensemble de la fédération ou peut avoir des effets asymétriques, de manière à garantir une représentation adéquate des plus petites unités.

Les pouvoirs des secondes chambres

La deuxième série de questions mentionnées précédemment, qui doivent être résolues au moment de la conception d'une seconde chambre, concerne la nature et l'étendue de ses pouvoirs. Une décision initiale doit être prise entre deux avenues. On peut, d'une part, établir une chambre coégale à la chambre populaire, avec une exception possible pour la législation financière la plus importante dans des systèmes parlementaires. Il est possible, d'autre part, d'adapter les pouvoirs de cette seconde chambre à des fins plus spécifiquement fédérales, ce qui peut inclure la prise de décisions quant à la répartition fiscale, aux arrangements intergouvernementaux ou à la portée des pouvoirs du centre par rapport à ceux des unités. Dans les deux cas, une question subsidiaire se pose quant à savoir si un mécanisme formel devrait être prévu pour la résolution des impasses entre les deux chambres et, le cas échéant, si un tel mécanisme doit être orienté vers un résultat qui donne préséance à la vision de l'une des deux chambres, soit de façon générale, soit sur des questions particulières. Enfin, une décision doit être prise quant aux pouvoirs additionnels qui devraient être conférés à la seconde chambre, pour lesquels elle est considérée comme adéquatement outillée, en raison de sa composition ou de son statut. Des

rôles en matière de destitution ou de nomination de membres de l'exécutif sont des exemples tirés de l'expérience américaine¹⁴.

En résumé, d'un point de vue conceptuel, une seconde chambre dans un corps législatif fédéral bicaméral peut exercer des fonctions fédérales de diverses façons. Elle peut, en outre, remplir d'autres rôles importants qui n'ont pas nécessairement de relation particulière avec le fédéralisme. Les fonctions qu'une telle chambre exerce dépendent non seulement des responsabilités et des pouvoirs qui lui sont conférés, mais aussi de sa composition et de sa relation avec la chambre élue par la population pour la représenter directement. Il n'y a aucune raison de croire que la gamme de possibilités esquissées dans cette section du chapitre soit épuisée par l'expérience fédérale actuelle. Bien au contraire, il existe déjà un intérêt grandissant pour le potentiel d'une seconde chambre en tant que lieu qui permettrait d'offrir une représentation pour les groupes de sociétés pluralistes qui sont considérés comme sous-représentés dans les institutions nationales¹⁵. La question de savoir si la composition de la chambre fédérale devrait ainsi être élargie nécessite d'évaluer les effets d'un tel changement sur les fonctions que la chambre est chargée de remplir. Elle exige également de se demander si les objectifs d'une représentation plus inclusive seraient susceptibles d'être atteints de cette façon.

LE BICAMÉRALISME CANADIEN DANS UN CONTEXTE COMPARATIF

Les choix effectués quant à chacune de ces séries de questions, lorsque la chambre est mise en place ou lors de son évolution au fil du temps, varient considérablement d'une fédération à l'autre. Différentes combinaisons de caractéristiques, dans des contextes différents, produisent des résultats différents. Le Sénat canadien en est un bon exemple : constitué par nomination et doté de pouvoirs presque égaux à ceux de la Chambre des communes, il a exercé un rôle relativement restreint en tant que

14. *Constitution des États-Unis*, art. I § 3, cl. 6; art. II, § 2, cl. 2. Voir de façon générale Michael J. GERHARDT, *The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

15. Voir par exemple Surendra BHANDARI, *Self-Determination and Constitution Making in Nepal: Constituent Assembly, Inclusion and Ethnic Federalism*, Singapore, Springer, 2014.

chambre de révision législative et un rôle fédéral qui dépend, au mieux, de la distribution régionale de ses membres¹⁶.

Un aperçu de la pratique actuelle illustre ce point. Il suggère aussi que le Sénat canadien est moins un cas unique qu'on ne l'affirme généralement.

Le point de départ, une fois de plus, est la composition de la chambre fédérale¹⁷. Seulement certaines chambres fédérales sont élues au suffrage direct, les systèmes électoraux variant entre un système de majorité simple et une représentation proportionnelle¹⁸. Leur composition peut se distinguer de celle de la première chambre de diverses manières, y compris par l'utilisation de mandats échelonnés, la représentation des unités constituantes, ou par le système électoral lui-même. D'autres chambres fédérales puisent entièrement leurs membres au sein des assemblées législatives des unités constituantes, comme c'est le cas en Autriche. Une variante marquante se retrouve dans la chambre fédérale allemande, ou Bundesrat, qui comprend des représentants des exécutifs des Länder. Les méthodes mixtes de représentation sont relativement communes. Il existe donc des combinaisons d'élections au suffrage direct et de nominations d'unités constituantes, comme en Espagne, de nominations par les gouvernements et les assemblées législatives des unités constituantes, comme en Afrique du Sud, de diversité de la représentation au sein de l'attribution aux unités constituantes, comme au Pakistan, de l'élection par les assemblées législatives des États et de nominations présidentielles, autre voie potentielle vers une plus grande diversité, comme en Inde et, maintenant, au Népal.

Les fédérations se divisent également sur le principe d'égalité lors de la constitution d'une deuxième chambre. Alors que près de la moitié des fédérations prévoient une représentation égale des unités constituantes sous une forme ou une autre, les autres se répartissent généralement les sièges entre les unités constituantes sur la base – partiellement adaptée – de la population, ce qui a pour effet de renforcer la représentation des

16. Joel I. COLON-RIOS et Allan C. HUTCHINSON, « Constitutionalizing the Senate: A Modest Democratic Proposal », *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 4, 2015, p. 599.

17. Une typologie est disponible dans M. RUSSELL, préc., note 4, p. 47-51. Voir aussi R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, préc., note 6, p. 148-150.

18. Des chambres fédérales entièrement élues au suffrage direct se retrouvent en Australie, en Suisse, en Argentine, au Brésil, au Mexique, au Nigeria et aux États-Unis: voir M. RUSSELL, préc., note 4, p. 51.

plus petites unités¹⁹. Lorsque la représentation est mixte – lorsqu’elle permet des nominations par l’autorité centrale à des fins de représentation spéciale, en plus de la représentation des unités constituantes, par exemple –, le principe d’égalité au sein de la fédération peut être affecté. La Malaisie représente un tel cas, où seulement une minorité de sièges, partagés de façon égale, sont utilisés pour la représentation des unités constituantes, les sièges restants étant pourvus par une nomination par le roi²⁰.

L’expérience mondiale est également disparate en ce qui a trait aux pouvoirs attribués à une seconde chambre fédérale²¹. Certaines ont un droit de veto sur toute ou presque toute la législation. Typiquement, bien que ce ne soit pas toujours le cas, il s’agit de chambres directement élues, considérées comme ayant un mandat démocratique plus important. Des impasses entre les chambres sont plus probables dans de telles circonstances. Les mécanismes pour les résoudre varient, allant de comités de médiation à des séances conjointes, à des élections, ou encore à l’absence totale de mécanisme de résolution des désaccords entre les chambres.

À l’inverse, certaines secondes chambres ont un droit de veto absolu uniquement sur des questions d’importance fédérale, tout en conservant un droit de veto suspensif relativement à d’autres sujets. Les pouvoirs du Bundesrat allemand sur les projets de loi qui affectent le droit (et l’obligation) d’un Land d’administrer la législation centrale, ou les revenus du Land, ou un amendement constitutionnel, en sont des exemples éloquentes. Le défi dans ce genre de cas consiste à déterminer les enjeux qui devraient exiger l’approbation de la chambre fédérale, une question qui peut s’avérer fort controversée, comme le montre l’expérience allemande. Néanmoins, une fois cette question réglée, la nécessité de prévoir un mécanisme de résolution des impasses entre les deux chambres devient moins importante. Un droit de veto absolu de la chambre fédérale sur certaines questions pourrait simplement être le prix à payer pour éviter l’érosion du rôle et de l’autonomie des unités constituantes, afin de préserver une fédération fonctionnelle.

19. Cheryl SAUNDERS, «Legislative, Executive, and Judicial Institutions: A Synthesis», dans Kate LE ROY et Cheryl SAUNDERS (dir.), *Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries*, Montréal et Kingston, McGill-Queen’s University Press, 2006, p. 344-384.

20. R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, préc., note 6, p. 150.

21. *Ibid.*, p. 149 et 150.

Certaines secondes chambres fédérales sont encore plus faibles. Par exemple, le Bundesrat autrichien n'a qu'un veto suspensif²². D'autres secondes chambres ont des pouvoirs supplémentaires, au-delà de ceux qui sont relatifs à la législation. Les secondes chambres dans les systèmes présidentiels s'inspirent souvent du modèle américain à cette fin, attribuant à une deuxième chambre le pouvoir d'approuver les nominations publiques de haut niveau ou de ratifier les traités. Dans un exemple qui suscite réflexion, le Sénat argentin s'est vu conférer le pouvoir de conclure des accords intergouvernementaux de coopération fiscale lorsque la Constitution a été modifiée en 1994²³. D'après ce que j'en comprends, cette disposition est inefficace. Néanmoins, cet exemple soulève la possibilité, sur laquelle je reviendrai plus tard, d'attribuer des pouvoirs particuliers à la seconde chambre en ce qui concerne les relations intergouvernementales de manière générale.

L'expérience de la plupart des fédérations montre que l'affiliation à des partis politiques aura probablement une influence sur le comportement d'une seconde chambre. Cette influence est susceptible d'être importante dans les secondes chambres constituées par suffrage direct ou par un choix indirect des assemblées législatives constituantes ou des gouvernements. Son fonctionnement dans la pratique dépendra dans une certaine mesure d'autres facteurs, dont le système électoral.

De façon générale, l'expérience collective fédérale tend à suggérer que les secondes chambres dotées d'un pouvoir presque coégal avec la chambre de représentation populaire jouent un rôle fédéral moins substantiel, quel que soit le sens du terme, que celles qui ont un pouvoir de veto plus limité en ce qui concerne précisément les questions fédérales. Par définition, de telles chambres sont néanmoins bien placées pour exercer un pouvoir de révision important. Lorsqu'elles sont directement élues, comme cela est souvent le cas, elles sont susceptibles d'être considérées comme ayant la légitimité nécessaire. Par ailleurs, dans ces conditions, une seconde chambre est aussi susceptible d'être substantiellement motivée par la politique partisane. En fonction du système électoral et de ses résultats d'une fois à l'autre, cela peut amener une telle chambre à n'être qu'un simple écho de la chambre populaire, ou bien à être indûment obstructionniste. Chacun de ces rôles s'éloigne du rôle de révision qu'une telle chambre a le potentiel de jouer.

22. *Ibid.*, p. 149.

23. Voir Gabriel L. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, chap. 5.

Concevoir une chambre de manière à éviter l'un ou l'autre de ces extrêmes est une énigme bien connue, pour laquelle il n'y a pas de réponse facile. Il serait possible de résoudre ce problème en prévoyant la représentation d'autres groupes sociaux, dissipant ainsi les structures partisans traditionnelles au sein de la deuxième chambre, bien que cela pose un certain risque pour la stabilité gouvernementale. Par ailleurs, les chambres dont la composition et les pouvoirs les outillent davantage pour réviser la législation que pour remplir un rôle fédéral pourraient être encouragées à s'engager plus efficacement dans ce dernier rôle, si on leur confiait des responsabilités particulières relatives à certains aspects du système fédéral.

LE SÉNAT AUSTRALIEN COMME ÉTUDE DE CAS

Le Sénat australien est une seconde chambre directement élue, avec une représentation égale de chacun des États originaux, et dont les pouvoirs sont presque égaux à ceux de la Chambre des représentants. Je l'utilise comme un cas d'étude dans la partie qui suit, avec les objectifs suivants en tête. Le premier est de montrer comment les détails de la conception et des pouvoirs d'une chambre donnée se combinent afin de façonner l'institution dans son ensemble. Deuxièmement, le cas du Sénat australien offre aussi une occasion d'explorer les effets de l'affiliation partisane sur un organe de ce type. Troisièmement, il y a un débat de longue date en Australie sur la question de savoir si le Sénat joue un rôle de seconde chambre fédérale et, le cas échéant, de quelle façon. Enfin, l'exemple du Sénat australien offre l'occasion de réfléchir aux avenues qu'offre le Sénat pour la représentation des peuples autochtones, celle-ci étant moins accessible à la Chambre des représentants. Cet exemple permet en outre de se questionner sur les limites de la représentation au Sénat en tant que moyen d'offrir une voix efficace aux peuples autochtones.

La composition et les pouvoirs du Sénat

Le Sénat australien est la deuxième chambre de l'Assemblée législative bicamérale du Commonwealth. Il s'est inspiré vaguement du Sénat américain et a assurément été créé dans un but fédéral²⁴. Cependant, les dispositions relatives à une seconde chambre au sein du Parlement central

24. Nicholas ARONEY, «Imagining a Federal Commonwealth: Australian Conceptions of Federalism, 1980-1901», *Federal Law Review*, vol. 30, n° 2, 2002, p. 268-273.

peuvent également être attribuées à l'influence de la Chambre des lords au Royaume-Uni, donc à une fonction de « révision des lois » plus traditionnelle. Tous les États australiens, sauf un, ont également un Parlement bicaméral. Queensland – où le Conseil législatif (*Legislative Council*) a été aboli en 1922 – est l'exception²⁵. Des débats sur l'abolition ont eu lieu ailleurs également, mais se sont heurtés à de la résistance. La renaissance du Conseil dans l'État du Queensland est même encore occasionnellement envisagée²⁶. La composition et les pouvoirs de tous les conseils législatifs des États ont été modifiés au fil du temps, mais, dans la plupart des États, ils exercent toujours une influence significative sur les décisions publiques.

Le penchant australien pour le bicaméralisme pourrait être considéré comme une illustration de la confiance du constitutionnalisme australien dans les institutions, plutôt que dans la protection explicite des droits. Peu importe la manière dont le phénomène est rationalisé dans le contexte australien, il est peu probable qu'il change dans un avenir rapproché étant donné le niveau de méfiance à l'égard de la politique partisane.

Lorsque le Sénat a été créé, la question de son effet potentiel sur le gouvernement responsable a reçu beaucoup d'attention. Lors des conférences constitutionnelles, des inquiétudes ont été exprimées, selon lesquelles « le fédéralisme tuerait un gouvernement responsable ou le gouvernement responsable tuerait le fédéralisme », un Sénat puissant étant considéré comme un corollaire nécessaire du fédéralisme²⁷. L'interdépendance des deux principes soulève des questions intéressantes sur lesquelles je reviendrai plus loin. Cependant, le problème de l'influence des secondes chambres sur le fonctionnement du gouvernement responsable n'est en aucun cas limité au Sénat. L'expérience australienne illustre également ce point, non seulement à l'échelle fédérale, mais aussi dans les organes législatifs étatiques. En tant que chambre législative, une deuxième chambre jouit des mêmes privilèges que la première chambre : exiger des documents gouvernementaux et condamner les ministres d'outrage s'ils ne les fournissent pas. De plus, une deuxième chambre est bien plus susceptible d'exercer de tels pouvoirs qu'une chambre basse composée majoritairement de membres sur lesquels les ministres peuvent compter. Cette question a atteint son

25. *Constitution Act Amendment Act 1922 (Qld)*.

26. Une proposition à cet effet a été récemment présentée par le parti nationaliste de droite *One Nation*, puis rejetée par le premier ministre : voir Geoff CHAMBERS et Sarah ELKS, « Thumbs Down for Upper House », *The Australian*, 19 janvier 2017.

27. *Official Report of the National Australasian Convention Debates*, Adelaide, Government Printer, 1897, p. 28.

paroxysme en 1998 en Nouvelle-Galles du Sud (*New South Wales*), lorsque, suite à un litige, la Haute Cour (*High Court*) a confirmé les pouvoirs du conseil législatif d'agir de la sorte. Cette décision implique que le bicaméralisme affecte le gouvernement responsable, non seulement en Nouvelle-Galles du Sud, mais partout en Australie²⁸.

Les principales caractéristiques du cadre formel du Sénat sont les suivantes. La Constitution exige qu'il soit élu au suffrage direct, chaque État représentant un seul électorat²⁹. Le système électoral est actuellement une forme de représentation proportionnelle, qui n'est pas exigée par la Constitution, mais qui est maintenue en place depuis presque 70 ans et est devenue une caractéristique intégrale de la composition du Sénat³⁰. Une loi adoptée par le Parlement du Commonwealth prévoit le cadre électoral pour le Sénat, bien que les États jouent un rôle formel à certains égards, y compris en ce qui a trait à la délivrance de décrets pour les élections sénatoriales et aux remplacements de postes sénatoriaux vacants³¹. Les six États d'origine sont représentés de façon égale au Sénat et aucun autre État n'a été créé depuis. Le nombre d'origine était de six sénateurs par État, il est maintenant de 12. L'augmentation de la taille du Sénat résulte du lien avec la taille de la Chambre des représentants, dont la composition est limitée à deux fois le nombre de sénateurs et qui doit, dans une certaine mesure, suivre le rythme de la croissance démographique³². Les sénateurs ont un mandat fixe de six ans, la moitié (normalement) étant sortants tous les trois ans. Il y a une certaine flexibilité quant à la date des élections, ce qui permet normalement aux élections de la moitié du Sénat de se tenir en même temps que celles de la Chambre des communes, au prix d'un délai parfois considérable avant la prise de fonctions des sénateurs nouvellement élus³³. La commodité de tenir des « élections simultanées » pour la Chambre et le Sénat rend presque impossible la prolongation du mandat de la Chambre qui est

28. *Egan v. Willis*, (1998) 195 C.L.R. 424.

29. Cela est soumis à une exception pour le Queensland qui n'a jamais été réellement activée : voir article 7 de la Constitution de 1901.

30. La justification de l'adoption de la représentation proportionnelle en 1948 est expliquée par John UHR, « Why We Chose Proportional Representation », dans Marian SAWER et Sarah MISKIN (dir.), *Representation and Institutional Change: 50 Years of Proportional Representation in the Senate*, Canberra, Department of the Senate, 1999, [En ligne], [www.aph.gov.au/binaries/senate/pubs/pops/pop34/pop34.pdf].

31. *Constitution australienne*, art. 12 et 15.

32. *Ibid.*, art. 24.

33. *Ibid.*, art. 13.

actuellement de trois ans, bien que des propositions dans ce sens soient formulées périodiquement.

Le Sénat dispose des mêmes pouvoirs que la Chambre, exception faite de certaines catégories de projets de loi de nature financière qu'il peut rejeter, mais qu'il ne peut ni démarrer ni modifier³⁴. Le pouvoir de rejeter de tels projets de loi a contribué aux événements célèbres de 1975, lorsque l'échec du passage au Sénat de la loi relative au budget entraîna la révocation du premier ministre par le gouverneur général, le cas le plus frappant de conflit potentiel entre le gouvernement responsable et le fédéralisme³⁵. Une procédure de résolution d'impasse entre les chambres peut être déclenchée par un désaccord au sujet d'un ou de plusieurs projets de loi pouvant être accumulés au cours de la législature. Le mécanisme comprend des intervalles de temps, une élection pour les deux chambres et, potentiellement, une séance commune³⁶. Il n'a été utilisé que sept fois depuis la création de la fédération et n'est pas particulièrement adapté pour résoudre les conflits concernant la législation, qui se résolvent plus souvent par de la négociation politique. Cependant, l'existence de cette procédure de résolution d'impasse, y compris la possibilité qu'elle offre de dissoudre le Sénat dans son ensemble, est un outil stratégique. Le gouvernement fédéral peut l'utiliser afin d'augmenter le nombre de sénateurs si les sondages suggèrent des résultats d'élections qui sont favorables au gouvernement, non seulement au Sénat, mais aussi, de façon significative, à la Chambre basse. De plus, la simple menace d'une double dissolution peut convaincre certains sénateurs qui préféreraient ne pas avoir à faire face à des élections anticipées. Les modalités relatives à la résolution d'impasses ont fait l'objet de certains litiges. La Haute Cour a, dans ce contexte, confirmé que le Sénat est une chambre coégale du Parlement du Commonwealth, ayant le droit de délibérer sur la législation proposée pendant un délai raisonnable avant qu'une impasse soit considérée comme étant survenue³⁷.

Le Sénat est clairement constitué comme une chambre fédérale. Il y a néanmoins deux points à noter à cet égard. Le premier est que la garantie d'égalité ne s'applique qu'aux États d'origine. Si un nouvel État venait à être créé, il pourrait se voir attribuer un nombre moins important de

34. *Ibid.*, art. 53.

35. Jenny HOCKING, *The Dismissal Dossier: Everything You Were Never Meant to Know about November 1975*, Melbourne, Melbourne University Press, 2016.

36. *Constitution australienne*, art. 57.

37. *Victoria v. Commonwealth*, (1975) 134 C.L.R. 81, 148 (juge Gibbs), 186 (juge Mason).

sénateurs, conformément à la Constitution. Les conséquences politiques d'une telle décision seraient cependant plus lourdes. Le candidat qui est le plus en voie de devenir un nouvel État est le Territoire du Nord (*Northern Territory*). La taille de sa représentation au sein du Sénat sera probablement un point de discordance principal si sa conversion en État devenait une possibilité concrète³⁸.

Le second point relatif à la composition fédérale du Sénat concerne également le Territoire du Nord, ainsi que, dans ce contexte, le Territoire de la Capitale australienne (*Australian Capital Territory*). Ces deux territoires ont été représentés au Sénat par des sénateurs disposant du plein droit de vote depuis 1975, date à laquelle une contestation devant la Haute Cour a été rejetée³⁹. De façon pertinente aux fins de cette étude, la Haute Cour a relevé la tension entre une disposition de la Constitution autorisant le Parlement à prévoir la « représentation » des territoires⁴⁰ et la description constitutionnelle du Sénat comme étant « composé de sénateurs pour chaque État⁴¹ ». La Haute Cour a privilégié le premier de ces deux éléments, en partie pour des raisons démocratiques⁴². La représentation des territoires au sein du Sénat diffère de celle des États à d'autres égards : le nombre de sénateurs représentant les territoires est déterminé par la taille de la population du territoire et la durée de leur mandat est liée à la durée du mandat de la Chambre des représentants⁴³.

Le Sénat est depuis longtemps une chambre qui vote en fonction des lignes de parti. Les plus importants partis australiens sont souvent les partis nationaux et la discipline de parti est généralement rigoureuse. Bien

38. En 1998, un référendum qui aurait donné au Territoire du Nord le statut d'État a été rejeté par les électeurs du territoire, pour des raisons qui reflétaient des manquements dans le processus d'élaboration du nouveau projet de constitution pour un État du Territoire du Nord, plutôt qu'en raison d'une opposition à l'État lui-même. Il y a eu des progrès plus récents vers la création d'un État pour le territoire : voir Sarah WHYTE, « Northern Territory Could become Australian State by 2018 », *Sydney Morning Herald*, 23 juillet 2015, [En ligne], [www.smh.com.au/federal-politics/political-news/northern-territory-could-become-australias-seventh-state-by-2018-20150723-giino4.html] ; voir généralement Greg CARNE, « We of the Never Never : Constitutional Misconceptions and Political Realities in Pre-Constituting the State of the Northern Territory », *Southern Cross University Law Review*, vol. 16, 2003, p. 41.

39. *Attorney-General (Cth) ; Ex Rel Mckinlay v. Commonwealth*, (1975) 135 C.L.R. 1.

40. *Constitution australienne*, art. 122.

41. *Ibid.*, art. 7.

42. *Attorney-General (Cth) ; Ex Rel Mckinlay v. Commonwealth*, préc., note 39, p. 56 et 57 (juge Stephen).

43. *Commonwealth Electoral Act 1918 (Cth)*, art. 40.

que l'équilibre entre les partis au Sénat varie avec le temps, quelques généralisations peuvent être avancées. Il est rare pour un gouvernement d'avoir une majorité au Sénat (bien que, lorsque c'est le cas, toutes les lois sont susceptibles de passer). Il est aussi rare pour l'opposition à la Chambre d'avoir une majorité au Sénat (bien que, lorsque c'est le cas, le Sénat risque d'être plutôt obstructionniste). Généralement, en grande partie grâce au système électoral, le Sénat est une chambre à laquelle les plus petits partis ainsi que les indépendants peuvent aussi se faire élire, ce qui leur donne la balance du pouvoir. La composition du Sénat en 2017 en est un bon exemple, bien qu'elle soit extrême, en termes historiques. À la suite de la double dissolution de 2016, la coalition qui gouvernait alors détenait 29 des 76 sièges au Sénat et le parti de l'opposition officielle en occupait 26. Des 21 sénateurs restants, les Verts australiens ont remporté neuf sièges, deux autres partis en ont respectivement remporté quatre et trois, quatre partis avaient chacun un sénateur et un sénateur indépendant fut également élu⁴⁴. En d'autres termes, dans de telles circonstances, aucun des deux grands groupes de partis ne contrôle le processus décisionnel au Sénat et la balance du pouvoir appartient à un nombre important de sénateurs élus en tant qu'indépendants ou au sein de petits partis, et qui forment un *crossbench*⁴⁵. Le *crossbench* qui a suivi la dernière élection a regroupé 18 sénateurs, ce qui a dépassé le nombre record de 13 sénateurs *crossbench* de la période 2002-2005 – créant ce qui semble être, du moins pour le moment, une tendance⁴⁶.

Les résultats électoraux au terme desquels la balance du pouvoir est détenue par les petits partis et les indépendants signifient, d'une part, qu'une grande partie des affaires du Sénat doivent être négociées, ce qui est complexifié par la cohésion des grands partis et par des visions extrêmes, parfois accompagnées d'un manque de sophistication, au sein des petits partis. D'autre part, cependant, cela garantit également que le Sénat a le potentiel de se faire entendre sur des questions d'intérêt public. De manière générale, dans le contexte australien, le Sénat joue un rôle de premier plan en tant que chambre de révision législative. La législation peut être amendée ou rejetée, souvent sur leur fond. Les comités du Sénat jouent

44. PARLIAMENT OF AUSTRALIA, «Senate Composition», [En ligne], [www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate].

45. Le terme désigne à la fois les membres de partis indépendants et les membres de petits partis au Parlement fédéral australien, ainsi que les Parlements des États et territoires australiens. Le terme réfère au fait que les représentants de ces partis s'assoient sur les sièges qui se situent entre les bancs de partis principaux.

46. PARLIAMENT OF AUSTRALIA, préc., note 44.

depuis longtemps un rôle important dans l'examen de la législation déléguée, où ils maintiennent un certain degré de bipartisme en établissant une distinction entre une « position politique » et d'autres questions⁴⁷. Aussi ténue que puisse parfois être cette distinction, les sénateurs du gouvernement sont plus à l'aise avec l'idée de s'opposer à une initiative gouvernementale pour des raisons qui peuvent être qualifiées de techniques plutôt que d'être en désaccord avec une position politique.

Le Sénat joue également un rôle important dans l'examen des prévisions budgétaires/financières lorsque des questions, entre autres de rendements ministériels et de marchés de l'État, peuvent être soulevées⁴⁸. De plus, le Sénat est beaucoup plus susceptible que la Chambre de mettre sur pied des enquêtes sur des questions difficiles ou litigieuses. Pour donner une idée, en septembre 2017, 60 enquêtes étaient en cours au Sénat, sous les auspices des comités du Sénat⁴⁹.

En revanche, on suppose généralement, de manière plutôt justifiée, que le Sénat ne joue pas un rôle fédéral. En ce qui concerne les principaux partis politiques à tout le moins, le Sénat se conçoit comme une chambre nationale plutôt que fédérale. Cette affirmation doit être nuancée à certains égards. En effet, ne serait-ce qu'en vertu de la représentation égale, le Sénat joue un rôle symbolique dans la fédération. Une représentation égale au Sénat garantit également la présence d'un nombre bien plus grand de membres du Parlement du Commonwealth issus des plus petits États que cela aurait été le cas autrement⁵⁰. Toutefois, l'idée que le Sénat puisse également offrir une voix aux États lors des délibérations fédérales n'a jamais été développée de façon sérieuse. Historiquement, le Sénat n'a pas joué un rôle fédéral substantiel en matière de défense des principes fédéraux ou des intérêts individuels des États, et n'a pas non plus montré un intérêt constant pour les arrangements intergouvernementaux.

Cela pourrait changer, dans une certaine mesure, avec l'élection d'une plus grande proportion de sénateurs appartenant à des plus petits partis,

47. STANDING COMMITTEE ON REGULATIONS AND ORDINANCES, *Annual Report 2014-15: Report No. 120*, 2016, 1.3.

48. Voir de façon générale, PARLIAMENT OF AUSTRALIA, « Senate Estimates », [En ligne], [www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Senate_Estimates].

49. PARLIAMENT OF AUSTRALIA, « Current Senate Inquiries », [En ligne], [www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Current_Inquiries].

50. Brian GALLIGAN, « Parliament's Development of Federalism », dans Geoffrey LINDELL et R.L. BURNETT (dir.), *Parliament: The Vision in Hindsight*, Annandale, Federation Press, 2001, p. 15.

dont certains tirent l'essentiel de leur soutien d'un État en particulier. Une importante décision de la Haute Cour, rendue en 2012, a restreint l'utilisation du pouvoir de dépenser de l'exécutif fédéral visant à court-circuiter les États par le financement direct de programmes qui ne relèvent pas autrement de ses compétences constitutionnelles⁵¹. Cela a encouragé le Sénat à remettre en question la source du pouvoir constitutionnel pour des dépenses subséquentes et à s'intéresser aux conditions liées aux subventions accordées aux États⁵². S'ils sont maintenus avec le temps, ces deux développements pourraient avoir des conséquences importantes sur le fonctionnement du fédéralisme australien.

Le Sénat et la représentation des minorités

La composition du Sénat se prête plus facilement à la représentation des minorités que celle de la Chambre des représentants. La Constitution ne prévoit aucune disposition pour les sénateurs au-delà de ceux représentant les États et, maintenant, les territoires. Les représentants des groupes sous-représentés peuvent toutefois obtenir un siège au Sénat au sein de délégations d'États ou de territoires. Cette possibilité peut être attribuée à l'effet combiné de deux facteurs. D'une part, des élections à l'échelle de l'État pour tous les sénateurs et, d'autre part, un système de représentation proportionnelle plus favorable aux petits partis et aux indépendants que le système de vote préférentiel, basé sur les circonscriptions, utilisé pour la Chambre des représentants⁵³. Ces aménagements permettent aux candidats qui ne parviennent pas à être présélectionnés pour un siège de circonscription à la Chambre des représentants, ou qui ne veulent pas l'être, d'être élus sénateurs. Au sein des partis, la compétition pour obtenir un siège au Sénat est moins féroce, à tout le moins pour les candidats qui aspirent à la direction du parti ou du portefeuille de trésorerie, qui nécessitent tous deux une base à la Chambre. L'avenue la plus probable pour les groupes sous-représentés est par l'entremise d'un candidat qui est dans une « position gagnable » au Sénat pour l'un des principaux partis. D'autres possibilités incluent l'élection sous les auspices d'un petit parti ou la nomination par un parti pour pourvoir un des postes

51. *Williams v. Commonwealth of Australia*, [2012] H.C.A. 23, (2012) 248 C.L.R. 156.

52. *Ibid.*, 317 (juge Heydon).

53. Antony GREEN, « How Long and Short Senate Terms are Allocated after a Double Dissolution », *ABC Online*, 25 avril 2016, [En ligne], [blogs.abc.net.au/antonygreen/2016/04/how-long-and-short-terms-are-allocated-after-a-double-dissolution.html].

occasionnellement vacants au Sénat, jusqu'à ce que l'élection de ce siège vienne à échéance (article 15). Toutes ces options dépendent des décisions prises au sein des partis qui n'ont aucune obligation légale de diversifier leurs listes de candidats.

La représentation au Sénat a eu un certain effet sur la participation d'au moins deux groupes par ailleurs sous-représentés. Le premier est celui des femmes, qui représentaient 39 % des sièges au Sénat après les élections de 2016, en comparaison avec la Chambre des représentants, dans laquelle seulement 29 % des sièges étaient occupés par des femmes. Une analyse détaillée des sénateurs de chaque parti montre que certains partis fonctionnent beaucoup mieux que d'autres à cet égard : 54 % des sénateurs du Parti travailliste australien et 56 % des sénateurs des Verts australiens étaient des femmes, tandis que, pour le Parti libéral et le Parti national, les proportions étaient respectivement de 25 % et 40 %⁵⁴.

Le second groupe pour lequel la représentation au Sénat a commencé à faire une différence est celui des peuples autochtones et des insulaires du détroit de Torres. Bien que les femmes représentent une majorité numérique marginale au sein de la population australienne, les Autochtones australiens ne représentent que 3 % de la population totale. Cela présente un défi additionnel pour leur représentation au sein du Parlement du Commonwealth. Historiquement, aucune des deux Chambres n'a particulièrement bien performé à cet égard. Avant 2010, il n'y avait eu que deux membres du Parlement reconnus comme étant aborigènes et ils siégeaient au Sénat respectivement pour le Parti libéral et le Parti démocrate⁵⁵. En 2010, cependant, une première personne autochtone a été élue à la Chambre des représentants⁵⁶ et, en 2013, la première femme autochtone a été élue au Sénat⁵⁷. En 2016, il y avait cinq membres autochtones au Parlement, deux dans la Chambre des

54. PARLIAMENT OF AUSTRALIA, « The Gender Composition of the 45th Parliament », [En ligne], [www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/FlagPost/2016/August/The_gender_composition_of_the_45th_parliament].

55. Neville Bonner, 1971-1983 (lib.); Aden Ridgeway, 1999-2005 (dém.).

56. BBC NEWS, « First Australian Aboriginal in House of Representatives », *BBC News Asia-Pacific*, 29 août 2010, [En ligne], [www.bbc.com/news/world-asia-pacific-11125497].

57. ABC NEWS, « Nova Peris Elected as First Indigenous Woman in Federal Parliament », *ABC News*, 8 septembre 2013, [En ligne], [www.abc.net.au/news/2013-09-08/nova-peris-becomes-first-indigenous-woman-in-federal-parliament/4943820].

représentants et trois au Sénat⁵⁸. Comme pour la représentation des femmes, l'écart avec la Chambre des représentants était marqué, bien que pas suffisamment pour reconnaître la représentation des minorités comme une caractéristique distincte du Sénat.

De façon anecdotique, la présence au Sénat de trois sénateurs autochtones était importante, non seulement symboliquement et en tant que modèles à suivre, mais aussi pour l'expérience qu'ils ont apportée aux délibérations sénatoriales ayant une incidence sur les affaires autochtones. Toutefois, deux des trois sénateurs devaient leur siège à leur sélection en tant que candidats représentant un grand parti, le Parti travailliste australien, et sont liés par la discipline de parti. Cela étant dit, ils ont également la possibilité d'influencer la politique de leur parti⁵⁹. Sans porter atteinte à l'importance de la représentation des Autochtones australiens au Parlement, une série d'événements parallèles a suscité un débat visant à déterminer si la représentation parlementaire est suffisante pour la reconnaissance des Autochtones australiens ou si la Constitution devrait également prévoir une « voix » autochtone à l'extérieur du Parlement.

Le contexte de ces événements est le suivant. Puisque les Autochtones australiens représentent environ 3 % de la population totale de l'Australie, ils risquent de ne jamais avoir une grosse influence quant à leur nombre au Parlement du Commonwealth. La population autochtone est également dispersée partout au pays, malgré une concentration particulière dans le Nord.

Les peuples autochtones ne sont pas expressément mentionnés dans la Constitution telle qu'elle est présentement écrite. Des références discriminatoires ont été retirées en 1967⁶⁰. En 2006, dans le contexte d'une campagne électorale, le premier ministre de l'époque proposa une « reconnaissance » des Autochtones australiens dans la Constitution. Bien que celui-ci ait perdu ses élections, cette idée fut reprise par ses successeurs et une série d'enquêtes ont été lancées afin de trouver les moyens par lesquels

58. PARLIAMENT OF AUSTRALIA, « Indigenous Parliamentarians, Federal and State: A Quick Guide », 11 juillet 2017, [En ligne], [www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1718/Quick_Guides/IndigenousParliamentarians].

59. Le troisième sénateur autochtone, la sénatrice Lambie, est une ancienne membre du Palmer United Party et est devenue par la suite membre d'un petit parti qu'elle a elle-même mis sur pied.

60. Voir George WILLIAMS, « The Races Power and the 1967 Referendum », *Australian Indigenous Law Review*, vol. 11, 2007, p. 8.

la Constitution australienne pourrait être modifiée pour assurer une telle reconnaissance⁶¹. Cette tâche fut complexifiée par la difficulté d'amender la Constitution australienne, un processus qui nécessite un référendum au cours duquel les propositions de changement doivent obtenir une majorité nationale et une majorité dans tous les États⁶². Les options de reconnaissance retenues par ces enquêtes allaient de la reconnaissance symbolique à des garanties de toutes sortes contre la discrimination. Au fil du débat, il est devenu évident que les propositions plus substantielles susciteraient, lors du référendum, une opposition dont l'importance était difficile à évaluer. De façon inhabituelle au regard de normes comparatives, le constitutionnalisme australien repose sur l'intégrité des institutions et sur la common law plutôt que sur la protection des droits constitutionnels⁶³. Dans ce contexte, des dispositions antidiscriminatoires étaient vues comme une rupture avec cette tradition.

Sur cette base, il semblait que la seule option possible était la reconnaissance symbolique des Autochtones australiens, dans un préambule constitutionnel ou une disposition substantive. Cependant, une percée a été réalisée avec la proposition d'inscrire dans la Constitution l'exigence qu'un organe représentatif autochtone conseille le Parlement dans l'exercice de ses pouvoirs en relation avec les peuples autochtones, bien que ce soit sans droit de veto final. On a soutenu qu'une telle mesure avait le potentiel de faire une réelle différence dans la relation entre les Autochtones australiens et l'État, tout en s'arrimant au cadre constitutionnel général. Le projet a reçu un certain soutien des forces à la fois conservatrices et progressistes⁶⁴. Bien plus important encore, il a été approuvé comme une

61. Voir, par exemple, COUNCIL FOR ABORIGINAL RECONCILIATION, *Final Report of the Council for Aboriginal Reconciliation to the Prime Minister and the Commonwealth Parliament (2000)*, [En ligne], [www5.austlii.edu.au/au/orgs/car/finalreport/]; DEPARTMENT OF THE PRIME MINISTER AND CABINET, *Recognising Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples in the Constitution: Report of the Expert Panel*, Canberra, 2012, [En ligne], [https://antar.org.au/sites/default/files/expert_panel_report_.pdf]; JOINT SELECT COMMITTEE ON CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER PEOPLES, *Final Report*, Canberra, Parliament of Australia, 2015, [En ligne], [https://www.aph.gov.au/-/media/Committees/Senate/committee/jscatsi_ctte/final_report/report.pdf?la=en].

62. *Constitution australienne*, art. 128.

63. Scott STEPHENSON, « Rights Protection in Australia », dans Cheryl SAUNDERS et Adrienne STONE (dir.), *Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

64. Voir Damien FREEMAN et Shireen MORRIS, *The Forgotten People: Liberal and Conservative Approaches to Recognizing Indigenous Peoples*, Melbourne, Melbourne University Press, 2016, plus particulièrement les chapitres 12-14.

forme de reconnaissance acceptable par un processus de délibération des Premières Nations qui a abouti à la Convention constitutionnelle des Premières Nations à Uluru en mai 2017⁶⁵. La Déclaration du Cœur (*Statement from the Heart*), dans laquelle les délégués ont exposé leur vision consensuelle de ce qu'impliquait la reconnaissance, a été présentée au premier ministre et au chef de l'opposition dans un rapport du Conseil référendaire⁶⁶. Aux fins de la présente contribution, en faisant pression pour qu'un organe autochtone représente un point de vue autochtone collectif et informé, les peuples autochtones ont rejeté l'adéquation de la représentation par l'entremise du seul processus parlementaire. La réponse des premiers ministres successifs a été décourageante, mais un mouvement populaire important et des preuves de soutien dans certains milieux au Parlement du Commonwealth suggèrent que la question demeure toujours très vivante⁶⁷.

L'Australie nous offre donc un exemple instructif de l'usage d'une seconde chambre fédérale, quoique dans un contexte particulier. Malgré sa conception fédérale distincte et ses pouvoirs extensifs, le Sénat joue un rôle relativement mineur dans la fédération elle-même. Il a, par contre, rempli un rôle important de contre-pouvoir dans le système constitutionnel australien, avec des conséquences sur le fonctionnement du système de gouvernement responsable. De plus, les intérêts de groupes minoritaires ont pu obtenir au Sénat une plus grande représentation qu'à la Chambre des représentants. Cependant, il n'est en aucun cas considéré comme une panacée, du moins du point de vue des peuples autochtones, qui cherchent actuellement à mettre en place un organe représentatif autochtone qui puisse être une « voix » auprès du Parlement pour les affaires autochtones.

LE BICAMÉRALISME ET LE PARTAGE DU POUVOIR

La dernière section de ce chapitre revient vers l'idée du bicaméralisme en tant qu'élément de partage du pouvoir (*shared rule*) dans le modèle fédéral. Il repose sur l'hypothèse que les mesures permettant un partage du pouvoir sont presque aussi importantes dans une fédération contemporaine que les modalités visant à préserver l'autonomie (*self rule*), un

65. REFERENDUM COUNCIL, *Final Report*, 30 juin 2017.

66. REFERENDUM COUNCIL, *Uluru Statement from the Heart*, mai 2017.

67. JOINT SELECT COMMITTEE ON CONSTITUTIONAL RECOGNITION RELATING TO ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER PEOPLES, *Final Report*, novembre 2018.

facteur qui ne reçoit pas assez d'attention. Il s'interroge à savoir si, outre une seconde chambre, d'autres institutions pourraient répondre aux objectifs de partage du pouvoir en termes symboliques ou fonctionnels.

Une seconde chambre dans une législature est une institution évidente de partage du pouvoir. Les pouvoirs législatifs représentent l'autorité souveraine. La représentation des unités constituantes en tant qu'unités dans une chambre législative a une signification symbolique. Lorsque les conditions le permettent, la représentation des unités constituantes en tant qu'unités dans une chambre législative leur donne aussi une voix importante relativement aux pouvoirs qui sont partagés. Les conditions ne le permettent cependant pas toujours. La partisanerie politique nationale l'emporte souvent sur les considérations fédérales dans une chambre législative, en particulier lorsque les membres sont élus directement. Le Sénat australien en est l'illustration, les sénateurs votant invariablement selon les lignes de parti même lorsqu'il s'agit de questions d'importance majeure pour la structure fédérale, les solutions nationales étant invariablement présumées préférables. On s'interroge peu quant à la nature et à la pertinence du principe fédéral ou à ce qu'une voix constituante pourrait contribuer au processus décisionnel national.

Quel que soit le rôle fédéral joué par une seconde chambre, l'expérience collective des fédérations à travers le monde suggère que d'autres arrangements institutionnels permettent le partage du pouvoir – que ce soit avec les unités constituantes ou avec d'autres acteurs, tels que les peuples autochtones. La nature de la présente contribution est bien sûr limitée par l'institution à l'étude, soit le bicaméralisme.

Les autres institutions par lesquelles le partage du pouvoir peut opérer dans une fédération incluent, de manière non exhaustive, les suivantes. En premier, la plus évidente est la chambre législative représentant le peuple. Certaines fédérations, dont l'Australie, exigent une représentation minimale, même dans cette chambre, des unités constituantes (article 24). Une deuxième institution est le tribunal qui a une autorité finale pour interpréter la Constitution (et, dans plusieurs fédérations, pour traiter des questions de droit finales en appel de toutes les juridictions). De manière formelle ou informelle, plusieurs fédérations s'assurent que la composition de ce tribunal reflète le caractère fédéral du pays, soit en exigeant que les juges soient issus de différentes régions, soit en dispersant les audiences dans les régions. Le Canada en est l'exemple type, où les arguments fédéraux en faveur d'une représentation par région à la Cour suprême sont renforcés par les différences entre les systèmes juridiques provinciaux, en particulier,

par l'existence d'un système de droit civil au Québec⁶⁸. Un troisième lieu institutionnel potentiel de partage du pouvoir est la section exécutive et, plus précisément, l'exécutif politique. Le cabinet central, dans la plupart des fédérations, est susceptible d'inclure des membres choisis en fonction de considérations régionales.

Dernier point, mais non le moindre, le partage du pouvoir peut se faire à travers les institutions et les pratiques de coopération intergouvernementale⁶⁹. Celles-ci prennent une diversité de voies. Dans certaines fédérations, dont l'Australie, les arrangements intergouvernementaux cherchent souvent à coordonner l'exercice des compétences des États plutôt que de l'autorité centrale, donc remplissent une fonction assez différente de celle d'une seconde chambre fédérale⁷⁰. Dans d'autres cas, parmi lesquels l'Australie est encore un exemple, l'exécutif central domine les arrangements coopératifs, que ce soit en présidant les organes intergouvernementaux ou en raison de son hégémonie fiscale considérable. Dans un tel contexte, il est difficile de déterminer dans quelle mesure la prise de décision est réellement partagée.

Les objectifs visant à faire ressortir ces options de partage du pouvoir dans une fédération sont doubles. L'un consiste à souligner l'importance du partage du pouvoir, non seulement pour tisser des liens avec le système fédéral, mais aussi pour veiller à ce que le processus décisionnel central soit éclairé – et perçu comme étant éclairé – par les perspectives et les conditions des différentes régions du pays. Le second est de remettre les secondes chambres fédérales en perspective. Dans certaines fédérations, comme nous l'avons vu, les chambres fédérales n'offrent qu'une occasion limitée d'assurer une voix régionale substantielle, comme l'envisage le partage du pouvoir. En pratique, toutefois, les objectifs du partage du pouvoir peuvent également être atteints par la conception et le fonctionnement d'autres institutions clés dans la sphère fédérale.

68. CBC NEWS, «Mps Unanimously Support Regional Representation for Supreme Court», *CBC News*, 27 septembre 2016, [En ligne], [www.cbc.ca/news/politics/mps-vote-in-favour-of-regional-representation-scc-custom-1.3781520].

69. Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Toronto, Oxford University Press, 2015.

70. *Ibid.*, chap. 2.

CONCLUSIONS

Certaines brèves observations sur le Sénat canadien méritent d'être formulées en conclusion, à la lumière de l'expérience comparative.

Dans une perspective comparée, le Sénat canadien est inhabituel, dans la mesure où il représente des régions plus étendues plutôt que des provinces, dans des proportions difficilement justifiables dans les conditions actuelles.

Il est souvent critiqué parce qu'en vertu de la constitution formelle ses membres sont tous nommés, et non élus. Cela n'est cependant pas inhabituel en termes comparatifs. De plus, en pratique, ce déficit démocratique peut, dans une certaine mesure, être contré par la manière dont le pouvoir de nomination est exercé, notamment par des critères d'éligibilité exigeant la résidence dans la province et d'autres politiques en vigueur.

L'expérience comparative soulève d'autres options pour le Canada. En premier lieu, plutôt que de décrier l'échec du Sénat à jouer un rôle fédéral, il pourrait être plus avantageux d'énoncer de manière plus claire ce que devrait être ce rôle, et pourquoi le Sénat devrait remplir une telle fonction envers les provinces et d'autres acteurs au sein de la fédération (pour une vision opposée, voir la contribution d'Ian Peach dans le présent volume). Les autres institutions qui offrent déjà un soutien au fédéralisme canadien devraient être prises en compte dans un tel contexte. Elles incluent, par exemple, les premiers ministres des provinces, des acteurs puissants à part entière. Le Sénat canadien pourrait traiter davantage de questions pancanadiennes ou se concentrer sur sa fonction de révision législative.

En deuxième lieu, comme le démontre le cas de l'Australie, les modalités de la composition de plusieurs chambres fédérales peuvent être adaptées afin de tenir compte de l'équilibre entre les sexes et les minorités, y compris la représentation autochtone. Les exigences liées à la nomination au Sénat canadien facilitent cette tâche, et la pratique canadienne a déjà été adaptée à cet effet (voir le chapitre de Linda Cardinal dans ce volume). La nomination effectuée sur de telles bases soulève toutefois d'autres questions potentielles sur la nature de la représentation. De nouveaux acteurs influencent inévitablement les fonctions du Sénat et risquent d'éloigner ce dernier des préoccupations traditionnelles du fédéralisme.

En troisième lieu, il pourrait être utile de se demander si le Sénat pourrait et devrait assumer d'autres fonctions particulières, en lien soit avec le fédéralisme, soit avec la révision des actions du gouvernement, ou les deux. Il pourrait s'agir de l'examen des accords intergouvernementaux, y compris dans le contexte du recours au pouvoir de dépenser, du moins dans une perspective pancanadienne. De telles fonctions relèvent à la fois du fédéralisme et du rôle de révision, et répondraient à une lacune dans la pratique intergouvernementale actuelle au Canada et ailleurs. L'expérience comparative suggère que, si l'on croyait utile que le Sénat joue de tels rôles, des dispositions explicites devraient être adoptées à cette fin, aussi difficile que cela puisse être. Il serait possible d'accroître le rôle fédéral ou le rôle de révision du Sénat sans réforme constitutionnelle. Mais ce ne serait possible qu'à la condition qu'il y ait des changements culturels, non seulement pour garantir que le Sénat remplisse son nouveau rôle, mais également pour que ses conclusions soient prises au sérieux par ceux qu'elles affecteront.

Traduction : Élise Malenfant

CHAPITRE 2

Le bicaméralisme et ses conséquences sur la structuration politique canadienne : des possibilités d'avenir malgré des occasions manquées

JÖRG BROSCHEK¹

INTRODUCTION

Dans son *Discours d'ouverture devant le Comité spécial sur la Constitution* de 1978, Richard Simeon estimait que « les institutions politiques nationales ne sont pas en mesure de servir de lieu de rencontre central permettant de réconcilier les intérêts régionaux et nationaux. Je ne crois pas que cet échec soit le fait d'un gouvernement ou d'un quelconque parti. Il est plutôt inscrit dans la génétique du système² ». Simeon se faisait ainsi l'écho des préoccupations exprimées par d'autres politologues canadiens, notamment au cours des années 1970 et 1980, concernant le manque de « fédéralisme intra-étatique » au Canada. Donald Smiley (qui introduisit la distinction entre fédéralisme inter- et intra-étatique) fut l'un des premiers à pointer du doigt les faiblesses structurelles des dispositions institutionnelles permettant aux intérêts régionaux de participer pleinement aux processus décisionnels au niveau fédéral³. Ce débat académique faisait alors écho à plusieurs épisodes historiques

-
1. Mes remerciements à Johanne Poirier, Alain-G. Gagnon et Robert Vipond pour leurs suggestions et commentaires fructueux.
 2. Richard SIMEON, « Opening Statement to the Special Committee on the Constitution », document de réflexion de l'Institut des relations intergouvernementales, Kingston, Queen's University, 1978.
 3. Donald SMILEY, « The Structural Problem of Canadian Federalism », *Canadian Public Administration*, vol. 14, n° 3, 1971, p. 326.

marqués par de vaines tentatives de rendre Ottawa plus réceptif aux intérêts des différentes régions et provinces.

Ce débat s'est cependant estompé à la suite de l'échec de l'Accord de Charlottetown et de la disparition du Parti réformiste. Aucun effort sérieux ne fut ensuite fourni pour renforcer la représentation des intérêts régionaux au sein des institutions fédérales, même au cours des près de dix ans de pouvoir de Stephen Harper. Les projets de réforme du Sénat de ce gouvernement étaient problématiques et essuyèrent un échec peu surprenant. Ils étaient, par ailleurs, peu cohérents avec la conception du « fédéralisme ouvert » préconisée par le gouvernement Harper. Ce fédéralisme ouvert préféra souscrire à la répartition des compétences déjà existante plutôt qu'à l'enchevêtrement ; il restait donc ancré dans une conception du fédéralisme interétatique⁴.

Le présent chapitre se propose d'analyser comment les « échecs » institutionnels, mentionnés entre autres par Richard Simeon, sont inscrits dans la génétique du système, comment ils se sont amplifiés au fil du temps et comment ces développements affectent les possibilités de réformes futures. Nous nous livrons à cet exercice au moyen d'une approche historique comparée, et ce chapitre se concentre sur une dimension particulière de l'axe acteurs-institutions qui est le cœur du présent volume : la relation entre le centre politique – représenté en premier lieu par le gouvernement fédéral et le Parlement – et les intérêts régionaux et provinciaux. Le cadre d'analyse historique-comparé adopté ici vise à mettre en lumière les conséquences à long terme des développements institutionnels originels et successifs pour l'accommodement territorial au Canada, ce que les héritiers de la tradition de théorie étatique inaugurée par Stein Rokkan nomment la structuration politique⁵.

La notion de structuration politique renvoie à l'institutionnalisation des mécanismes servant à accommoder les conflits entre le centre et la périphérie au cours de la période de formation de l'État. De tels processus

-
4. Au sujet du « fédéralisme ouvert », voir par exemple James BICKERTON, « Deconstructing the New Federalism », *Canadian Political Science Review*, vol. 4, nos 2-3, 2010, p. 56.
 5. Stefano BARTOLINI, *Restructuring Europe: Centre Formation, System Building, and Political Structuring between the Nation State and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Maurizio FERRERA, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Peter FLORA, Stein KUHNLE et Derek W. URWIN (dir.), *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe: The Theory of Stein Rokkan*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

sont inévitablement source de conflit puisqu'ils impliquent une vaste redistribution de l'autorité politique vers un nouveau centre, notamment dans le cas du fédéralisme d'intégration. Dans ce contexte, assurer un degré minimal de loyauté suppose que l'on garantisse des droits institutionnels pour les acteurs périphériques afin de protéger leurs intérêts au sein du nouvel ordre politique. Pour dire les choses plus simplement, les intérêts périphériques peuvent être accommodés de deux manières. Premièrement, les intérêts régionaux peuvent conserver une autorité sur des champs de compétence politiques importants, ce qui leur permet d'exercer leur « autonomie ». Deuxièmement, ils peuvent se voir attribuer un droit de participation aux processus décisionnels au niveau fédéral, ce qui permet de rendre le centre plus réceptif aux besoins des régions par l'intermédiaire d'arrangements de « partage du pouvoir ».

Ainsi, les relations entre les acteurs de la politique territoriale canadienne – le « centre » d'un côté, et les groupes « périphériques » territorialement organisés de l'autre – trouvent leur origine dans les processus initiaux de l'institutionnalisation. Par conséquent, afin de comprendre les faiblesses des arrangements relatifs au partage du pouvoir au sein de l'architecture institutionnelle fédérale au Canada, il est nécessaire de reconstruire la structuration politique. En tant que moment de création institutionnelle, celle-ci a laissé une empreinte profonde sur l'architecture institutionnelle de l'État en influençant les tendances et les habitudes du fédéral dans ses interactions avec les provinces au fil du temps. Les alignements institutionnels de départ sont importants parce qu'ils placent les développements subséquents sur une trajectoire qui est historiquement contingente, mais qui n'en façonne pas moins les possibilités futures de réforme territoriale. Les variations dans la structuration politique sont donc importantes pour saisir les particularités du cas canadien, comprises sous un angle historique et comparatif.

Ce chapitre reconstruit le déséquilibre progressif qui s'est installé entre l'autonomie et le partage du pouvoir au Canada en examinant des développements historiques marquants et leurs répercussions sur la politique territoriale. Nous procéderons en trois étapes, en nous fondant sur une typologie qui distingue les mécanismes inter-institutionnels (d'autonomie ou de renforcement de cette dernière) des mécanismes intra-institutionnels (de partage de pouvoir ou de sa mise en valeur). Nous nous attarderons dans un premier temps sur les dynamiques de formation étatique, en illustrant comment la structuration politique a, depuis le début, favorisé les mécanismes inter-institutionnels. Bien que la Confédération se soit déployée dans un contexte d'ouverture historique dans lequel différentes

options institutionnelles étaient disponibles, les acteurs politiques n'agissaient pas dans un vide historique : les expériences et les idées politiques antérieures ont eu une influence sur le processus de structuration politique et ont orienté le résultat institutionnel vers des arrangements fondés sur des mécanismes inter- plutôt qu'intra-institutionnels. Dans un second temps, nous verrons comment ce résultat initial fut reconduit et amplifié au cours des décennies qui suivirent son apparition. Les dispositions institutionnelles de représentation régionale au niveau fédéral devinrent donc de plus en plus faibles, voire tout simplement inefficaces. À partir de ce contexte historique, nous discuterons des perspectives de deux mécanismes de contrôle régionaux au sein du Parlement fédéral, ce que je décris comme des scénarios contextuels et structurels.

LA STRUCTURATION POLITIQUE ET LA FÉDÉRALISATION

La création de l'État canadien en 1867 constitua un cas d'école de formation étatique typique du XIX^e siècle⁶ et, en tant que telle, elle s'accompagna d'une tendance fondamentalement centralisatrice. Que la formation étatique se soit produite dans le contexte d'une transformation à long terme des structures féodales comme ce fut le cas en Europe, ou de décolonisation comme ce fut le cas aux États-Unis et au Canada, les processus qui l'accompagnèrent avaient en commun le fait de consolider un nouveau centre politique. Cela inclut la mise en place de nouvelles institutions afin d'exercer une autorité politique au sein d'un territoire donné et de tenter de forger une forme particulière d'identité collective et de loyauté envers le nouveau centre en formation⁷.

L'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) transféra (à tout le moins en termes constitutionnels formels) l'autorité politique du Parlement impérial de Londres (et des colonies britanniques qui décidèrent de se joindre au projet de confédération) au fédéral. L'AANB reflétait la volonté des centralisateurs de la grande coalition de doter le nouveau centre politique d'une autorité maximale, même si ces derniers se rendirent rapidement compte que leur option préférée « d'union législative » serait impossible à mettre en place. Cela étant, non seulement l'AANB dota-t-il le fédéral d'un vaste éventail de compétences importantes et exclusives en vertu de son article 91, mais il chercha

6. Garth STEVENSON, *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*, 4^e éd., Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 20.

7. P. FLORA, S. KUHNLE et D.W. URWIN (dir.), préc., note 4.

également à stabiliser la position de domination d'Ottawa en lui attribuant d'autres compétences constitutionnelles, dont la clause « paix, ordre et bon gouvernement » (POBG) et les pouvoirs de désaveu et de réserve sont les exemples les plus notables.

En tant que processus créateur d'un centre, la formation des États modernes entraîne inévitablement des demandes d'accommodement des revendications périphériques. Les conflits entre le centre et la périphérie sont à l'origine de ce qui est appelé la politique territoriale, définie comme « la zone d'activité politique liée aux relations entre les institutions politiques centrales présentes dans la capitale et les intérêts, communautés, organisations politiques et organes gouvernementaux situés à l'extérieur du complexe institutionnel central...⁸ » Au niveau macro-politique, les structures liées au centre et à la périphérie s'incarnent à partir des frontières internes qui délimitent les zones d'autorité au sein des États modernes. Elles peuvent être appelées provinces, Länder, États ou cantons dans les États fédéraux, ou régions dans les États unitaires. Au niveau meso, la structuration politique entraîne le développement et la différenciation interne de mécanismes institutionnels conçus pour accommoder les « revendications » périphériques qui résultent des processus de formation du centre⁹.

Dans une perspective historique et comparée, la structuration politique du Canada est remarquable pour au moins deux raisons. La première réside dans le choix d'une constitution fédérale plutôt que d'un État unitaire. En tant qu'État fédéral, le Canada fait figure d'exception comparé au choix prédominant d'une direction unitaire dans la formation étatique de l'époque. Pour dire les choses plus précisément, seules trois fédérations (la Suisse en 1848, le Canada en 1867 et l'Allemagne en 1867-1871) émergent en Europe et en Amérique du Nord au cours du XIX^e siècle¹⁰. En comparaison, la plupart des processus de formation étatique ont généré des modes d'accommodement périphérique au sein de cadres unitaires, comme l'illustre très bien Jim Bulpitt dans sa description de la « polité

8. Jim BULPITT, *Territory and Power in the United Kingdom: An Interpretation*, Colchester, ECPR Press, 2008, p. 59.

9. S. BARTOLINI, préc., note 4; P. FLORA, S. KUHNLE et D.W. URWIN (dir.), préc., note 4; Jörg BROSCHEK, « Authority Migration in Multilevel Architectures: A Historical-Institutionalist Framework », *Comparative European Politics*, vol. 13, n° 6, 2015, p. 656.

10. La première constitution fédérale (de courte durée) mexicaine vit le jour en 1824. En Amérique du Sud, le fédéralisme prit pied au Venezuela (1811), en Argentine (1853) et au Brésil (1891).

duale» britannique¹¹. Le produit fédéral que constitue l'AANB est d'autant plus surprenant dans le contexte de ces développements et de son fort héritage britannique.

La deuxième raison, qui concerne cette fois davantage le niveau meso, est que le cas canadien incarne le mieux, et d'une manière presque exceptionnelle, la logique institutionnelle du fédéralisme inter-étatique. La distinction entre fédéralisme inter- et intra-étatique se fonde sur un concept plus général introduit par Karl Loewenstein et utilisé pour décrire les différents types de relations de pouvoir se déployant entre les sections et les ordres de gouvernement. Selon Loewenstein, «les techniques de contrôle appartiennent structurellement à deux types. Si les dispositifs de contrôle fonctionnent à l'intérieur de l'organisation d'un détenteur individuel du pouvoir, ce sont des contrôles *intra-organes*. S'ils se trouvent au contraire entre différents détenteurs du pouvoir entrant en interaction, ils sont dits *inter-organes*¹²». Donald Smiley s'inspira de cette notion pour décrire deux types de mécanismes institutionnels similaires observables dans les systèmes fédéraux : les fédéralismes inter- et intra-étatiques¹³.

Dans le cadre du fédéralisme, les contrôles «inter-» et «intra-organes» peuvent être conçus d'une manière plus large, que je nomme les mécanismes inter- et intra-institutionnels. Les mécanismes inter-institutionnels créent un effet de contrôle indirect en dotant les unités constituantes et le fédéral de compétences exclusives et d'une autonomie dans la gestion de ces responsabilités, en totale indépendance les unes envers les autres. En d'autres termes, les mécanismes inter-institutionnels visent à mettre en œuvre des *capacités d'autonomie*, en lien avec le principe de *séparation des pouvoirs*¹⁴. À l'inverse, les contrôles intra-organes renvoient au principe de partage du pouvoir et visent à créer une interdépendance. Du fait de

-
11. J. BULPITT, préc., note 7. Le concept de «politie duale» peut être rendue par l'expression d'entité étatique souveraine duale.
 12. Karl LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, p. 164.
 13. On trouve un exemple de cette catégorisation d'abord dans D. SMILEY, préc., note 2, puis avec des références explicites à Loewenstein dans Donald SMILEY, *Canada in Question: Federalism in the Seventies*, 2^e éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1976, p. 207.
 14. Comme le rappellent Ulrich Lange et Rainer-Olaf Schultze dans Ulrich LANGE, «Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu», *Der Staat*, vol. 19, n° 2, 1980, p. 213; et Rainer-Olaf SCHULTZE, «Föderalismus als Alternative? Überlegungen zur territorialen Reorganisation politischer Herrschaft», *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, vol. 21, n° 3, 1990, p. 475.

leur lien avec le principe de *distribution des pouvoirs*, les mécanismes intra-institutionnels comportent de forts incitatifs à la collaboration pour les échelons territoriaux, en leur permettant d'assumer différentes responsabilités au sein de la fédération, par exemple au moyen d'une allocation fonctionnelle (ou « intégrée ») des compétences (un ordre légifère, un autre exécute) ou en dotant les intérêts régionaux d'un droit de participation dans les processus décisionnels du centre.

L'utilisation faite par Donald Smiley de la notion de fédéralisme intra-étatique va principalement dans le sens du second exemple, c'est-à-dire en rapport à un enchâssement officiel de droits de participation au fédéral pour les unités constituantes, même si la portée de la distinction (intra/inter) est en principe plus grande. Le tableau 1 résume et compare la façon dont les mécanismes inter- et intra-institutionnels (entendus comme des idéaux types) peuvent être sous-jacents à une variété de dimensions institutionnelles au sein d'un système fédéral. Chacune des quatre dimensions illustrées – l'allocation des compétences, le fédéralisme fiscal, le système de relations intergouvernementales et la Chambre haute – peut être organisée plus ou moins en fonction des deux types de mécanismes.

Les fédérations existantes ne correspondent jamais parfaitement à l'un des deux idéaux types. Mais, si l'on considère ces derniers comme les deux extrémités d'un spectre, il est en revanche possible de placer chaque cas individuel sur celui-ci. Pour prendre un exemple, le cas allemand est une fédération dans laquelle les mécanismes intra-institutionnels sont fortement développés dans les quatre dimensions, tandis que le Canada se situe à l'autre extrémité du spectre¹⁵. J'avancerai trois hypothèses dans la suite de nos réflexions. Premièrement, ces caractéristiques institutionnelles – tout de même exceptionnelles – ont émergé au cours de la période de structuration politique initiale. Deuxièmement, elles ont été accentuées dans les décennies qui ont suivi du fait que les acteurs régionaux se sont aperçus que les mécanismes inter-institutionnels étaient plus efficaces pour défendre leurs intérêts, comparés aux mécanismes intra-institutionnels. Enfin, troisièmement, à long terme, ces évolutions ont rendu le travail de rééquilibrage entre les mécanismes inter et intra-institutionnels de plus en plus difficile.

15. Jörg BROSCHEK, « Pathways of Federal Reform: Australia, Canada, Germany and Switzerland », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 45, n° 1, 2015, p. 54-57.

Tableau 2.1

Les mécanismes fédéraux inter- et intra-institutionnels

	MÉCANISMES INTER-INSTITUTIONNELS AUGMENTENT L'AUTONOMIE	MÉCANISMES INTRA-INSTITUTIONNELS AUGMENTENT L'INTERDÉPENDANCE PAR LE PARTAGE DU POUVOIR
Répartition des compétences	<ul style="list-style-type: none"> • Duale et exclusive (fusion du législatif et de l'exécutif pour chaque ordre de gouvernement) 	<ul style="list-style-type: none"> • Fonctionnelle et partagée (un ordre légifère, l'autre exécute)
Fédéralisme fiscal	<ul style="list-style-type: none"> • Compétences de taxation exclusives à chaque ordre de gouvernement • Pas de système de péréquation, ou seulement sur certains aspects 	<ul style="list-style-type: none"> • Les compétences de taxation sont partagées • Systèmes de péréquation englobants
Relations intergouvernementales	<ul style="list-style-type: none"> • Système de RIG faiblement institutionnalisé • Fort degré d'action unilatérale, coopération volontaire et dépendante de la volonté des gouvernements 	<ul style="list-style-type: none"> • Système de RIG fortement institutionnalisé • Faible degré (lorsqu'il n'est pas inexistant) d'action unilatérale, négociations obligatoires au travers de mécanismes de négociation ou de prise de décision partagée
Chambre haute	<ul style="list-style-type: none"> • Plutôt faible, modèle sénatorial (les intérêts régionaux sont représentés au fédéral par des sénateurs élus) 	<ul style="list-style-type: none"> • Plutôt forte, modèle de conseil (les intérêts régionaux sont représentés au fédéral par les gouvernements des unités constituantes)

**SITUER LE CAS CANADIEN : LA CONFÉDÉRATION
COMME MOMENT CRITIQUE**

Les processus de formation étatique sont des événements hautement contingents, mais la création du Canada en 1867 sous la forme d'un État fédéral était pour ainsi dire inéluctable. Comme pour la Suisse (1847-1848) ou l'Allemagne (1867-1871), la Confédération canadienne a été mise en place à un moment critique (*critical juncture*). Les moments critiques sont des épisodes historiques relativement brefs qui sont marqués par des circonstances assez exceptionnelles. Ils sont déclenchés par des

événements marquants tels que des guerres ou des crises profondes, et ils impriment un nouvel élan à des changements draconiens¹⁶.

La réorientation de la politique coloniale britannique, notamment avec l'abrogation des lois sur les céréales, combinée à des événements chaotiques comme la guerre de Sécession américaine, a produit une situation de forte volatilité. Dans des circonstances aussi extraordinaires, les acteurs politiques vivent plus que d'ordinaire leur réalité historique en raison des options qui s'offrent à eux¹⁷. Lors de telles périodes de forte volatilité, des options qui paraissaient naguère peu envisageables deviennent soudainement plus réalistes, les acteurs ressentant une plus grande pression à mettre fin aux situations de grande incertitude grâce à des réformes institutionnelles en profondeur. L'émergence de la « Grande Coalition » et le verrouillage graduel des scénarios possibles – le statu quo colonial, un État unitaire régionalisé ou des unions régionales comme l'Union des Maritimes – illustrent très bien ces conditions historiques plutôt exceptionnelles¹⁸.

Une forte contingence ne signifie pas pour autant que les acteurs politiques agissent dans un vide historique. Même lors d'un moment critique, les acteurs agissent dans un environnement historiquement préstructuré qui oriente leur capacité à choisir entre différentes options, donc la manière dont ils vont laisser leur empreinte sur le produit institutionnel final. Dans le cas canadien, de telles observations soulèvent la question de savoir comment et pourquoi les mécanismes inter- et intra-institutionnels ont été utilisés pour réconcilier les intérêts divergents des acteurs de la Confédération.

Des auteurs tels que Donald Smiley ou Roger Gibbins ont estimé que les mécanismes du « fédéralisme intra-étatique » étaient bien visibles dans les premières esquisses du modèle fédéral¹⁹. Gibbins va même jusqu'à

-
16. Sur le rôle des moments critiques dans l'étude comparative du fédéralisme et des politiques territoriales, voir Jörg BROSCHEK, « Historical Institutionalism and the Varieties of Federalism in Germany and Canada », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 42, n° 4, 2012, p. 662; Jörg BROSCHEK, Bettina PETERSOHN et Simon TOUBEAU, « Territorial Politics and Institutional Change: A Comparative-Historical Analysis », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 1.
 17. Niklas LUHMANN, « Evolution und Geschichte », *Geschichte und Gesellschaft*, vol. 2, n° 3, 1976, p. 297.
 18. Jörg BROSCHEK, *Der kanadische Föderalismus: Eine historisch-institutionalistische Analyse*, Wiesbaden, VS Springer, 2009, p. 110.
 19. D. SMILEY, préc., note 2; Roger GIBBINS, *Regionalism: Territorial Politics in Canada and the United States*, Toronto, Butterworths, 1982.

soutenir que « [...] sir John A. Macdonald croyait fermement que les intérêts territoriaux devaient obligatoirement être représentés au sein des institutions du gouvernement national plutôt qu'au sein des institutions des gouvernements provinciaux²⁰ ». Les intérêts régionaux étaient inclus à la fois formellement et informellement dans le cadre institutionnel fédéral. Un mécanisme intra-institutionnel formel fut notamment établi au moyen du bicaméralisme, l'article 22 de l'AANB exigeant que les trois « divisions » originelles de l'Ontario, du Québec et des Maritimes soient chacune représentées équitablement par 24 sénateurs. Par ailleurs, la composition du cabinet et de la fonction publique fédérale représentant équitablement les régions – bien qu'elle était facilitée par un favoritisme partisan – constituait une autre façon d'inclure les intérêts régionaux dans les processus décisionnels fédéraux. Enfin, et vu le manque de cohésion des partis politiques au moment de la Confédération, on pouvait raisonnablement estimer à l'époque que les caucus régionaux contribueraient aussi à la sauvegarde des intérêts régionaux vis-à-vis du nouveau centre politique²¹.

Les mécanismes intra-institutionnels n'étaient donc pas dénués de sens ou d'utilité, notamment en ce qui concerne les mécanismes informels tels que la composition régionale du cabinet. Il est également de notoriété publique que les délégués de la Conférence de Québec passèrent un temps considérable à débattre des questions relatives à la conception institutionnelle du Sénat et à ses liens avec la Chambre des communes. Cela étant, il serait peu avisé de déduire de ces délibérations une intention générale d'enraciner des droits de représentation régionale forte et formelle au centre. On ne peut nier que la représentation régionale égale au Sénat était une concession importante accordée aux représentants de l'est du Canada (ce qui allait devenir par la suite la province du Québec) et qu'elle fut la condition *sine qua non* qui permit aux négociations de se mettre en place²². Toutefois, on ne peut ignorer non plus le fort scepticisme exprimé par nombre de délégués concernant la capacité du Sénat à véritablement

20. R. GIBBINS, préc., note 18, p. 78.

21. D. SMILEY, préc., note 2, p. 355 ff.; Donald SMILEY et Ronald WATTS, *Intrastate Federalism in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

22. Voir par exemple la citation suivante de George Brown, en date du 8 février 1865 : « Nos amis du Bas-Canada nous ont accordé une représentation par population au sein de la Chambre basse, à la condition expresse qu'ils bénéficient d'une égalité à la Chambre haute. Nous n'aurions pu avancer sous aucune autre condition ; et je suis personnellement désireux de leur accorder celle-ci ». Cité par Janet AJZENSTAT, Ian GENTLES et Paul ROMNEY (dir.), *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 63. Notre traduction.

remplir sa fonction de « participation ». Un tel sentiment fut articulé explicitement par le critique Christopher Dunkin, parmi d'autres :

Je me dois de demander aux honorables messieurs qui me font face comment ils comptent organiser leur cabinet pour ces provinces, suivant ce soi-disant modèle fédéral. Je me sens même en devoir de les mettre au défi de nous démontrer que le cabinet puisse être formé sur un autre principe que celui de la représentation des différentes provinces. Il est clair que les provinces ne sont pas réellement représentées suivant une intention fédérale au sein du Conseil législatif. Le cabinet devrait se décharger ici de ce type de fonction, qui aux États-Unis est remplie dans un sens fédéral par le Sénat²³.

S'adressant au Sénat, Dunkin continue ainsi :

Les postes qui deviendront vacants seront supposés être pourvus, si j'en crois ce que l'on nous en dit – et cela me paraît être une chose des plus étranges – non par les législatures provinciales, ni non plus par aucune autorité ou influence de type local, mais possiblement par le gouvernement général. Il s'agirait là de la caractéristique fédérale de notre système²⁴.

Bien que la fonction sénatoriale de protection des minorités régionales ait occupé une place considérable lors des débats pré-confédération et qu'elle ait participé à créer de fortes attentes dans les Maritimes, ce n'était plus le cas au cours des débats ayant précédé la Confédération, comme l'a très bien montré Garth Stevenson²⁵. Plutôt que de voir le Sénat comme un dispositif de sécurité pour les minorités régionales, il semblerait qu'un consensus ait été recherché autour de l'idée qu'il servirait à défendre principalement les intérêts des minorités économiques, et qu'il constituerait donc une sorte de chambre de réflexion (*sober second thought*) ou de second examen objectif transversal aux clivages territoriaux²⁶.

Il est donc plausible d'estimer que les délégués aient jugé – pour un ensemble de raisons – que les mécanismes interinstitutionnels seraient la meilleure solution pour lier le centre aux intérêts régionaux. Les paragraphes 91 et 92 de l'AANB qui régissent l'attribution duale des compétences exclusives confirment cette observation. La conception du fédéralisme établie principalement en matière de mécanismes inter-institutionnels rendait possible la conciliation de deux buts apparemment contradictoires :

23. *Ibid.*, p. 115.

24. Cité dans *ibid.*, p. 306.

25. Garth STEVENSON, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada 1867-1896*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 324 et 325.

26. Jennifer SMITH, « Canadian Confederation and the Influence of American Federalism », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 21, 1988, p. 455-457.

d'une part, la création d'un gouvernement fédéral fort doté de compétences substantielles et, de l'autre, la protection des intérêts régionaux. Il est notable de constater que, contrairement aux États-Unis, à l'Allemagne ou à la Suisse, les mécanismes intra-institutionnels n'étaient pas considérés comme d'importants freins aux velléités d'intrusion du gouvernement fédéral au sein des juridictions provinciales.

On peut sans aucun doute observer une convergence d'intérêts précaire entre de nombreux délégués autour d'une recherche de limites aux interférences mutuelles entre les ordres de gouvernement et de la création d'une architecture institutionnelle qui aurait permis aux provinces et au fédéral d'agir le plus indépendamment possible les uns envers les autres. Comme Robert Vipond l'a démontré, les délégués adoptèrent une approche qui semble paradoxale afin de réconcilier leurs visions profondément divergentes du fédéralisme. Ils énumérèrent un ensemble de compétences exclusives qu'ils assignèrent à chaque ordre de gouvernement au moyen de listes séparées (plutôt que d'énumérer simplement celles d'un seul ordre de gouvernement), mais sans spécifier clairement leurs limites et leur étendue respectives. Les dispositions qui mettaient en place un gouvernement fédéral fort (comme les compétences de réserve et de désaveu, ainsi que la clause POBG) paraissaient donc moins menaçantes grâce aux pouvoirs constitutionnellement garantis de passer des lois de manière exclusive dans les domaines découlant des sujets décrits au paragraphe 92²⁷. Or, même si les provinces étaient dotées d'un contrôle sur les affaires locales, il restait à voir de quelle manière le gouvernement fédéral pourrait faire usage de sa capacité à transgresser les frontières provinciales :

Ils s'entendirent également sur le fait que le fédéralisme voulait dire séparer la compétence législative entre un Parlement national qui légiférerait sur les sujets d'intérêt « général » ou « national », et plusieurs législatures provinciales qui auraient l'autorité de voter des lois sur les sujets d'importance « locale ». Mais la plupart des défenseurs de la proposition confédérative firent de leur mieux pour éviter de donner une quelconque substance à ces propositions générales... Le texte [la proposition de Confédération] qui, lu dans un certain

27. De manière similaire, le *Globe* de George Brown affirmait dès le 1^{er} août 1864 la chose suivante : « Assurons-nous également que l'autorité fédérale – qu'elle soit reconnue comme un pouvoir “souverain” ou non – soit empêchée d'interférer avec le travail législatif des organes locaux, tant que ceux-ci restent dans leurs limites constitutionnelles, et nous serons tranquilles. » Cité dans John T. SAYWELL, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 5.

sens, semblait garantir l'autonomie gouvernementale locale pouvait être lu tout aussi bien comme un frein colossal au contrôle local²⁸.

Les mécanismes inter-institutionnels ouvrirent donc la voie à un arrangement fédéral qui laisserait un grand nombre de questions importantes sans réponse. L'ambiguïté institutionnelle permettait aux délégués de parvenir à un accord et de renvoyer à plus tard la question de la substance, du sens concret et de l'étendue des différentes matières, léguant tout cela au Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP). Par ailleurs, il faut s'attarder sur la manière dont trois conditions antérieures vinrent modeler les perceptions et les préférences des délégués lors de ce moment critique, en accentuant un peu plus le déséquilibre entre mécanismes intra- et inter-institutionnels déjà présent dans l'AANB.

En premier lieu, il faut mentionner la tradition britannique de gouvernement de Westminster reflétée – entre autres choses – par le préambule. Les défenseurs d'un État unitaire ou d'une fédération fortement centralisée désiraient ardemment créer un système politique ressemblant le plus possible à celui de la Grande-Bretagne. Assigner exclusivement des compétences importantes au fédéral tout en minimisant les droits de participation régionale au travail législatif national peut donc être vu comme un moyen détourné de mettre en place un gouvernement de type de Westminster sans l'adapter plus que nécessaire aux particularités canadiennes. John A. Macdonald se fit le héraut de cette interprétation de la Confédération lorsqu'il déclara :

Le véritable principe d'une confédération se trouve dans le fait de doter le gouvernement général de tous les principes et pouvoirs de souveraineté, et que les États subordonnés ou individuels n'aient de compétences que celles qui leur sont expressément attribuées. Nous devons donc avoir un gouvernement central fort, une législature centrale puissante et un système décentralisé de législatures mineures pour les affaires locales²⁹.

Le second facteur d'influence était l'interprétation du fédéralisme américain, notamment l'anticipation de dynamiques centrifuges et le désir d'éviter des développements similaires à la doctrine américaine des droits des États. En conséquence, les discours sur la formation de l'État furent imprégnés de notions constitutionnelles relatives à la nature et à l'emplacement de la souveraineté dans un État fédéral. Robert Vipond et Jennifer

28. Robert VIPOND, « 1787 and 1867: The Federal Principle and Canadian Confederation Reconsidered », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, n° 1, 1989, p. 7 et 8.

29. Cité dans J. AJZENSTAT, I. GENTLES et P. ROMNEY (dir.), préc., note 21, p. 314.

Smith montrent très bien à quel point l'influence du fédéralisme américain fut plus complexe que le laisse entendre la littérature traditionnelle au sujet de la Confédération³⁰. Les réformistes du Canada-Ouest (qui deviendrait l'Ontario) en particulier s'intéressaient aux idées constitutionnelles américaines au cours des années 1860, ce qui leur permit de développer le concept de « souverainetés co-égales », en opposition aux conceptions des conservateurs comme Macdonald qui estimaient que la souveraineté était indivisible. Bien que les réformistes partageaient de manière générale la croyance qu'un gouvernement fédéral fort était de mise, ils envisageaient également le besoin d'une protection constitutionnelle explicite de l'autonomie régionale³¹. Les contrôles inter- plutôt qu'intra-institutionnels pouvaient alors constituer une solution viable : « La notion que sous le modèle de Confédération les provinces seraient capables de légiférer sans interférence de la part du gouvernement fédéral était devenue partie intégrante de la rhétorique des réformistes dès 1867³². »

Enfin, l'expérience d'un enlèvement pour ne pas dire d'une impasse politique complète au Canada-Uni, d'une manière qui rappelle le « piège de la décision partagée » du contexte allemand³³, peut avoir contribué au désir, exprimé tant par de nombreux délégués centralisateurs que par les défenseurs de l'autonomie provinciale, de garder une séparation entre les deux ordres de gouvernement au moyen de contrôles inter-institutionnels. Les politiques d'accommodement dans la province du Canada suivaient

30. R. VIPOND, préc., note 27, p. 3-25; Jennifer SMITH, « Intrastate Federalism and Confederation », dans Stephen BROOKS (dir.), *Political Thought in Canada. Contemporary Perspectives*, Toronto, Clarke Irwin Publishing, 1984, p. 258; J. SMITH, préc., note 25, p. 443-464.

31. R. VIPOND, préc., note 27, p. 14; voir aussi 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, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 38.

32. R. VIPOND, préc., note 27, p. 21.

33. Le concept de piège de la prise de décision partagée est attribuable à Fritz W. Scharpf. Il décrit une tendance au sein des configurations de prise de décision partagée qui se produit lorsque les acteurs ne peuvent modifier le statu quo que lorsque le changement institutionnel ou politique bénéficie d'une forte majorité. Une telle configuration devient un piège si la plupart des acteurs sont insatisfaits des résultats politiques (bien souvent du fait de décisions basées sur un très faible dénominateur commun, ou d'un enlèvement), mais qu'ils sont simultanément incapables ou non désireux de s'entendre sur des réformes structurelles qui viendraient remplacer la prise de décision partagée par une configuration institutionnelle plus flexible. Voir par exemple Fritz W. SCHARPF, « The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration*, vol. 66, n° 3, 1988, p. 239.

principalement un modèle de démocratie consociative et l'insistance sur le partage du pouvoir qui l'accompagne³⁴. Les dysfonctionnements de plus en plus importants de cet arrangement institutionnel non seulement devinrent un facteur important dans l'émergence de la Grande Coalition qui atteignit jusqu'aux Maritimes, mais influençaient également l'analyse des options adéquates à la mise en œuvre d'un modèle institutionnel. On peut donc comprendre que, de ce point de vue, des mécanismes inter-institutionnels aient été préférés à des mécanismes intra-institutionnels pour faire en sorte que la prise de décision partagée reste la plus faible possible afin d'éviter que les institutions se retrouvent paralysées par des affrontements continuels. Dans cette perspective, il est donc possible de voir la Confédération comme un des rares exemples de « dés-enchevêtrement » réussi par lequel les acteurs politiques parvinrent à échapper au piège de la prise de décision partagée.

LA RESTRUCTURATION POLITIQUE: DÉCLIN DES MÉCANISMES INTRA-INSTITUTIONNELS

Au Canada, la structuration politique a institué un modèle constitutionnel dans lequel les contrôles inter-institutionnels sont prédominants comparés aux mécanismes intra-institutionnels correspondants. Ce déséquilibre de départ, qui se manifeste dans le mélange de démocratie de type Westminster et d'une architecture fédérale fondée sur une répartition duale des compétences, s'est amplifié au cours des décennies suivant la Confédération. Les changements institutionnels ont suivi une logique d'adaptation plutôt que de réforme délibérée, et ils furent motivés par un ensemble de « cercles vicieux » ou « vertueux » en cours de validation par des acteurs collectifs évoluant dans les arènes parlementaire et fédérale. En conséquence, les mécanismes intra-institutionnels déjà limités devant servir à assurer une représentation des intérêts régionaux au Parlement et au sein de l'exécutif fédéraux ont perdu encore un peu plus en importance.

Les chercheurs de la tradition d'analyse historique comparée utilisent le concept de « mécanismes de rétroaction » ou « mécanismes de *feedback* » pour théoriser et décrire les sources endogènes de changement institutionnel. La plupart du temps, les arrangements institutionnels répartissent

34. Kenneth McROBERT, « The Sources of Neo-Nationalism in Quebec », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 7, n° 1, 1984, p. 55. Aussi: Garth STEVENSON, *Parallel Paths: The Development of Nationalism in Ireland and Quebec*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006.

les éléments de pouvoir et mettent en place des relations d'autorité asymétriques et, ce faisant, ils ont tendance à créer des perdants et des gagnants. Les acteurs qui bénéficient d'un agencement institutionnel vont chercher à le consolider, tandis que ceux qui s'en trouvent désavantagés vont y voir une incitation à changer le statu quo. De la même manière, les effets rétroactifs positifs se renforcent automatiquement en orientant le changement institutionnel de manière à amplifier les arrangements existants, tandis que les effets rétroactifs négatifs nuisent à leur propre institutionnalisation. Ces derniers sont réactifs et entraînent le renversement ou la réorientation d'une institution ou de certains éléments présents au sein d'une architecture institutionnelle plus large³⁵.

Les effets rétroactifs négatifs peuvent nous aider à comprendre les raisons qui ont conduit à ce que les freins intra-institutionnels (notamment le cabinet) aient perdu en pertinence dans la période qui a suivi la Confédération. Les membres francophones du cabinet fédéral et le gouvernement du Québec firent en particulier les frais du manque de réactivité des contrôles intra-institutionnels qui ne parvinrent pas à protéger les droits des minorités, notamment ceux des Canadiens français vivant en dehors du Québec. Le *Common School Act* de 1871 au Nouveau-Brunswick déclencha la première crise grave à la suite de la Confédération. L'échec du gouvernement du Québec à empêcher l'abolition du système d'écoles confessionnelles du Nouveau-Brunswick offrait la démonstration des faiblesses du cabinet en tant qu'organe de protection des intérêts régionaux. De plus, cet échec engendra une situation pour le moins paradoxale lorsque le gouvernement du Québec a fait appel à John A. Macdonald pour qu'il use du pouvoir de désaveu afin d'invalider la loi provinciale :

Elle [la loi sur les écoles du Nouveau-Brunswick] mettait alors Macdonald, le grand centralisateur de 1867, dans la position du défenseur le plus strict des compétences provinciales. [...] Observer un Québec ultramontain demander au gouvernement fédéral d'être impérial et suprême était à tout le moins intéressant, et non dénué d'ironie³⁶.

-
35. James MAHONEY et Kathleen THELEN (dir.), *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Paul PIERSON, *Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Alan M. JACOBS et R. Kent WEAVER, « When Policies Undo Themselves: Self-Undermining Feedback as a Source of Policy Change », *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 28, n° 4, 2015, p. 417.
36. William MORTON, « Confederation, 1870-1896 », dans A.B. MCKILLOP (dir.), *Contexts of Canada's Past*, Toronto, Macmillan Publishers, 1980, p. 215.

La question des écoles du Nouveau-Brunswick renvoie à un ensemble plus large de réponses réactives et de frustration croissante quant à l'inefficacité des contrôles intra-institutionnels. Les membres francophones du cabinet ainsi que le gouvernement du Québec ne furent en mesure ni d'empêcher l'exécution de Louis Riel en 1885 ni de résoudre la question des écoles du Manitoba malgré leurs tentatives d'intervention au sein du cabinet. Au contraire, cette dernière crise qui découla de la loi sur les écoles publiques du Manitoba de 1890 mit en lumière un conflit profond au sein du Parti conservateur du Canada. Ces divisions internes se transformèrent en conflit ouvert lorsque le Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP) vint confirmer en 1895³⁷ l'autorité du Parlement fédéral à corriger la loi provinciale dans *Brophy v. Manitoba* et que le gouvernement fédéral présenta sa loi de correction, ce qui contribua à la transition politique qui vit Macdonald le conservateur perdre le pouvoir au profit de la « dynastie » libérale de Laurier en 1896³⁸.

Il devint possible de restaurer au moins partiellement la confiance dans la réactivité des mécanismes intra-institutionnels sous le gouvernement libéral de Laurier. Ce dernier parvint à sécuriser une forte assise électorale au Québec grâce à son engagement à garantir les intérêts canadiens-français dans l'ensemble du pays. De la même manière, il présenta sa promesse électorale de 1896 de résoudre la question des écoles du Manitoba comme une question non pas de religion ou d'éducation, mais de protection des intérêts francophones de manière générale³⁹. Les résultats électoraux décisifs de 1896 furent confirmés lors des trois élections suivantes en 1900, 1904 et 1908, qui virent les libéraux conserver le pouvoir. Malgré tout, la réinstauration d'un accommodement des conflits par des pratiques intra-institutionnelles resta fragile, et cette courte période de relance prit fin avec la crise de la conscription de 1917⁴⁰.

En ce qui concerne le Sénat, la Cour suprême du Canada a plusieurs fois mis l'accent sur le rôle joué par la Chambre haute en tant qu'élément constitutif de l'architecture constitutionnelle fédérale canadienne, la plus récente de ces déclarations étant le renvoi de 2014 sur la réforme du

37. *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

38. Lawrence LEDUC, Judith MCKENZIE, et John PAMMETT (dir.), *Dynasties and Interludes: Past and Present in Canadian Electoral Politics*, 2^e éd., Toronto, Dundurn Press, 2016.

39. *Ibid.*, p. 82.

40. *Ibid.*, p. 93-99.

Sénat⁴¹. Le consentement provincial à toute réforme du Sénat visant à modifier le rôle ou la nature de la Chambre haute requiert donc l'approbation d'au moins deux tiers des législatures provinciales représentant au moins 50 pour cent de la population canadienne (ce que l'on nomme la formule d'amendement 7/50), à moins qu'il s'agisse d'abolir le Sénat, auquel cas le consentement provincial doit être unanime. Dans les faits, toutes les provinces demandent à être partie prenante aux efforts de réforme du Sénat, bien que suivant des modalités différentes. Certaines provinces comme le Québec, l'Ontario ou la Nouvelle-Écosse ont exprimé un soutien général à la réforme sénatoriale, d'autres, comme le Nouveau-Brunswick, semblent relativement indifférentes, tandis que la Saskatchewan et le Manitoba désirent tout simplement abolir la Chambre haute⁴².

Les provinces ont toujours été parties prenantes aux débats politiques liés à la réforme du Sénat. Mais, dans les faits, le Sénat s'est révélé relativement inefficace à protéger les intérêts régionaux et surtout provinciaux. Dans le meilleur des cas, ces intérêts sont pris en considération dans l'étude des projets de loi et des recommandations qui les accompagnent⁴³. Le Sénat n'a donc jamais représenté un espace d'accommodement des conflits entre le fédéral et les provinces, et le cabinet fédéral ne s'est révélé que d'une utilité limitée pour la défense des intérêts régionaux. Pendant ce temps, l'AANB incitait les provinces à tirer profit des ambiguïtés liées à la répartition des compétences pour affermir leur résistance aux intrusions fédérales.

Pour dire les choses autrement, les effets de rétroaction négative ne représentent qu'un côté de la médaille. Les développements post-confédération ont aussi instauré un cercle vertueux qui renforçait de manière soutenue les contrôles inter-institutionnels au travers d'une adaptation institutionnelle. Ainsi, bien que l'énumération des compétences aux paragraphes 91 et 92 semble suggérer que les rédacteurs de l'AANB souhaitaient clairement spécifier les rôles et responsabilités de chaque ordre de gouvernement, le principe fédéral était, dès le départ, marqué d'une ambiguïté considérable⁴⁴. La ligne de démarcation de l'autorité

41. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32; voir aussi *Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, 1980 1 R.C.S. 54.

42. Voir l'étude des déclarations officielles effectuée par Aaron WHERRY, « Where the Provinces Stand on Senate Reform », *Maclean's*, 12 juin 2015.

43. Voir le retour historique que font D. SMILEY et R. WATTS, préc., note 20, p. 117-120.

44. R. VIPOND, préc., note 27, p. 9, a décrit cette idée de la manière suivante : « C'est comme si la proposition de la Confédération était absolument claire. L'absence absolue

entre le gouvernement fédéral et les provinces mise en place par l'AANB n'a jamais été claire ; or, quand une telle démarcation est ambiguë, « [...] les concepteurs originels voient leur capacité à contrôler la direction des développements institutionnels diminuer sur le long terme⁴⁵ ». Cela facilite l'adoption de stratégies visant à contredire les justifications d'un gouvernement fédéral dominant, et à rediriger finalement la fédération dans une direction plus décentralisée.

La célèbre distinction faite par Albert O. Hirschman entre la réaction silencieuse (*exit*) et la prise de parole (*voice*) est utile pour illustrer cette dynamique. La réaction silencieuse et la prise de parole désignent deux types d'actions collectives déclenchées par une insatisfaction envers des organisations telles que des entreprises, des partis politiques ou des États (fédéraux). Dans le cas de la prise de parole, les acteurs cherchent à améliorer leur relation en manifestant leurs insatisfactions et en formulant des demandes de changement. Si nous appliquons ce principe au contexte des systèmes fédéraux, la stratégie correspondante fait écho à la logique des contrôles intra-institutionnels : les unités constituantes demandent plus de réceptivité au système en renforçant leurs droits de participation au fédéral. En revanche, la réaction silencieuse décrit la sortie ou la fuite d'une relation, ce qui ne renvoie pas nécessairement à la sécession. Bien que cette dernière puisse constituer une solution de dernier recours, il existe des stratégies de réaction silencieuse « molles » qui correspondent à une tendance à retourner vers le provincial plutôt qu'à chercher à rendre le fédéral plus réactif aux besoins des régions⁴⁶. Les stratégies de réaction silencieuse sont donc utilisées pour renforcer l'autonomie des unités constituantes (par exemple par la « construction provinciale ») et n'impliquent une sécession que dans des circonstances bien particulières.

de volonté de la part de la coalition de débattre des détails de la substance des propositions, aussi visible qu'insatisfaisante, découle du fait que le texte de la proposition semblait contredire les principes fédéraux qu'il était censé incarner... Le texte qui, lu dans un sens, semblait garantir l'autonomie locale pouvait être lu tout aussi bien comme un obstacle colossal au contrôle local.»

45. P. PIERSON, préc., note 34, p. 163.

46. Cela ressemble au modèle décrit par Hirschman dans *Bonheur privé, action publique* : les citoyens se referment sur la sphère privée en réaction à des déceptions vis-à-vis de l'action publique. En d'autres termes, ils n'émigrent pas nécessairement dans un autre pays (« réaction dure »), mais évitent de participer activement à la sphère publique (« réaction molle »). Albert O. HIRSCHMAN, *Bonheur privé, action publique*, Paris, Fayard, 2016.

Bien que les efforts initiaux de protection des droits des minorités culturelles francophones au moyen de stratégies intra-institutionnelles de prise de parole de la part du Québec se soient avérés particulièrement inefficaces, d'autres gouvernements provinciaux – comme celui de l'Ontario sous la direction du libéral Oliver Mowat – parvinrent à tirer profit des ambiguïtés institutionnelles pour mettre en œuvre une stratégie fondée sur une logique de « réaction silencieuse ». Comme l'ont bien montré les travaux de chercheurs tels que Robert Vipond, Christopher Armstrong ou Paul Romney, les arguments avancés par des protagonistes comme Edward Blake, David Mills ou Oliver Mowat (qui attaquent particulièrement le pouvoir de désaveu et qui furent généralement soutenus par le CJCP lors de renvois importants dans les années 1880 et 1890) mettaient en valeur le besoin de garder les ordres de gouvernement strictement séparés afin de protéger la souveraineté provinciale⁴⁷. Le député libéral ontarien David Mills en poste de 1867 à 1882 et de 1884 à 1896 déclarait par exemple à la Chambre des communes :

Les fonctions du Parlement et des législatures provinciales sont séparées et distinctes. Si le Parlement avait été doté d'une autorité suprême, il aurait le pouvoir de déterminer les sujets sur lesquels les législatures provinciales peuvent légiférer ou non : ce qui n'est pas le cas puisque l'Acte de l'Amérique du Nord britannique présente certains sujets comme étant du ressort exclusif des législatures provinciales. Lesdites législatures évoluent donc dans leurs propres sphères de légitimité et sont indépendantes du Parlement comme si elles étaient des souverainetés séparées et distinctes⁴⁸.

La répartition des compétences principalement exclusives telle qu'elle est décrite dans l'AANB était vague et laissait la porte ouverte à des interprétations divergentes quant à la portée des dispositions. Le mouvement dit des « droits provinciaux » parvint avec succès à mettre de l'avant des revendications alternatives au sujet du sens de ces dispositions, à rassembler

-
47. Robert VIPOND, *Liberty and Community: Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*, Albany, State University of New York Press, 1991 ; Robert VIPOND, « Constitutional Politics and the Provincial Rights Movement in Canada », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 18, n° 2, 1985, p. 267 ; Paul ROMNEY, « The Nature and Scope of Provincial Autonomy: Oliver Mowat, the Quebec Resolutions and the Construction of the British North America Act », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 25, n° 1, 1992, p. 3 ; Christopher ARMSTRONG, *The Politics of Federalism. Ontario's Relations with the Federal Government, 1867-1942*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.
48. David MILLS dans *Debats of the House of Commons of the Dominion of Canada*, 4^e sess., 3^e parl., 11 avril 1877, Ottawa, MacLean, Roger & Co, 1877, p. 1370 ; voir aussi R. VIPOND, *Liberty and Community*, préc., note 46, p. 155.

des soutiens et, finalement, à déstabiliser les modèles d'interprétation mobilisés par les centralisateurs comme John A. Macdonald. Les mécanismes inter-institutionnels s'avèrent plus efficaces que leurs contreparties intra-institutionnelles en tant que freins régionaux au fédéral, ce qui contribua à accentuer le déséquilibre existant entre les deux types de mécanismes dans l'AANB. Cela ne signifie pas pour autant que le mécontentement régional envers le fédéral perdit tout son sens.

Les partis politiques fédéraux s'appuyant sur une base électorale régionale puissante, comme le Crédit social, la Fédération du Commonwealth coopératif (FCC), le Bloc québécois ou le Parti réformiste, furent (plus ou moins) capables d'exercer une pression – indirecte, il faut le dire – sur le fédéral tout au long du xx^e siècle. Qui plus est, la nécessité de mettre en place des coalitions électorales régionales poussa les libéraux et les conservateurs à porter attention aux demandes issues d'une constellation régionale variable. Malgré tout, ces stratégies de « prise de parole » au fédéral sont restées d'une efficacité limitée, surtout si on les compare au potentiel de « réaction silencieuse » que recèle le phénomène de « construction provinciale⁴⁹ ». Même un gouvernement comme le celui de la FCC de la Saskatchewan sous la direction de Tommy Douglas – qui n'était pas opposé à l'idée d'un gouvernement fédéral fort – réalisa l'avantage institutionnel qui pouvait découler de l'utilisation des capacités institutionnelles « en dormance » au provincial. Douglas avait anticipé la nécessité de se doter de pouvoirs provinciaux accrus afin de mettre en place un ambitieux programme de réforme, avant même de prendre le pouvoir en 1944⁵⁰.

Les mécanismes inter-institutionnels encouragèrent donc des stratégies politiques axées sur le provincial plutôt que sur le fédéral. Ce processus prit la forme d'un cercle vertueux à mesure que la portée et la profondeur de l'activité provinciale prirent de l'importance. Pour reprendre les termes d'Alan Cairns, les premiers efforts de construction provinciale furent « [...] multipliés par la ramification des complexités institutionnelles et organisationnelles... les ministères, les agences et départements, les services et les bureaux régionaux qui encadrent quotidiennement le travail politique sont des entités au moins partiellement autonomes, dotées d'une valeur

49. Edwin BLACK et Alan C. CAIRNS, « A Different Perspective on Canadian Federalism », *Canadian Public Administration*, vol. 9, n° 1, 1966, p. 27-44; John RICHARDS et Larry PRATT, *Prairie Capitalism: Power and Influence in the New West*, Toronto, McClelland & Stewart, 1979.

50. Al JOHNSON, *Dream No Little Dreams: A Biography of the Douglas Government of Saskatchewan, 1944-1961*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 42.

intrinsèque, et mues par leur vie et leurs intérêts propres⁵¹ ». L'intérêt propre des institutions provinciales ne représente cependant qu'un des éléments de l'équation. Il fallait que ce facteur s'aligne avec les dynamiques partisans pour que la représentation des intérêts régionaux par des moyens intra-institutionnels tombe en désuétude.

En réalité, ces deux facteurs vinrent se renforcer mutuellement. En comparaison avec la situation contemporaine, les libéraux et les conservateurs firent montre de forts degrés d'intégration verticale jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale⁵². Le favoritisme politique (que l'on nomme parfois « patronage politique ») vint faciliter la création d'une structure organisationnelle relativement cohérente et efficace. Pourtant, et contrairement aux conservateurs, les libéraux manquaient de cohérence organisationnelle dans les années qui suivirent la Confédération. Macdonald parvint à mettre en place un système (fondé sur le favoritisme) qui liait les organisations partisans régionales les unes aux autres d'une manière si serrée qu'il devenait difficile de distinguer ce qui tenait de l'activité politique fédérale ou provinciale. En comparaison, il faudra attendre 1880 et l'arrivée d'Edward Blake à la tête du Parti libéral pour que des structures similaires se développent au sein de ce dernier⁵³. Mais ce désavantage organisationnel de départ au fédéral se révéla par la suite un avantage concurrentiel au provincial. Il déchargea les libéraux de la nécessité d'accommoder les différences ethnoculturelles au sein de la structure organisationnelle du parti au fédéral (notamment entre les anciens rouges et les réformistes plus radicaux) et leur permit de former une alliance relativement souple entre les premiers ministres provinciaux autour d'un but commun : déstabiliser la conception fédérale impériale portée par Macdonald. Les mécanismes inter-institutionnels permirent donc de rediriger au moins en partie la compétition partisane du fédéral vers une zone intergouvernementale. Bien que les conservateurs se montrèrent capables de dominer le fédéral jusqu'en 1896 (à l'exception notable de l'interlude de l'ère Mackenzie), les organisations partisans libérales au provincial réussirent à se concentrer sur ce dernier niveau et à consolider leur contrôle dans les décennies qui suivirent la Confédération. Après que les libéraux eurent pris la tête des gouvernements provinciaux

51. Alan CAIRNS, « The Governments and Societies of Canadian Federalism », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 10, n° 4, 1977, p. 703.

52. Rand DYCK, « Links Between Federal and Provincial Parties and Party Systems », dans Herman BAKVIS (dir.), *Representation, Integration, and Political Parties in Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 129 ; G. STEVENSON, préc., note 24.

53. R. DYCK, préc., note 51, p. 566.

en Ontario (1871), en Nouvelle-Écosse (1882), au Nouveau-Brunswick (1883), au Manitoba (1888) et à l'Île-du-Prince-Édouard (1891)⁵⁴, les conservateurs prirent graduellement conscience des avantages liés à une structure de parti moins intégrée : « Sir Charles [Tupper] considérait qu'il était inévitable que les antennes provinciales des partis au sein d'une fédération diversifiée aient des opinions divergentes sur de nombreux sujets, et il estimait que les liens entre partis fédéraux et partis provinciaux étaient une source de gêne et de frustration respective⁵⁵. »

L'accroissement de l'autorité provinciale se conjuga donc dans un premier temps avec une séparation graduelle des organisations partisans fédérales et provinciales, et cette tendance qui s'est vue renforcée au cours du xx^e siècle.

LES OPTIONS FUTURES

Il est important de saisir les développements institutionnels initiaux pour comprendre l'évolution conjointe de la démocratie de style Westminster et du fédéralisme (suivant un modèle de « dépendance au sentier » [*path dependency*]). Les mécanismes inter-institutionnels encouragèrent la concentration du pouvoir au provincial et au fédéral plutôt que de forts enchevêtrements institutionnels. Les premiers pas dans cette direction furent bientôt accentués avec l'accroissement des fonctions étatiques aux deux ordres de gouvernement au cours du xx^e siècle. Les dynamiques institutionnelles vinrent renforcer cette mouture initiale malgré de profonds changements survenus dans la sphère sociale. Comme le suggère Alan Cairns dans *The Other Crisis of Canadian Federalism* :

Le fédéralisme contemporain fondé sur des gouvernements forts aux deux ordres de gouvernement peut être compris comme une tendance propre à chaque gouvernement de chercher à minimiser les contradictions politiques au sein de ses propres juridictions et à réduire l'incertitude ambiante liée à la conduite des autres gouvernements... En bref, chaque gouvernement tend – pour exagérer un peu les choses – à mettre en œuvre et à exercer un pouvoir typique d'un État unitaire⁵⁶.

54. Ces données se fondent sur Christopher DUNN (dir.), *Provinces: Canadian Provincial Politics*, Peterborough, Broadview Press, 1996, appendice p. 519 ff.

55. G. STEVENSON, préc., note 24, p. 184.

56. Alan CAIRNS, « The Other Crisis of Canadian Federalism », *Canadian Public Administration*, vol. 22, n° 2, 1979, p. 191 ff.

C'est ainsi que le fédéralisme canadien a évolué d'une manière qui le contraste fortement avec de nombreuses autres fédérations – comme l'Allemagne – dans lesquelles les sphères parlementaires et fédérales sont devenues de plus en plus enchevêtrées⁵⁷.

Dans le même temps, cette configuration institutionnelle « dépendante du sentier » s'est montrée résiliente au changement tout en encourageant ce dernier. Sur ce dernier point, la concentration de l'autorité entre les mains des gouvernements fédéral et provinciaux a facilité l'apparition de balancements cycliques entre des dynamiques centralisatrices et décentralisatrices dans le fédéralisme canadien. Les pouvoirs de réserve et de désaveu furent de moins en moins utilisés et le CJCP vint limiter la portée de la clause POBG, alors que le paragraphe 92 (13) recevait une interprétation de plus en plus large. Cela étant, le gouvernement fédéral a développé un équivalent fonctionnel à ces derniers éléments, à savoir la doctrine du pouvoir fédéral de dépenser. Bien que la constitutionnalité de cette doctrine ait toujours fait l'objet de contestations, cette dernière permet au gouvernement fédéral de bénéficier d'une puissante ressource institutionnelle pour intervenir de manière unilatérale dans un grand nombre de domaines politiques, incluant ceux relevant des compétences provinciales exclusives⁵⁸. De leur côté, les provinces parvinrent à solidifier leur rôle d'acteurs forts en élargissant la portée de leurs politiques publiques et en développant des formes d'intervention étatique plus soutenues et omniprésentes dans le domaine des politiques sociales, économiques ou culturelles.

Malgré tout, un rappel des réformes ayant échoué à renforcer les mécanismes intra-institutionnels met en lumière le potentiel limité de changements institutionnels visant à rectifier le déséquilibre structurel entre l'autonomie et le partage du pouvoir au sein de l'architecture fédérale canadienne. En théorie, les mécanismes intra-institutionnels peuvent être renforcés de deux manières : au moyen de scénarios soit contextuels, soit structurels. Les scénarios contextuels sont les plus aisés à mettre en place et ils sont les plus fréquents. La raison en est que, dans ces cas de figure, les changements font suite à des événements plutôt imprévisibles – comme des résultats électoraux – et ne nécessitent pas de réforme institutionnelle explicite. Selon les récentes théories relatives aux changements institu-

57. J. BROSCHEK, préc., note 15; Gerhard LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3^e éd., Wiesbaden, VS Verlag fuer Sozialwissenschaften, 2000.

58. Hamish TELFORD, « The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation Destroying? », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 33, n° 1, 2003, p. 23.

tionnels graduels, ces scénarios peuvent être décrits comme des scénarios de dérive ou de conversion.

LES SCÉNARIOS CONTEXTUELS : DÉRIVE ET CONVERSION

Dans le cas de la dérive, les évolutions contextuelles entraînent des changements quant à l'influence de certaines institutions⁵⁹. Pour prendre un exemple, l'évolution des comportements et des résultats électoraux exerce une influence sur la composition des blocs régionaux à la Chambre des communes, ce qui permettrait à des intérêts régionaux auparavant marginalisés de prendre le contrôle d'institutions au fédéral. Le meilleur exemple de ce genre de scénario est sans aucun doute la montée graduelle des « conservateurs d'Harper » entre 2006 et 2011, que l'ancien chef du Parti réformiste Preston Manning décrit avec enthousiasme comme « [...] un déplacement du centre de gravité géopolitique du pays de la vieille région laurentienne du Québec et de l'Ontario vers une nouvelle assise politique basée en Ontario et dans l'Ouest⁶⁰ ». Les élections générales de 2006 entraînèrent un changement considérable dans la représentation des députés de l'Ouest au sein du caucus gouvernemental. Cette montée vers le pouvoir fut amplifiée cinq ans plus tard avec la victoire d'un gouvernement majoritaire⁶¹.

Dans le cas de l'évolution par conversion, les anciennes institutions voient leur rôle redirigé vers de nouvelles fonctions. Par conséquent, l'activation de mécanismes intra-institutionnels au sein du Parlement dépend de la volonté des chefs de parti de suspendre informellement ou de relâcher les mécanismes centralisateurs inhérents à la concurrence partisane dans les systèmes parlementaires. Dans cette perspective, il est possible que l'élection du gouvernement Trudeau ait ouvert la voie à un changement institutionnel graduel. Pour commencer, le Sénat fait l'objet d'un processus de renouveau graduel amorcé par la décision de Trudeau de mettre fin à l'affiliation partisane formelle des sénateurs libéraux avant même qu'il devienne premier ministre en 2014. Par la suite, le gouvernement Trudeau mit en place en 2016 le Comité consultatif indépendant

59. J. MAHONEY et K. THELEN (dir.), préc., note 34.

60. Ernest MANNING, cité dans Loleen BERDAHL, « The West in Canada: Assessing the West's Role in the Post-2011 Federal System », dans Nadia VERELLI (dir.), *Canada: The State of the Federation 2011: The Changing Federal Environment*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2011, p. 45.

61. *Ibid.*

sur les nominations au Sénat, doté du mandat de présenter des recommandations de remplacement des sièges vacants fondées sur le mérite. Combinées à d'autres changements dans les procédures (par exemple celles qui sont liées à la composition des comités), ces premières étapes ont le potentiel d'inaugurer un nouveau rôle plus indépendant pour le Sénat dans le processus législatif, une tendance que l'on peut déceler dans la formulation de 46 amendements au projet de loi C-45 traitant de la légalisation du cannabis⁶². Bien qu'un Sénat plus actif se concentrera probablement en priorité sur les questions liées à l'égalité de genre ainsi qu'aux Premiers Peuples, il ouvrira probablement la porte à ce que les intérêts régionaux soient mieux représentés au sein des processus décisionnels fédéraux.

Deuxièmement, Justin Trudeau fit la promesse de mettre en place une approche politique plus collaborative dans la sphère intergouvernementale et au sein du gouvernement fédéral lui-même. Son annonce que «le gouvernement par cabinet est de retour⁶³» indiquait sa volonté à renverser la tendance actuelle de gouvernement primo-ministériel ou, pour reprendre les termes d'Adam Radwanski, une «approche néo-pearsonienne» de la gouvernance. Cette tentative de limiter les hiérarchies dans les processus décisionnels du bureau du premier ministre ne signale pas une volonté d'être plus sensible aux préoccupations régionales. Il s'agit davantage de refléter plus adéquatement la diversité non territoriale, comme la diversité ethnique ou de genre. Malgré tout, une évolution dans la pratique politique de la discipline de parti recèle le potentiel de renforcer l'influence des intérêts régionaux dans les activités des comités et d'accorder plus de poids aux projets de loi individuels des députés, comme le rappelaient déjà Smiley et Watts en 1985⁶⁴.

Mais, bien que les efforts du gouvernement Trudeau pour modifier le rôle du Sénat se soient intensifiés, il n'en va pas de même de la promesse de renverser la tendance historique du gouvernement primo-ministériel, promesse qui semble aujourd'hui n'être rien d'autre qu'une rhétorique creuse. Avant même que l'ancienne ministre de la Justice Jody Wilson-

62. Leslie SEIDLE, «How to Build on the Senate's Renewal Process», *Policy Options*, 6 novembre 2018, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/november-2018/how-to-build-on-the-senates-renewal-process/].

63. Chris HALL, «Justin Trudeau Begins his Bold Experiment in “government by cabinet”», *CBC News*, 5 novembre 2015, [En ligne], [www.cbc.ca/news/politics/government-cabinet-chris-hall-1.3304812].

64. Voir D. SMILEY et R. WATTS, préc., note 20, p. 96 ff.

Raybould et que la présidente du Conseil du trésor Jane Philpott démissionnent en février et mars 2019 à l'issue d'un conflit sans précédent au cours duquel elles ont toutes deux exprimé de solides préoccupations éthiques et morales au sujet de ce qu'elles jugeaient être des intrusions inappropriées des bureaux du premier ministre et du Conseil privé dans des affaires relevant de la juridiction de la procureure générale, des détails anecdotiques semblaient révéler que l'approche du gouvernement Trudeau en la matière était très similaire à celle du gouvernement Harper⁶⁵.

Cela étant, même une rhétorique creuse n'est pas nécessairement anodine : elle peut nourrir un potentiel de changement institutionnel à long terme. Selon Jon Elster, une déviation substantielle par rapport à une opinion ou des intérêts publiquement articulés remet en cause la supposée « obligation de cohérence » dans les enceintes délibératives. Ainsi, un orateur « pourra être considéré comme opportuniste s'il dévie de l'intérêt articulé lorsqu'il n'en a plus l'utilité⁶⁶ ». Il est peu probable que la démission de deux membres importants du cabinet à la suite de la décision présumée du bureau du premier ministre de ne pas respecter la contrainte de cohérence dans l'affaire SNC-Lavalin déclenche un retour au gouvernement de cabinet. Néanmoins, de tels événements sont porteurs d'un potentiel de changement institutionnel, puisqu'à l'avenir les premiers ministres s'attendent à des réactions similaires. Ils seront par conséquent plus prudents dans le déploiement des pouvoirs du bureau du premier ministre au sein du gouvernement, en comparaison avec des pratiques antérieures.

SCÉNARIOS STRUCTURELS

En tant que modèles d'adaptation informelle – et contrairement aux tentatives explicites de réforme –, les deux scénarios de dérive et de conversion sont relativement faciles à mettre en œuvre. Dans les deux cas, le changement institutionnel ne vient pas altérer fondamentalement la logique institutionnelle de la démocratie de Westminster, puisqu'il ne modifie que son mode de fonctionnement. Dans le cas de la conversion, le changement résulte d'acteurs politiques désireux de faire un usage

65. Samantha Wright ALLEN, « Trudeau PMO Tightening Control over Ministerial Staffing, “identical” to Harper Approach, says ex-Liberal MP », *The Hill Times*, 25 octobre 2017, [En ligne], [www.hilltimes.com/2017/10/25/trudeau-pmo-centralizes-power-just-like-harper-critics/123427].

66. Jon ELSTER, « Deliberation and Constitution Making », dans John ELSTER (dir.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 104.

discrétionnaire de l'interprétation et de l'application des normes. Dans le cas de la dérive, des conditions plutôt contextuelles peuvent habiliter au moins temporairement des groupes préalablement marginalisés et ouvrir ainsi la porte au changement. Dans les deux cas, le changement ne se manifeste pas au moyen de réformes explicites ou formelles, mais survient au sein d'un cadre institutionnel stable.

Cela étant, dans le même temps l'efficacité des deux formes de changement institutionnel dépend énormément de circonstances externes difficiles à prévoir, telles que des comportements électoraux volatils ou des caractéristiques personnelles de direction et d'encadrement de la part de chefs de partis individuels. Par conséquent, des observateurs politiques tels Andrew Coyne, Darrell Bricker ou John Ibbitson ont profondément surestimé la soutenabilité de certains scénarios contextuels lorsqu'ils ont par exemple proclamé la naissance d'une nouvelle ère politique canadienne, conservatrice et fondée dans l'Ouest, en se basant sur une soi-disant «secousse sismique» qui aurait culminé avec les résultats des élections fédérales de 2011⁶⁷. Comme l'écrivait sur un ton moqueur Andrew Cohen dans l'*Ottawa Citizen* quelques jours après l'élection de 2015 : «C'est comme si 2011 n'avait jamais existé. Des élections dont on attendait qu'elles confirment le déclin du "consensus laurentien" [...] ont en réalité servi à le renforcer. Le pouvoir politique retourne dans les régions de l'est et du centre du Canada⁶⁸.» Plus important encore, la volatilité croissante de la représentation régionale, particulièrement dans le caucus du parti au gouvernement, semble être presque aussi problématique que la prédominance régionale à long terme, dans la mesure où elle remplace généralement une région (semi-)périphérique par une autre. La dérive est dès lors peu susceptible de présider à un équilibre plus sain entre les différentes régions au sein du caucus gouvernemental.

Par conséquent, les scénarios structurels ouvrent la voie à des occasions plus stables et plus durables de renforcement de la représentation régionale au Parlement. Néanmoins, la possibilité de telles stratégies de réforme semble faible étant donné qu'elles s'attaquent directement à la logique institutionnelle de la démocratie de Westminster et du système

67. Darrell BRICKER et John IBBITSON, *The Big Shift: The Seismic Change in Canadian Politics, Business and Culture and What It Means for Our Future*, New York, Harper Collins Publishers, 2013.

68. Andrew COHEN, «Canada's Return to the Politics of the Past,» *Ottawa Citizen*, 20 octobre 2015, [En ligne], [ottawacitizen.com/opinion/columnists/canadas-return-to-the-politics-of-the-past].

fédéral existant. Ces réformes requièrent que des composantes institutionnelles soient remplacées ; ce faisant, elles ont des implications directes pour les relations d'autorité déjà présentes et établies dans un ordre politique donné⁶⁹. Les expériences passées ou plus récentes liées à deux options de réformes institutionnelles démontrent clairement les limites des scénarios structurels, ces deux options étant la réforme électorale et la réforme du Sénat.

En ce qui concerne la réforme électorale, le système existant de scrutin majoritaire uninominal à un tour n'est pas en soi aveugle aux intérêts régionaux. Plusieurs partis régionaux minoritaires, comme le Parti progressiste ou le Bloc québécois, ont été capables d'exercer une présence au fédéral en s'appuyant sur une forte base territorialement concentrée. Mais comme l'a soulevé Alan Cairns dans son article précurseur datant de 1968, cela a davantage contribué à exacerber les conflits régionaux qu'à les accommoder⁷⁰. Qui plus est, et comme nous l'avons mentionné précédemment, de tels résultats sont contingents et hautement dépendants de comportements électoraux volatils et sont donc peu utiles pour consolider la représentation des intérêts régionaux au Parlement. Le système électoral a non seulement contribué à faire émerger des blocs régionaux relativement monolithiques, mais il amplifie les fluctuations au sein des comportements électoraux. L'exemple du Québec illustre assez bien cette dynamique inhérente au scrutin majoritaire uninominal à un tour. Depuis les années 1980, les variations au sein des comportements électoraux y ont produit une série de « chutes » et de « vagues » successives pour quatre partis distincts : des libéraux aux conservateurs au Bloc québécois au NPD pour revenir enfin aux libéraux.

Le système électoral a donc été l'une des principales cibles de réforme institutionnelle. Les défenseurs d'une réforme électorale voudraient mettre en place une meilleure représentation de la diversité régionale au sein des caucus tant du gouvernement que de l'opposition en instaurant un système de représentation proportionnelle. Contrairement aux discours les plus récents au sujet de la réforme électorale, les propositions avancées dans

69. J. MAHONEY et K. THELEN (dir.), préc., note 34 ; Jörg Broschek, « Between Path Dependence and Gradual Change », dans Arthur BENZ et Jörg BROSCHEK (dir.), *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 93.

70. Alan CAIRNS, « The Electoral System and the Party System in Canada, 1921-1965 », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 1, n° 1, 1968, p. 55. Voir le chapitre de Brian Tanguay dans le présent ouvrage.

les années 1970 et 1980 se concentraient principalement sur les effets de distorsion du scrutin majoritaire uninominal à un tour sur l'équilibre des intérêts régionaux à la Chambre des communes et envisageaient en premier lieu une forme quelconque de vote parallèle⁷¹. L'objectif principal derrière ces propositions était de renforcer les contrôles intra-institutionnels en ajoutant des « sièges provinciaux » à la Chambre des communes, c'est-à-dire des sièges qui auraient été pourvus non pas par des circonscriptions uninominales, mais par une méthode alternative permettant d'assurer une représentation provinciale. Le but général de ces propositions était d'établir un plus fort degré de proportionnalité entre la répartition des sièges remportés par chaque parti au sein d'une région d'un côté, et leur part respective de suffrages populaires de l'autre.

L'effet potentiel d'une réforme électorale sur les contrôles intra-institutionnels au Parlement est difficile à estimer. Les systèmes électoraux génèrent des effets psychologiques et mécaniques qui interagissent les uns avec les autres, et dont les conséquences sont difficiles à prédire. De multiples options de réforme sont disponibles dans les deux types principaux de systèmes électoraux (majoritaire et proportionnel) et même de simples modifications techniques peuvent avoir des conséquences colossales imprévues qui ne deviennent visibles qu'après plusieurs élections successives. Le fort degré d'incertitude quant aux conséquences à long terme des réformes électorales rend leur mise en œuvre difficile. Cela étant, les perspectives du second scénario de réforme structurelle du Sénat semblent encore pires.

Si l'on en croit Alan Cairns, les recommandations de réforme sénatoriale peuvent être globalement classées en deux catégories, selon qu'elles cherchent à rendre le gouvernement fédéral plus réceptif aux demandes régionales sans affaiblir en soi le fédéral (ce que l'on nomme le « fédéralisme intra-étatique centralisateur ») ou qu'elles cherchent à doter les gouvernements provinciaux d'un plus grand poids dans l'élaboration des lois fédérales (« fédéralisme intra-étatique provincial »). La seconde option entretient et reconduit le pouvoir des exécutifs provinciaux en les dotant d'un accès formel à la législation fédérale tout en augmentant leur poids dans l'arène fédérale. Pour sa part, la première option cherche avant tout

71. Pour un aperçu des différentes propositions, voir D. SMILEY et R. WATTS, préc., note 20, p. 102 ff.

à augmenter l'attractivité d'Ottawa pour les intérêts régionaux aux dépens des gouvernements provinciaux⁷².

Un certain nombre de propositions dans la ligne du « fédéralisme intra-étatique provincial » (qui s'inspiraient de l'idée de remplacer le Sénat par une Chambre haute semblable au Bundesrat allemand) reçurent un soutien assez large dans les débats sur les réformes des années 1970. Elles ont fait place par la suite à des propositions de réforme en lien plus avec la première option de fédéralisme inter-étatique centralisateur⁷³. De telles suggestions prirent bientôt la forme d'une proposition de Sénat triple E. Après l'échec des Accords de Charlottetown de 1992, les conservateurs d'Harper cherchèrent à mettre en œuvre certains éléments du concept de triple E de manière unilatérale au moyen d'une loi fédérale.

Depuis 2006, plusieurs projets de loi ont cherché à limiter les mandats sénatoriaux, à consulter les électeurs sur les nominations au Sénat ou, dans le cas du projet de loi C-7, à tout simplement faire élire les nominés et nommées. Les renvois de la Cour d'appel du Québec de 2013⁷⁴ et la Cour suprême du Canada de 2014 sur la réforme du Sénat⁷⁵ ont confirmé que modifier le statu quo requerrait soit la formule 7/50, soit le consentement des dix provinces et du Parlement fédéral (dans le cas de l'abolition du Sénat). Du fait de fortes divergences dans les préférences exprimées par les gouvernements provinciaux et les partis politiques fédéraux, la réforme du Sénat s'est historiquement retrouvée prise dans ce que Fritz W. Scharpf nomme le « piège de la prise de décision partagée⁷⁶ ». Un tel piège peut se produire lorsque les décisions au fédéral dépendent de l'approbation des unités aux ordres inférieurs. Le changement institutionnel devient difficile à mettre en œuvre malgré une insatisfaction générale envers le statu quo étant donné que, dans des conditions de préférences hétérogènes, la plupart des acteurs s'attendent tout de même à retirer certains bénéfices de court terme des arrangements institutionnels existants. La seule solution viable pour sortir de ce rare exemple de piège de la prise de décision partagée dans le contexte canadien consisterait probablement à s'éloigner radicalement des essais antérieurs, infructueux. La seule solution viable serait,

72. Alan CAIRNS, « From Interstate to Intrastate Federalism in Canada », document de réflexion pour le compte de l'Institut des relations intergouvernementales, Kingston, Queen's University, 1979, p. 11.

73. D. SMILEY et R. WATTS, préc., note 20, p. 121 ff.

74. *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807.

75. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32.

76. F.W. SCHARPF, préc., note 32.

selon Matthew Mendelsohn, d'atteindre en premier lieu un consensus sur une limitation draconienne des compétences constitutionnelles formelles du Sénat. La logique est simple : tant que le Sénat sera doté d'une autorité constitutionnelle importante, les sénateurs seront en mesure de réactiver ces ressources une fois qu'ils ne seront plus simplement nommés. Par contre, l'anticipation provinciale d'un Sénat renouvelé et potentiellement puissant serait préjudiciable à une réforme institutionnelle en profondeur et déclencherait une résistance. En revanche, un Sénat doté d'une autorité moindre rendrait plus facile l'atteinte d'un consensus sur des questions liées, par exemple, aux mécanismes de sélection, au nombre de sénateurs par province ou aux mandats⁷⁷.

CONCLUSION

Les conflits entre le centre et la périphérie au Canada se sont multipliés et accentués depuis les débuts de la Confédération. L'émergence d'une économie politique territorialement diversifiée et fortement interdépendante grâce à la politique nationale, l'évolution du nationalisme canadien-français ou encore la montée en puissance du Nord ont toutes contribué à l'omniprésence des politiques territoriales. Cependant, et contrairement à d'autres fédérations, l'architecture institutionnelle canadienne n'a doté les intérêts régionaux que de voies d'influences minimales et relativement inefficaces pour intervenir réellement dans les processus décisionnels du centre. C'est particulièrement le cas pour le Parlement fédéral où le Sénat a vu sa pertinence décroître au fil du temps et où les occasions de « prise de parole » régionale sont limitées à des contextes fortement volatils.

Dans le même temps, les fondations constitutionnelles de l'État canadien se sont montrées plus propices à des stratégies de « réaction silencieuse », qui sont venues compenser le manque de mécanismes intra-institutionnels au centre. Dans ce contexte, le cri de ralliement du Parti réformiste, « l'Ouest veut être de la partie », fait exception à la règle. La tendance prédominante dans l'articulation des insatisfactions régionales s'est ancrée dans différentes formes de réaction silencieuse. Du mouvement pour les droits provinciaux de la fin du XIX^e siècle et des tentatives infructueuses de politiques de crédit social de William Aberhart à la Grande Noirceur de Maurice Duplessis ou à la Révolution tranquille de Jean Lesage, les épisodes marquants de

77. Matthew MENDELSON, « A Viable Path to Senate Reform? », *Mowat Publication*, n° 64, mai 2013.

l'histoire politique canadienne démontrent à quel point cette tendance est récurrente.

Comme nous l'avons démontré dans ce chapitre, la prédominance des stratégies de réaction silencieuse par rapport à des stratégies de prise de parole dans la politique territoriale canadienne trouve ses sources dans le processus de structuration politique. D'un point de vue historique comparé, l'AANB consolidait un déséquilibre institutionnel exceptionnel entre les mécanismes inter- et intra-institutionnels, un déséquilibre qui se trouva accentué par une succession d'événements et de développements dans la période post-Confédération. Cette évolution entraîne d'importantes conséquences pour les efforts futurs destinés à renforcer la représentation des intérêts régionaux au fédéral.

L'architecture du fédéralisme et de la démocratie au Canada combine une capacité remarquable à faciliter les évolutions institutionnelles et politiques par l'adaptation à une tendance non moins remarquable à empêcher les réformes institutionnelles, notamment si le but de ces réformes est de rendre les institutions fédérales plus réceptives aux intérêts régionaux. Si l'on en croit les expériences passées, des réformes en profondeur visant à mitiger structurellement le déséquilibre inter/intra-institutionnel sont fort peu susceptibles de se produire. Il semble plus raisonnable de considérer que les occasions permettant aux différentes régions d'exprimer leurs insatisfactions au Parlement resteront contingentes et circonstancielles. Dans un tel contexte, il est fort probable que le fédéralisme canadien restera marqué par des gouvernements forts au fédéral comme au provincial, couplés à des relations intergouvernementales.

Traduction : Benjamin Pillet

CHAPITRE 3

Fédéralisme et fraternité : des arrangements pour un dialogue fédéral dans les institutions centrales du Canada

IAN PEACH

INTRODUCTION : CE QUE LA CONFÉDÉRATION A ENGENDRÉ

La fédération canadienne dessinée par les « pères de la Confédération » entre 1864 et 1867 n'a que timidement démontré son engagement envers le fédéralisme. Ce dernier, dans sa forme canadienne, donc multinationale, aurait dû être bâti sur le principe de la fraternité, ou d'une attitude de soutien mutuel, de « sentiment de camaraderie » et d'amitié, afin d'éviter nombre des conflits qui ont émaillé la politique du pays. Dans ce même ouvrage, Cheryl Saunders affirme avec raison que « les mesures permettant un partage du pouvoir sont presque aussi importantes dans une fédération contemporaine que les modalités visant à préserver l'autonomie », même s'il s'agit d'« un facteur qui ne reçoit pas assez d'attention¹ ». Comme la Cour suprême l'a décrit dans son Renvoi relatif à la sécession du Québec, « le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité² ». Hélas, les institutions centrales canadiennes, et tout particulièrement le Sénat, ont échoué dans ce dessein. Comme Saunders le souligne : « Il est depuis longtemps paradoxal que le Canada constitue l'une des démocraties fédérales les plus efficaces au monde, alors qu'il est dépourvu d'une seconde chambre clairement fédérale, généralement perçue comme un attribut essentiel des arrangements fédéraux³. » Un dialogue sérieux au sujet de la réforme de nos institutions

-
1. Cheryl SAUNDERS, « Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale », dans le présent ouvrage.
 2. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 43.
 3. C. SAUNDERS, préc., note 1.

centrales comprenant le remplacement de notre actuel Sénat tout à fait au sommet de son agenda est plus nécessaire pour que nos institutions fédérales reflètent véritablement l'évolution du Canada vers une démocratie fédérale *effective*. Alors que la réforme du Sénat s'est avérée extrêmement complexe dans l'histoire du Canada, on peut imaginer une stratégie prometteuse pour moderniser nos institutions de gouvernance fédérales. Je proposerai une telle stratégie à la considération du lecteur.

Il y avait une tension quant au fait que le nouveau pays que constituerait le Canada devrait ou non refléter pleinement le principe fédéral et poursuivre un chemin pavé par la fraternité et le dialogue dans le façonnage des politiques nationales, ou bien se diriger vers une forme étatique quasi unitaire. Cette tension survient d'ailleurs dès le début des discussions sur la Confédération des colonies britanniques d'Amérique du Nord et a perduré jusqu'à nous. Pour plusieurs des délégués aux conférences qui bâtirent la fédération canadienne, et particulièrement ceux provenant de ce qui serait ensuite connu sous le nom de Canada-Ouest, une union législative des colonies britanniques d'Amérique du Nord était la solution idéale. Du fait de vues divergentes parmi certains des délégués, toutefois, une certaine forme de fédéralisme était perçue comme un compromis afin d'assurer l'établissement de la Confédération. Peter Hogg et Wade Wright notent que les politiciens canadiens-anglais du centre du Canada avaient une inclination pour la forme hautement centralisée du gouvernement du Royaume-Uni et préféraient un gouvernement central fort. Les politiciens canadiens-français, quant à eux, étaient parfaitement conscients de ce qu'ils seraient une minorité dans le nouveau Parlement du Canada, mais qu'ils contrôlèrent la législature de la nouvelle province du Québec. Par conséquent, ils insistèrent pour que la législature provinciale soit dotée de suffisamment de pouvoir pour assurer la sauvegarde de la langue française et de la culture, le droit civil et la religion catholique romaine du Québec⁴.

Le 16 février 1865, Antoine-Aimé Dorion, le chef du Parti rouge au Canada-Est, déclarait à l'Assemblée du Canada :

Je demande s'il y a quelque membre du Bas-Canada d'extraction française qui soit prêt à voter pour une union législative [...]. Le gouvernement britannique est prêt à accorder de suite une union fédérale et, lorsqu'elle aura eu lieu, l'élément français se trouvera complètement écrasé par la

4. Peter HOGG et Wade K. WRIGHT, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism », *UBC Law Review*, vol. 38, n° 2, 2005, p. 329.

majorité des représentants anglais. Qui empêchera alors le gouvernement fédéral de faire passer une série de résolutions, comme on le fait aujourd'hui pour les résolutions qui sont devant la chambre – sans les soumettre au peuple – demandant au gouvernement impérial de mettre de côté la forme fédérale de gouvernement et de nous donner, pour la remplacer, une union législative⁵ ?

Moore note qu'au printemps 1864, quand George Brown soulevait l'idée d'une fédération au Parlement du Canada, John A. Macdonald la balayait d'un revers de main, estimant que « nous devrions avoir une union législative, dans les faits, en principe et en pratique ». Lorsque Brown demandait s'il s'agissait là de la politique défendue par le gouvernement de Macdonald et Cartier, ce dernier répondait avec un air ombrageux, comme le décrit Moore : « Ce n'est pas ma politique⁶. »

De même, l'opposition à l'union législative existait dans les colonies maritimes, puisque leurs politiciens craignaient pour la survie de leurs traditions et leurs institutions locales. Ils tenaient dans une certaine mesure à maintenir leur indépendance, en insistant pour que leurs législatures soient dotées de suffisamment de pouvoir pour réguler leurs affaires plus ou moins comme ils l'avaient fait avant la Confédération⁷. Joseph Howe considérait la Confédération comme un procédé illégitime et même inconstitutionnel qui transférerait les droits des Néo-Écossais vers un gouvernement responsable essentiellement devant les peuples du Canada-Est et du Canada-Ouest⁸. Cependant, l'espoir de certains délégués aux conférences était qu'une fédération ne soit finalement qu'une étape temporaire vers une union législative, ou un État unitaire.

Ce qui influença en partie la pensée des pères de la Confédération sur le fédéralisme était le fait que, lorsqu'ils commencèrent à discuter de l'idée d'une union des colonies britanniques d'Amérique du Nord, la guerre civile américaine était toujours en cours. Cette guerre avait débuté à cause du mouvement « pour les droits des États », que les délégués britanniques nord-américains voyaient comme la conséquence de la fédération lâche dotée d'un gouvernement faible, établie par la Constitution américaine. À l'occasion de la Conférence de Québec du 11 octobre 1864,

5. Janet AJZENSTAT, Paul ROMNEY, Ian GENTLES et William D. GAIRDNER (dir.), *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 340.

6. *Ibid.*, p. 143.

7. *Ibid.*

8. Christopher MOORE, *1867: How the Fathers Made a Deal*, Toronto, McClelland & Stewart, 1997, p. 180.

John A. Macdonald affirmait que « nous devons avoir un gouvernement central fort, disposant de toute l'autorité, à l'exception de celle qui est accordée aux gouvernements locaux dans chaque province, pour éviter les erreurs de la Constitution américaine⁹ ».

Dans un banquet organisé à Toronto en novembre 1864 pour les délégués de la conférence de Québec, George Brown commentait :

Il y a un point sur lequel je souhaite spécifiquement attirer votre attention. Je veux parler du fait que, dans le façonnage de notre constitution, nous avons soigneusement échappé à ce qui s'est avéré être un grand tort des États-Unis ; j'entends par là la reconnaissance du pouvoir souverain inhérent aux États, ayant pour conséquence la collision de l'autorité entre les gouvernements général et des États ce qui, dans des temps d'expérimentation tel que celui que nous connaissons, entrave gravement l'efficace administration des affaires publiques¹⁰.

Cette dynamique entre les délégués aux conférences de la Confédération et les intérêts du bureau des Colonies¹¹ a achoppé du texte de la Constitution canadienne, assurant au gouvernement central un certain

9. *Ibid.*, p. 133

10. Hon. Edward WHELAN, *A Brief Account of the Several Conferences Held in the Maritime Provinces and in Canada, in September and October, 1864, on the Proposed Confederation of the Provinces, Together with a Report of the Speeches Delivered by the Delegates from the Provinces on Important Public Occasions*, Summerside, Pioneer Publishing, 1949, p. 196 et 197.

11. Le secrétaire colonial Edward Cardwell, dans une lettre au gouverneur général Monck du 3 décembre 1864, déclarait que, « bien que l'intention soit de conférer de larges pouvoirs législatifs aux corps locaux, le principe de contrôle par le centre est maintenu. On ne saurait surestimer l'importance de ce principe. Son maintien est essentiel à l'efficacité pratique du système – et à son fonctionnement harmonieux ». Voir G.P. BROWNE (dir.), *Documents on the Confederation of British North America*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 169. Il est aussi intéressant que Moore trouve le bureau des Colonies « suspect » au sujet du fédéralisme et commente qu'ils « ont rédigé un projet de loi qui brisait imprudemment les accords de Québec en vue de renforcer le pouvoir du centre ». Il décrivait également les officiels de Londres comme étant « obtus » au sujet des réalités politiques qui rendaient le fédéralisme nécessaire, ajoutant que, « s'attendant à ce que les colons fassent preuve de déférence, non de direction, ils ont largement ignoré la division des pouvoirs élaborée dans les résolutions de Québec lorsqu'ils commencèrent à rédiger un texte pour l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ». Lord Carnarvon, le successeur de Cardwell en tant que secrétaire colonial, toutefois, comprenait que des changements aux résolutions de Québec pour centraliser le pouvoir dans les mains du gouvernement fédéral pouvaient uniquement être effectués avec l'assentiment des délégués britanniques nord-américains ; c'est pourquoi il ne tint pas compte de l'avis de ses conseillers. Voir C. MOORE, préc., note 8, p. 236 et 237.

nombre de juridictions et de pouvoirs permettant d'affecter le gouvernement des provinces, ainsi que la faculté de limiter la voix des provinces en tant qu'unités constitutives de la fédération parmi ses institutions. Cette approche de la gouvernance « fédérale » était assurément sans grand rapport avec le principe de fraternité. Un tel résultat n'était pas universellement populaire. À l'Assemblée législative du Canada le 16 février 1865, Antoine-Aimé Dorion affirmait :

La confédération que je demandais était une confédération réelle, donnant les plus grands pouvoirs aux gouvernements locaux, et seulement une autorité déléguée au gouvernement général – différant totalement sous ce rapport de celle qui est aujourd'hui proposée, et qui donne tous les pouvoirs au gouvernement central, en réservant aux gouvernements locaux le moins de liberté d'action possible¹².

La fédération canadienne qui fut dessinée ne disposait ni des institutions propres à un fédéralisme interétatique (l'inclusion formelle des gouvernements provinciaux dans les décisions concernant la gouvernance nationale) ni de celles qui étaient nécessaires à un fédéralisme intraétatique (la représentation directe des gouvernements des entités constitutives, ou au moins de leurs intérêts, dans les institutions du gouvernement central). Il en allait ainsi du Sénat, qui était structuré de manière à représenter les intérêts des entités constitutives de la fédération, alors que l'équilibre des pouvoirs était biaisé en faveur du gouvernement central. Par exemple, le gouvernement fédéral disposait de l'autorité générale (ou résiduaire) de « légiférer, pour la paix et l'ordre du Canada ainsi que pour son bon gouvernement, en toute matière non comprise dans les domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces », ainsi que de la primauté sur toute loi provinciale contraire¹³. De même, le gouverneur général a le pouvoir – qu'il n'emploie certes plus depuis longtemps – de réserver l'assentiment royal sur une loi provinciale ou de désavouer cette loi, et les lieutenants-gouverneurs sont nommés par le gouverneur général sur la recommandation du cabinet fédéral, et non par le monarque sur recommandation du gouvernement britannique¹⁴.

12. J. AJZENSTAT, p. ROMNEY, I. GENTLES et W.D. GAIRDNER (dir.), préc., note 5, p. 295.

13. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 ; *The Grand Trunk Railway Company of Canada v. The Attorney General for the Dominion of Canada*, [1907] AC 65, par. 68.

14. En effet, dans la version préliminaire de l'AANB du 23 janvier 1867, la section sur les lieutenants-gouverneurs introduisait ce que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de lieutenants-gouverneurs surintendants, certainement pour indiquer clairement qu'ils n'avaient pas vocation à représenter la reine dans les provinces – au contraire du gouverneur général à Ottawa. Voir G.P. BROWNE (dir.), préc., note 11, p. 256.

Les archives historiques tendent à indiquer que John A. Macdonald avait l'intention de subordonner les lieutenants-gouverneurs – et par extension des gouvernements provinciaux – au gouvernement fédéral. Ainsi s'exprimait-il à l'Assemblée législative du Canada le 6 février 1865 :

Quant aux gouvernements locaux, il est prescrit que chacun aura pour chef un officier exécutif nommé par le gouvernement général. Comme nous devons former une province unie, avec des gouvernements locaux et des législatures subordonnés au gouvernement fédéré et à la législature générale, il est opportun que le chef exécutif de chaque section soit également subordonné à l'exécutif principal de toute la confédération. Envers les gouvernements locaux, le gouvernement général occupera exactement la même position que le gouvernement impérial occupe actuellement à l'égard des colonies¹⁵.

Quant au Sénat, bien qu'il puisse être une institution clef pour appuyer le fédéralisme et l'idée de fraternité parmi les entités constitutives de la fédération comme seconde chambre du Parlement central, il n'a hélas jamais joué un tel rôle¹⁶. Dans cet ouvrage, Cheryl Saunders souligne que

[le] rôle fédéral d'une seconde chambre, qui s'exerce dans l'optique du partage du pouvoir, peut être largement symbolique ou être à la fois symbolique et fonctionnel. Le symbolisme est vraisemblablement assuré par la participation des unités constituantes, agissant en leur qualité d'unités, dans la composition de la chambre fédérale. Cela se produit lorsqu'un ou plusieurs des organes de gouvernement des unités constituantes jouent un rôle dans la sélection des membres de la chambre fédérale ou lorsque les unités sont utilisées en tant que circonscription de base au sein de laquelle des élections à suffrage direct ont lieu. Un tel symbolisme peut également avoir une dimension substantielle, si la participation des unités assure une représentation des

15. J. AJZENSTAT, p. ROMNEY, I. GENTLES et W.D. GAIRDNER (dir.), préc., note 5, p. 284. Whitcomb affirme que « la bataille continue [de John A. MacDonald] pour un gouvernement unitaire » l'a conduit à proposer que seul le gouvernement fédéral soit élu démocratiquement ; par conséquent, les pouvoirs que les colonies avaient arrachés aux lieutenants-gouverneurs avec le gouvernement responsable en 1848 seraient revenus à ces derniers qui, bien entendu, auraient été nommés par le gouvernement fédéral. Cela, dans les faits, aurait fait des provinces rien de plus que des colonies du gouvernement central. En réponse, Charles Fisher du Nouveau-Brunswick a introduit une motion à la conférence de Québec qui établissait que les deux ordres gouvernement seraient élus démocratiquement. Voir Ed WHITCOMB, *Rivals for Power: Ottawa and the Provinces: The Contentious History of the Canadian Federation*, Toronto, James Lorimer and Company, 2017, p. 36.

16. Moore souligne que les débats sur le Sénat ont été les plus longs de la Conférence de Québec, et ceux qui ont le plus rapproché des délégués d'un échec. Utilement, on notera que ce fut également le cas des négociations de Charlottetown en 1992.

unités plus large dans le corps législatif central qu'il n'en aurait été autrement¹⁷.

Une partie du problème du Sénat canadien vient du fait que les sénateurs sont nommés – à l'origine à vie – sur recommandation du premier ministre, de telle manière que les nominations au Sénat sont devenues une occasion de favoritisme. À la Conférence de Londres du 13 décembre 1866, W.P. Howland affirmait : « Ma solution [au problème d'un Sénat dépourvu de caractère fédéral] serait de limiter le mandat des sénateurs et d'en confier la nomination aux législatures locales. Nous aurions alors un véritable Parlement fédéral. Celui dont nous disposons est une anomalie; il ne fonctionnera pas et ne peut être reconduit¹⁸. »

De même, les provinces comme entités constitutives de la fédération ne sont pas représentées de manière égale au Sénat. Ainsi, la voix et l'influence des provinces maritimes étaient structurellement moindres que celles des provinces du centre du Canada. Saunders pointe d'ailleurs que, « [d]ans une perspective comparée, le Sénat canadien est inhabituel, dans la mesure où il représente des régions plus étendues plutôt que des provinces, et ce, dans des proportions difficilement justifiables dans les conditions actuelles¹⁹ ».

Tout cela suggère que, malgré la description que la Cour suprême du Canada effectue, selon laquelle « un des buts primordiaux [du Sénat] était d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale²⁰ », la Chambre haute n'a pas été particulièrement conçue de manière à être une chambre effective, permettant un fédéralisme intraétatique et fournissant un lieu pour le dialogue fédéral et la fraternité parmi les entités constitutives de la fédération. Christopher Dunkin observait à l'Assemblée législative du Canada le 27 février 1865 qu'

[i]l y a une sorte de tentative visant à empêcher que sa composition s'établisse sur la base d'une représentation fondée sur la population. Et c'est à peu près le seul principe que je puisse trouver en elle... À mesure que les postes se libèrent, ils doivent être pourvus tel qu'on nous le dit – et c'est la chose la plus étrange d'entre toutes – non par les législatures provinciales, non plus que par aucune autorité ou sous quelque influence relevant de quelque

17. C. SAUNDERS, préc., note 1.

18. G.P. BROWNE (dir.), préc., note 11, p. 212.

19. C. SAUNDERS, préc., note 1.

20. *Renvoi relatif à la Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1979] 1 R.C.S. 54, par. 56.

manière de l'échelon local, mais davantage par le gouvernement général. Et cela est la caractéristique fédérale de notre système! [...] Il est admis que les provinces ne figurent pas vraiment dans les préoccupations fédérales usuelles au Conseil législatif [Sénat]²¹.

Comme Whitcomb l'affirme, la nomination des sénateurs par le gouvernement fédéral assure que le Sénat sera « un écho de la Chambre des communes, plutôt qu'une puissante voix s'élevant des provinces et des régions²² ».

Alors qu'il était conçu tout au plus comme un État quasi fédéral, le Canada est devenu une véritable fédération dans laquelle les gouvernements fédéral et provinciaux sont de statut comparable. Aux yeux de certains, il s'agit même d'une fédération décentralisée grâce à l'interprétation judiciaire généreuse de la division des pouvoirs contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*; en particulier par le Comité judiciaire du Conseil privé britannique, dernière Chambre d'appel du Canada jusqu'en 1949.

En tant que premier ministre de l'Ontario de 1872 à 1896, Oliver Mowat a défendu le fédéralisme et les droits provinciaux dans l'arène politique – aux côtés d'Honoré Mercier après que ce dernier fut devenu premier ministre du Québec en 1887 – face aux tentatives incessantes de John A. Macdonald d'affaiblir les gouvernements des provinces. Mowat et Mercier affirmaient que les provinces étaient souveraines dans leurs aires de compétence, et non subordonnées au gouvernement fédéral²³. Comme Moore l'a commenté, Mowat a remporté une série de victoires retentissantes devant le Comité judiciaire qui « ont établi pour de bon les provinces comme des partenaires importants dans la Confédération²⁴ ». Par des jugements rendus à la fin du XIX^e siècle tels que *Hodge v. the Queen*²⁵, *The Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*²⁶, et *Ontario (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*²⁷, le CJCP a établi l'indépendance des

21. J. AJZENSTAT, p. ROMNEY, I. GENTLES et W.D. GAIRDNER (dir.), préc., note 5, p. 306 et 307.

22. E. WHITCOMB, préc., note 15, p. 36.

23. C. MOORE, préc., note 8, p. 116.

24. *Ibid.*, p. 127.

25. *Hodge v. the Queen*, [1883] 9 AC 117.

26. *The Liquidators of the Maritime Bank of Canada*, [1892] AC 437.

27. *Ontario (Attorney General) v. Canada (Attorney General)* [the *Local Prohibition Reference*], [1896] AC 348.

gouvernements provinciaux envers le gouvernement fédéral, faisant par là même du Canada un État véritablement fédéral.

Les réalisations du Comité judiciaire en ce sens, quoique significatives, étaient limitées cependant, car aucune institution judiciaire ne dispose du pouvoir de réécrire le texte constitutionnel au motif qu'il contrevient aux principes censés l'animer. Ainsi, malgré son apparente disposition à interpréter la *Loi constitutionnelle de 1867* suivant le principe fédéral, il nous a laissé un Sénat conçu la même année. Plusieurs de ses concepteurs ne voulaient pas voir le Canada se développer au-delà d'un pays quasi fédéral ou temporairement fédéral. Par conséquent, son Sénat a en premier lieu représenté des intérêts partisans plutôt que des intérêts témoignant de sa vocation fédérale, et a échoué à fournir un forum permettant le dialogue des entités qui le composent.

ÉVALUER LE SÉNAT PAR RAPPORT AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA CONSTITUTION

Dans son Renvoi relatif à la sécession du Québec, la Cour suprême a décrit quatre principes non écrits qui se trouvent aux fondements de notre constitution : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la règle de droit, et la protection des minorités²⁸. Puisqu'il s'agit là des principes essentiels que nos dispositifs constitutionnels sont censés faire valoir, il est raisonnable de déterminer la valeur de nos institutions à leur lumière. Les institutions politiques fédérales n'ont pas chacune à répondre aux quatre principes fondamentaux cumulativement, mais il est raisonnable de considérer que toutes les institutions devraient au moins se confronter favorablement à l'un d'entre eux sans diminuer, par là même, l'importance des autres. On peut tout à fait imaginer une seconde chambre qui incarnerait chacun de ces quatre principes. Le Sénat n'en épouse aucun²⁹.

La conception du fédéralisme de la Cour suprême, envisagée comme le mécanisme politique par lequel la diversité peut être conciliée à l'unité, aurait dû être au cœur de l'édification du Sénat. En tant que chambre dont

28. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 49.

29. Bien entendu, cela ne revient pas à dire que les sénateurs, pris individuellement, n'ont démontré aucune volonté d'user de leur position pour aiguiller la gouvernance canadienne vers des directions telles que celles du respect pour les principes fédéral, de démocratie et de protection des minorités. La structure du Sénat, comme institution, ne répond cependant à aucun de ces principes de notre constitution, décrits par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec.

les membres sont nommés – et non élus –, le Sénat n'a jamais été conçu pour contribuer à l'avancement du principe démocratique figurant parmi nos fondamentaux constitutionnels. Sa structure ne sert pas davantage le principe de protection des minorités, sinon par le mécanisme réclamant que les sénateurs du Québec résident dans des régions particulières de la province et représentent ces régions, de telle manière que la minorité anglophone du Québec soit représentée au Sénat; c'est bien peu³⁰.

Comment notre Sénat actuel se confronte-t-il à l'idéal de conciliation de l'unité et de la diversité? En deux mots: terriblement mal. On peut raisonnablement qualifier d'idéaliste la description qu'en faisait la Cour suprême du Canada en 2014, estimant qu'« il assure une forme distincte de représentation des régions qui s'étaient jointes à la Confédération et qui, ce faisant, avaient cédé une partie importante de leurs pouvoirs législatifs au nouveau Parlement fédéral », et que « chaque région obtenait un nombre égal de représentants au Sénat, peu importe sa population [afin d']assurer aux régions que leurs voix continueraient de se faire entendre dans le processus législatif, même si elles devenaient minoritaires au sein de l'ensemble de la population canadienne³¹ ».

Comme différents scandales nous l'ont rappelé ces dernières années, les sénateurs ne représentent pas tant les intérêts de la province qu'ils sont en théorie censés représenter par suite de leur nomination, que ceux du premier ministre qui la recommande au gouverneur général. En effet, dans les cas de Mike Duffy et de Pamela Wallin, la constitutionnalité de leurs désignations respectives pour représenter l'Île-du-Prince-Édouard et la Saskatchewan pose grandement question, puisqu'aucun n'avait été résident à temps plein de ces provinces depuis des décennies, étant tous deux établis comme journalistes à Ottawa³². Si avancer le principe fédéral

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 22; voir également *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 92.

31. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 30, par. 15.

32. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire relevant à proprement parler du droit constitutionnel, le concept de résidence a été défini pour le besoin de la *Loi sur l'impôt sur le revenu*, dans le jugement de la Cour suprême *Thomson v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209. À cette occasion, J.J. Estey définissait un individu comme un « résident ordinairement » dans « le lieu où, dans la routine établie de sa vie, il demeure régulièrement, normalement ou de manière habituelle » (p. 231). Et Rand J. définissait de manière semblable un « résident ordinairement » comme lié au « lieu de résidence où s'établit le mode de vie habituel de la personne concernée » (p. 224). Il est difficile d'imaginer que, suivant cette définition, Mike Duffy ou Pamela Wallin puissent être considérés comme résidents respectivement de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Saskatchewan, au moment de leur nomination au Sénat.

et le dialogue fédéral au sein de nos institutions de gouvernement est la principale raison pour disposer d'un Sénat, ce qui semble être le cas, alors le Sénat d'aujourd'hui ne peut pas justifier de son existence.

TENTATIVES DE RÉFORME DU SÉNAT DEPUIS 1867 : L'ÉCHEC DE LA FÉDÉRALISATION DE NOS INSTITUTIONS

Tandis que la Cour suprême du Canada décrivait le Sénat comme jouant « un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral créé par l'Acte [de l'Amérique du Nord britannique]³³ », les critiques selon lesquelles le Sénat ne prenait pas adéquatement en compte les intérêts des provinces et ne parvenait pas à favoriser le dialogue fédéral dans les institutions centrales ainsi que les – maigres – efforts consentis par le Sénat pour corriger ces défauts ont été une source presque intarissable de discours politiques et de tracas depuis presque aussi longtemps qu'existe la Confédération. En 2014, la Cour suprême du Canada décrivait le Sénat comme l'« une des institutions politiques fondamentales du Canada », se trouvant « au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne. Elle soulignait cependant que, « depuis ses premières séances, des voix se sont élevées pour réclamer sa réforme et même, parfois, son abolition³⁴ ». La première tentative visant à réformer le Sénat date de 1874, lorsque le député David Mills proposa devant la Chambre des communes que les sénateurs soient nommés par les gouvernements provinciaux³⁵. Lors de la conférence interprovinciale de 1887, le premier ministre de l'Ontario Oliver Mowat avança à son tour une résolution réclamant que la moitié des sénateurs soient désignés par les provinces³⁶. Ce furent les débuts d'une série de tentatives récurrentes au cours des deux siècles qui suivirent, visant à réformer le Sénat de telle sorte qu'il soit plus légitime et réponde mieux aux attentes fédéralistes, pour en faire une institution qui refléterait l'idée d'un fédéralisme conçu à l'aune de la fraternité.

Les premières tentatives concernaient la réforme éventuelle du processus de nomination en 1906 et 1909³⁷. La réforme du Sénat était

33. *Renvoi relatif à la Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 20, par. 66.

34. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 30, par. 1.

35. Rhonda PARKINSON, « Senate Reform in Canada: The Battle to Reform Canada's Upper Chamber », *Mapleleafweb*, 25 septembre 2003.

36. E. WHITCOMB, préc., note 15, p. 91.

37. R. PARKINSON, préc., note 35.

également l'objet de discussions à la Dominion-Provincial Conference de 1927³⁸. Au cours de décennies plus récentes, des démarches ont été entreprises pour intégrer les provinces au processus de nomination des sénateurs. Il en allait ainsi du projet de loi C-60, en 1978, qui aurait fait du Sénat une Chambre de la fédération, avec une représentation quasiment égale entre les provinces, les gouvernements provinciaux nommant la moitié des délégués, et la Chambre des communes la seconde moitié³⁹. Il y eut également différentes propositions de réformes suivant le modèle du Bundesrat allemand, telles que celle qui a été avancée en 1976 par le gouvernement de la Colombie-Britannique, par le Comité consultatif sur la Confédération de l'Ontario en 1978 ou encore par le Groupe de travail (*Task Force*) sur l'unité canadienne (la commission Pépin-Robarts). Chacune d'elles prévoyait en effet que des délégués soient nommés par les gouvernements provinciaux⁴⁰.

Plus tard, l'élection des sénateurs devait occuper le cœur des tentatives de réforme du Sénat, notamment dans les propositions du Comité spécial mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la réforme du Sénat (comité Molgat-Cosgrove) en 1984, de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (commission Macdonald) de 1985, du comité spécial de l'Alberta la même année, selon la formule du « triple E » (égaux, élus, efficaces) puis de l'Entente de Charlottetown de 1992 (voir plus loin)⁴¹. Toutes ces tentatives se sont toutefois révélées infructueuses, et le Sénat de 1867 n'a pas connu de réforme en profondeur; ni dans la représentation des provinces ni dans le mode de désignation des sénateurs. Suite à une décision récente de la Cour suprême du Canada, il est désormais plus ardu de réformer le Sénat afin d'en faire une institution inscrite dans le principe fédéral, ou bien d'envisager de l'abolir⁴². Il est ironique que cet obstacle résulte de la formule d'amendement adoptée en 1982, formule établie sur

38. *Ibid.*

39. *Ibid.* Voir également Jack STILBORN, *Senate Reform Proposals in Comparative Perspective*, Ottawa, Library of Parliament, 1992, p. 2 et 3; Jay MAKARENKO, « Senate Reform in Canada », *Mapleleafweb*, 1^{er} octobre 2006.

40. R. PARKINSON, préc., note 35; J. STILBORN, préc., note 39, p. 3; J. MAKARENKO, préc., note 39.

41. J. STILBORN, préc., note 39, p. 3; J. MAKARENKO, préc., note 39; *Charlottetown Accord draft legal text*, 9 octobre 1992, [En ligne], [www.efc.ca/pages/law/cons/Constitutions/Canada/English/Proposals/CharlottetownLegalDraft.html].

42. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 30, par. 3.

des fondements fédéralistes et vouée à réclamer qu'un dialogue fédéral s'établisse préalablement à toute réforme constitutionnelle.

La nécessité pour le Canada de devenir un État fédéral véritablement fonctionnel et articulé intégrant les voix de ses différentes entités constitutives demeure et s'est même renforcée depuis 1874. Pourtant, nous avons sans cesse échoué à réformer le Sénat afin d'en faire une chambre fédérale intraétatique. Ce bilan indique que, pour réussir la prochaine tentative d'établir le fédéralisme – et le dialogue qui l'accompagne – au sein de notre architecture constitutionnelle et institutionnelle, une nouvelle stratégie s'impose.

ET APRÈS ? UNE NOUVELLE STRATÉGIE POUR BÂTIR LE FÉDÉRALISME DANS LES INSTITUTIONS CENTRALES DE NOTRE GOUVERNEMENT

Si le Sénat ne parvient pas même à contribuer à la protection et à l'avancement du moindre des principes fondamentaux de la Constitution, on peut se demander ce qu'il serait raisonnable de faire du Sénat, et si l'on doit même se soucier de le conserver. Je proposerai une solution en trois temps pour résoudre le problème que constitue le Sénat canadien. Dans un premier temps, je suggérerai que le premier ministre introduise une résolution visant à amender la Constitution pour *abolir le Sénat*. Le texte de cette résolution pourrait être d'une simplicité élémentaire: «que les sections 21 à 36 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que toutes les autres dispositions référant au Sénat soient abrogées». Le point positif dans la décision de la Cour suprême du Canada⁴³ consiste dans le fait que, sous la formule d'amendement constitutionnel requérant l'aval du Parlement et des législatures des dix provinces, les résolutions visant à amender la Constitution n'expirent pas, à l'inverse de la formule générale dite du 7/50 – la résolution ouvrant un délai de trois ans pour être atteindre le seuil requis⁴⁴. Bien sûr, il serait préférable que l'abolition du Sénat fasse l'objet d'un certain engouement, notamment si le premier ministre devait chercher à obtenir l'accord des provinces qui ont indiqué leur appui à l'abolition du Sénat, de sorte que les résolutions soient présentées en même temps à la Chambre des communes.

43. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 30, par. 110.

44. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 39 (2) et 41.

Aussi, il faut rappeler que le Sénat ne peut mettre son veto à une résolution proposant un amendement constitutionnel qui promettait l'abolition de la Chambre haute. Car bien que le Sénat puisse, sous l'empire de la section 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, faire échec à une telle résolution et la renvoyer à la Chambre des communes, une proclamation visant à amender la Constitution peut être effectuée si la Chambre des communes adopte à nouveau la résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours après sa première adoption⁴⁵. Ce faisant, le Sénat ne peut se prémunir contre la volonté de la chambre élue et des législatures provinciales.

L'introduction d'un seul amendement constitutionnel visant à abolir le Sénat remettrait en cause la position binaire qui existe actuellement, voulant que toute proposition d'amendement constitutionnel ouvre inévitablement la boîte de Pandore d'une méta-réforme. Étant donné le coût politique des tentatives de méta-réformes constitutionnelles qui ont précédé – nommément dans le cadre de l'Accord du lac Meech et de l'Entente de Charlottetown –, la sagesse politique canadienne recommande d'éviter toute initiative en ce sens. Cette crainte de la classe politique canadienne nous lie pieds et poings à une constitution et aux institutions en émanant, qui peuvent toutefois ne plus être perçues comme légitimes par les gouvernés. Si le Canada veut véritablement se voir comme une communauté politique autodéterminée – ce qui fut au cœur de la promesse contenue par le rapatriement de 1982 –, nos *leaders* politiques doivent être prêts à considérer cette réforme comme une nécessité incontournable en vue d'atteindre un objectif de politique publique, et à aborder la modification constitutionnelle de cette façon, par exemple en proposant un seul amendement pour abolir le Sénat. À la suite du rejet par le premier ministre fédéral Justin Trudeau de la proposition de Philippe Couillard, alors premier ministre du Québec, d'amender la Constitution dans un futur relativement proche pour finalement obtenir l'assentiment du Québec sur le texte, le premier ministre ontarien Bob Rae rétorquait : « La Constitution est une chose vivante. Dans un document vivant. Il ne s'agit pas d'un morceau de papier amorphe. La Constitution porte sur la façon dont nous vivons

45. *Ibid.*, art. 47.

ensemble en tant que Canadiens ; et c'est une conversation à laquelle aucun de nous ne souhaite mettre un terme⁴⁶. »

Néanmoins, pourquoi proposerait-on l'abolition plutôt que la réforme du Sénat ? Il serait certainement plus aisé de réformer le Sénat de manière à lui permettre de mieux garantir le principe du fédéral, et peut-être même de soutenir quelques-uns des autres principes de la Constitution – tel le principe démocratique. Cela serait d'autant plus assuré que les amendements constitutionnels pour réformer le Sénat ne nécessiteraient l'assentiment que de sept provinces représentant cinquante pour cent de la population – tandis que l'abolition du Sénat exigerait un accord unanime des provinces⁴⁷. C'est là qu'intervient mon expérience, lors de la dernière tentative de négocier une série de modifications visant à réformer le Sénat. Cette expérience suggère qu'il n'est sans doute pas aussi facile de parvenir à un accord partiel sur la réforme du Sénat qu'à un accord unanime sur son abolition.

En effet, lors des négociations qui ont mené à l'Entente de Charlottetown de 1992, la réforme du Sénat s'est distinguée comme l'enjeu auquel le compromis était le plus difficile à obtenir. Ce fut d'ailleurs le dernier point qui retint l'accord des ministres et premiers ministres qui participaient aux négociations, et le résultat de cet accord a très sérieusement nui à la carrière politique de plus d'un d'entre eux. Cela a notamment valu au premier ministre de la Colombie-Britannique le sobriquet de « Premier Bonehead » dans les médias et auprès de la population de sa

46. Catharine TUNNEY, « “Constitutions are never closed” says former Ontario premier Bob Rae », *CBC News*, 3 juin 2017, [En ligne], [www.cbc.ca/news/politics/bob-rae-constitution-debate-quebec-justin-trudeau-1.4143134].

47. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 30, par. 70, 82 et 110. J'ajoute, en passant, qu'il me semble que la Cour suprême avait tort d'en arriver à cette conclusion. Une interprétation téléologique du texte de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* (sur la formule d'amendement) qui tiendrait compte, en partie, de l'historique de la façon dont la formule d'amendement a été élaborée donnerait à penser que ladite formule relevait du fédéralisme. L'inclusion de renvois précis au Sénat dans la formule d'amendement visait à préciser comment « la volonté du Parlement » serait déterminée dans le processus d'amendement lorsque le Parlement est bicaméral, plutôt qu'à assurer la protection ultime du Sénat en rendant nécessaire l'abolition unanime par les provinces. Par conséquent, je soutiens qu'il ne serait pas nécessaire de modifier le texte de la formule d'amendement après l'abrogation de la disposition relative au Sénat dans la *Loi constitutionnelle de 1867* selon la formule générale. Les renvois au Sénat dans la formule d'amendement seraient simplement des dispositions relatives aux dépenses. Cette discussion dépasse toutefois le cadre du présent document.

province⁴⁸. En fait, à la fin du processus, alors que seules neuf des dix provinces étaient présentes – le Québec ayant refusé de participer aux négociations dans l'attente d'une « offre » du « reste du Canada » –, un premier ministre participant aux négociations – frustré par l'absence de progrès en vue d'un accord sur la réforme du Sénat – demanda aux délégués rassemblés qui d'entre eux serait prêt à abolir purement et simplement le Sénat, au lieu de continuer à chercher un compromis qui satisfèrait chacune des parties. Sept des neuf se manifestèrent en ce sens. En 1992, le Canada s'est approché plus qu'il ne l'avait jamais fait d'une abolition de la chambre haute, avec un plus grand appui à l'abolition (proche de l'unanimité) qu'il n'y en avait eu pour toute suggestion de réforme à ce stade des négociations.

Le compromis qui fut atteint lors des négociations ayant donné lieu à l'Entente de Charlottetown ne répondait pas aux attentes de ceux qui visaient une réforme conforme aux principes contenus dans la formule du « triple E ». Tandis qu'il contenait l'égalité de représentation des provinces – sauf le cas où un territoire devenait une province –, il permettait à chaque gouvernement de décider des modalités de désignation des sénateurs qui représenteraient leur province, plutôt que d'exiger qu'ils soient élus. Ce compromis comprenait aussi un mécanisme d'une grande complexité visant à débloquer la situation en cas de désaccord entre la Chambre des communes et le Sénat sur un texte législatif. Il était conçu de manière à empêcher que le Sénat puisse s'opposer à la volonté de la Chambre des communes⁴⁹. Aussi, en compensation d'une représentation provinciale égale, mais où certains sénateurs seraient nommés tandis que d'autres seraient élus, les premiers ministres s'entendirent pour que le niveau de représentation du Québec soit préservé, de manière à lui garantir une surreprésentation à la Chambre des communes par rapport à ce que la formule de la « représentation selon la population » recommanderait, aux dépens des autres provinces et notamment de la Colombie-Britannique⁵⁰. C'est notamment à cette concession que le premier ministre Harcourt doit son surnom peu flatteur.

Que nous apprend cet événement sur les difficultés actuelles rencontrées dans la réforme du Sénat ? Ce récit révèle qu'il est impossible d'assurer tout à la fois un consensus entre les gouvernements provinciaux ainsi

48. Chris WOOD et John STANTON, « Harcourt Resigns », *Maclean's*, 27 novembre 1995, [En ligne], [www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/harcourt-resigns].

49. *Charlottetown Accord draft legal text*, préc., note 41, art. 4.

50. *Ibid.*, art. 5.

qu'un consensus social à l'appui de leur décision pour quelque réforme du Sénat que ce soit. En effet, il y a bien trop d'intérêts divers entre les gouvernements provinciaux, dont chacun doit être négocié entre les parties à toute proposition d'amendement constitutionnel. Cela est d'autant plus vrai quant aux modalités de la représentation des provinces. Cette tendance relève en partie de la dépendance au sentier, et conduit à limiter la capacité des gouvernements à s'engager dans une réflexion fertile sur la réforme du Sénat, pouvant emporter l'acceptation des gouvernements de sept provinces. Dans cette éventualité, chacun devrait ensuite justifier leur acceptation auprès de leurs électeurs et assurer un appui convenable dans leur population pour l'ensemble des amendements proposés. L'abolition est par conséquent la meilleure approche, parce qu'elle est plus claire et plus simple à expliquer aux citoyens.

Reste que tous les premiers ministres ne sont pas disposés à soutenir l'abolition du Sénat. Certains paraissent encore partager la vision « romantique » selon laquelle le Sénat permettrait à leur province d'avoir une certaine voix au Parlement, et par conséquent de disposer d'une plus grande influence sur la politique nationale qu'avec la seule Chambre des communes. Considérant que les sénateurs sont nommés sur la recommandation du premier ministre fédéral et que quelques-unes des dernières nominations ont porté sur des individus qui ne résidaient pas dans les provinces qu'ils avaient pour vocation de représenter, il est difficile d'imaginer quel genre de dissonance cognitive frappe les premiers ministres provinciaux qui demeurent fidèles à cette idée voulant que le Sénat accorde voix et influence aux plus petites des provinces. Quoi qu'il en soit, c'est un fait que certains d'entre eux affirment désirer conserver la chambre haute⁵¹. Cela exige par conséquent une stratégie permettant de gagner un soutien unanime à l'abolition du Sénat. La possibilité de forger des institutions qui feraient mieux valoir la volonté des gouvernements élus des provinces et des territoires dans la prise de décision collective serait assurément une monnaie d'échange efficace. La seconde étape de la stratégie que je propose impliquerait ainsi que le premier ministre fédéral s'engage

51. Un des défenseurs les plus acharnés du Sénat parmi les premiers ministres ces dernières années était celui du Québec, Philippe Couillard, qui affirmait que l'abolition du Sénat était contre les intérêts politiques du Québec car le Sénat permet « l'équilibre des intérêts régionaux », bien que les sénateurs soient nommés sur la recommandation du premier ministre fédéral, plutôt que par celui de la province qu'ils sont censés représenter. Voir CANADIAN PRESS, « Mulcair vows to abolish the Senate despite complaints from Quebec », *National Post*, 10 juin 2015, [En ligne], [nationalpost.com/news/politics/mulcair-vows-to-abolish-the-senate-despite-complaints-from-quebec].

à présenter une motion visant à établir constitutionnellement un conseil fédéral-provincial-territorial de la fédération, qui agirait comme organe de consultation et de coordination pour la prise de décision conjointe sur les questions de politique nationale, et à exiger au moins une conférence des premiers ministres chaque année.

Au cours des dernières décennies, des efforts ont été déployés périodiquement pour assurer la tenue de conférences entre premiers ministres fédéral et provinciaux, de manière à ce que le Canada entretienne les modalités d'un dialogue fédéral interétatique. À cet égard, nous avons l'exemple de l'Australie, autre fédération développée du Commonwealth, et de son conseil des gouvernements australiens établi en 1992. Le Canada dispose déjà du Conseil de la fédération qui rassemble les premiers ministres des provinces et des territoires, qui pourrait cependant être adapté pour devenir un organe rassemblant les premiers ministres fédéral, provinciaux et des territoires. Néanmoins, les tentatives visant à établir des processus formels entraînant des relations intergouvernementales plus étroites, impliquant notamment une obligation de tenir des conférences sur une base régulière, ont accouché d'une souris. Une promesse du premier ministre fédéral d'enchaîner dans la Constitution un conseil fédéral-provincial-territorial de la fédération pourrait au moins être perçue par les premiers ministres provinciaux comme une volonté concrète d'établir un dialogue fédéral ainsi qu'une fraternité dans le fil du processus de façonnage des politiques nationales. Une telle réforme accorderait aux premiers ministres et aux gouvernements provinciaux et territoriaux une voix plus forte et plus immédiate que le permet le Sénat actuel. Cet organe assurerait également une plus grande valorisation des principes de fédéralisme et de démocratie. Il établirait les conditions d'un dialogue fédéral en assurant que les gouvernements démocratiquement élus des provinces et des territoires auraient un rôle constitutionnellement garanti dans le discours politique national et dans le processus décisionnel.

Cela ne revient pas à dire qu'une seconde chambre dont les membres seraient désignés de manière appropriée deviendrait subitement redondante ou inutile face à un conseil fédéral-provincial-territorial de la fédération. Une seconde chambre législative qui représenterait les intérêts des entités constitutives de la fédération dans le processus législatif pourrait être une meilleure protection encore pour le principe fédéral que le serait un conseil de la fédération qui ne se réunirait que périodiquement, comme un organe ne décidant que d'un ordre du jour au niveau national. Toutefois, la clef est de désigner soigneusement les membres de cette seconde chambre, de manière à ce qu'ils représentent les intérêts des

membres constitutifs de la fédération. Cela nous conduit au dernier élément de ma stratégie en trois temps. À la première rencontre du conseil de la fédération nouvellement consacré par la Constitution, le premier ministre devrait proposer un processus par lequel les gouvernements de la fédération pourraient tenter de concevoir une seconde chambre du Parlement à partir des autres principes constitutionnels fondamentaux. Afin que ce processus ne se poursuive pas indéfiniment dans l'espoir d'atteindre la seconde chambre « parfaite » et pour favoriser un esprit de compromis, le premier ministre devrait proposer un délai – de cinq ans par exemple – pour ce processus et pour qu'un amendement constitutionnel soit adopté par le Parlement et par les provinces concernées.

CONCLUSION

Le Canada n'a pas été conçu comme une véritable fédération. Le pays qui fut mis sur pied dans les années 1860 était en fait une quasi-fédération – tel que K.C. Wheare et d'autres spécialistes du fédéralisme l'ont remarqué⁵² – et quelques délégués qui ont participé à cette fondation espéraient que le fédéralisme ne soit que de passage. Les institutions du gouvernement central, telles que le Sénat, furent ainsi établies de manière à fonctionner davantage sur le modèle de celles d'un État unitaire comme le Royaume-Uni qu'en suivant l'exemple des autres fédérations. Le Canada est cependant devenu une démocratie fédérale à la suite de l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et de la création d'un nouveau pays par l'interprétation judiciaire de la Constitution. L'institution du Sénat est néanmoins demeurée en marge de ces changements, parce qu'une telle évolution institutionnelle nécessite une réforme de la Constitution et que nous ne sommes pas encore parvenus à la mettre sur pied de telle manière que le Sénat devienne une chambre de la fraternité et du dialogue fédéral dans un Parlement fédéral⁵³.

52. K.C. WHEARE, *Federal Government*, 4^e éd., New York, Oxford University Press, 1964, p. 20; J.R. MALLORY, « The Five Forces of Canadian Federalism », dans *Canadian Federalism: Myth or Reality*, 3^e éd., Toronto, Methuen, 1977, p. 20.

53. Tandis que l'actuel premier ministre, Justin Trudeau, a expulsé les sénateurs du caucus libéral et mis en place un nouveau processus pour la recommandation des personnes préalablement à leur nomination comme sénateurs – au nom de la suppression des nominations partisans au Sénat – ses réformes n'ont rien fait pour combler le déficit fédéral dans la conception du Sénat du Canada. Récemment, il a également admis qu'il ne nommerait pas de sénateur dont l'idéologie ou les « valeurs » seraient incom-

Il est grand temps que notre architecture institutionnelle rattrape son retard sur la réalité du Canada en tant qu'État authentiquement fédéral, et une stratégie à cette fin est du domaine de l'imaginable. Si le premier ministre et son gouvernement devaient entamer – tel que je le propose – les discussions portant sur la réforme constitutionnelle, alors une telle modernisation des institutions serait possible. Si les gouvernements de la fédération devaient parvenir à mettre sur pied une seconde chambre qui correspond aux principes fondamentaux contenus dans la Constitution canadienne et les met davantage en lumière que le fait le Sénat dans le temps qui leur serait alloué, nous nous dirigerions alors vers une bien meilleure fédération, dotée d'une chambre représentant convenablement les intérêts de ses entités constitutives que sont les provinces et les territoires, et encourageant par là même le dialogue fédéral. En outre, si les gouvernements devaient échouer à concevoir une telle seconde chambre dans le délai prescrit, nous serions un pays plus riche que nous l'étions. Après tout, nous nous serions débarrassés d'une seconde chambre payée par le contribuable, qui d'aucune manière ne s'inscrit ni ne valorise les principes fondamentaux de notre constitution. Nous aurions également établi un conseil fédéral-provincial-territorial de la fédération assurant aux gouvernements démocratiquement élus une voix dans les prises de décisions collectives et promouvant par là même le dialogue fédéral. Grâce à ce processus en trois temps, même le pire des résultats serait une amélioration par rapport à la situation dans laquelle nous nous trouvons.

Traduction : Jeremy Elmerich

patibles avec les siennes, une considération qui ne serait pas pertinente si les sénateurs n'étaient pas nommés par le gouvernement fédéral.

CHAPITRE 4

La représentation des groupes minoritaires et des femmes au Sénat depuis 1867

LINDA CARDINAL¹

INTRODUCTION

Les débats sur la représentation des groupes dans les institutions du bicaméralisme portent principalement sur l'augmentation de la participation des femmes et des minorités nationales au sein des chambres basses². Alors que ces débats ont posé des questions cruciales sur la manière d'améliorer l'accès de ces groupes à la représentation politique, leur situation au sein des chambres hautes ou des sénats a été largement négligée par les chercheurs. L'objectif principal de ce chapitre est de contribuer à combler cette lacune grâce à un état des lieux de la représentation des femmes et des groupes minoritaires au sein du Sénat canadien depuis sa fondation en 1867. Plus précisément, nous accorderons une attention particulière à la représentation de trois types de groupes,

-
1. Ce chapitre s'appuie sur notre travail dans Linda CARDINAL et Sébastien GRAMMOND, *Une tradition et un droit: la représentation de la francophonie canadienne au Sénat*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2017, et Linda CARDINAL, *Rapport d'expert*, préparé pour la Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada dans le cadre du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, Cour suprême du Canada, 2014. Je tiens à remercier les directeurs de cet ouvrage pour leurs commentaires et suggestions, ainsi que Guillaume Deschênes-Thériault pour son aide précieuse dans la préparation et la révision des figures et du tableau de ce chapitre.
 2. Voir Manon TREMBLAY (dir.), *Femmes et Parlements*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2005; Mona Lena KROOK et Diana Z. O'BRIEN, « The Politics of Group Representation: Quotas for Women and Minorities Worldwide », *Comparative Politics*, vol. 42, n° 3, 2010, p. 253.

soit les minorités francophones et acadiennes du Canada³, les Premières Nations, Métis et Inuits ainsi que les femmes.

Cette étude s'inscrit dans le contexte des diverses tentatives infructueuses du gouvernement canadien entre 2006 et 2015 pour passer d'un Sénat non élu à une chambre haute élue⁴. Nous soutenions à l'époque que les membres des minorités francophones et acadiennes seraient particulièrement pénalisés par un Sénat élu en raison de leur faiblesse numérique⁵. Ceux-ci représentent environ 4 % de la population canadienne et sont déjà sous-représentés à la Chambre basse. Être nommé au Sénat canadien est un moyen de compenser leur manque d'occasions d'élire des représentants issus de leurs communautés.

Un virage important s'est produit en 2015 avec le changement de gouvernement des conservateurs aux libéraux. Des modifications dans la gestion des nominations au Sénat ont été introduites en faveur d'une meilleure représentation des groupes. Pour ce faire, le gouvernement du Canada a mis en place le Comité indépendant pour présider la nomination des sénateurs⁶. Le comité a notamment pour mandat de recommander des personnes avec un handicap, des minorités visibles, des minorités ethnoculturelles, des minorités linguistiques, des peuples autochtones et des femmes au Bureau du premier ministre pour qu'il choisisse une personne parmi une liste de cinq candidats. Entre 2016 et juillet 2019, le premier ministre du Canada a nommé 50 sénateurs, dont 29 femmes, neuf

-
3. Dans ce chapitre, j'utilise l'expression minorités francophones et acadiennes afin de désigner les francophones hors Québec. Depuis les années 1980, avec la prise en compte de la diversité de la population francophone hors Québec, ces derniers ont commencé à utiliser l'expression « francophones et Acadiens » pour se définir. Dans les provinces de l'Atlantique, les francophones n'ont jamais été définis comme des Canadiens français. Même s'ils sont francophones, ces personnes ont une histoire et une identité distinctes et se définissent comme des Acadiens. Cette identité remonte au xvi^e siècle et à l'installation des Acadiens en Nouvelle France, en particulier en Nouvelle-Écosse. Au Nouveau-Brunswick, les Acadiens représentent aujourd'hui 32 % de la population. Pour plus de détails sur l'histoire des Acadiens au Canada, voir, [En ligne], [www.canadahistoryproject.ca/1755/1755-02-early-history.html]. Voir aussi DONALD SAVOIE, *I'm from Bouctouche, Me*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009.
 4. Pour un résumé des événements, voir Sean PIN, « Stuck with the status quo' on Senate, says Harper after courts rejection », *Globe and Mail*, 25 avril 2014, mis à jour le 12 mai 2018, [En ligne], [www.theglobeandmail.com/news/politics/senate-ruling/article18205700/].
 5. Voir L. CARDINAL, préc., note introductive.
 6. [En ligne], [www.canada.ca/fr/campagne/comite-consultatif-independant-sur-les-nominations-au-senat.html].

membres des Premières Nations, quatre membres des communautés francophones et acadiennes ainsi que des personnes appartenant à une minorité visible et des personnes avec un handicap⁷.

La représentation des minorités au Sénat est un phénomène pour lequel il y a encore très peu de données disponibles⁸. Dans ce chapitre, nous n'aborderons pas le sujet de la représentation pour l'ensemble des groupes. Nous nous concentrerons plutôt sur les groupes suivants : les membres des communautés francophones et acadiennes, les membres des Premières Nations, Métis et Inuits, et les femmes. Comme le souligne Tully (1995), les luttes pour la reconnaissance doivent être éclairées par l'histoire, car il s'agit d'une dimension centrale à l'identité d'un groupe. Nous soutenons que l'histoire de ces groupes au sein du constitutionnalisme canadien est pertinente pour comprendre l'importance de la représentation des groupes au sein du Sénat canadien⁹.

Le chapitre est divisé en trois sections. Dans la première section, nous expliquons notre choix d'étudier la représentation au Sénat des communautés francophones et acadiennes du Canada, des Premières Nations, Métis et Inuits ainsi que des femmes. Dans la deuxième section, nous présentons des données recueillies sur les trois groupes à l'étude afin de mieux décrire leur présence au Sénat canadien depuis 1867. Enfin, dans la troisième section, nous proposons des moyens pour garantir leur représentation au Sénat. Entre autres choses, nous évaluerons la solution que représente le nouveau Comité indépendant à la représentation des groupes au Sénat et nous proposerons quelques correctifs en vue d'une approche

7. [En ligne], [https://bdp.parl.ca/sites/ParlInfo/default/fr_CA/Personnes/parlementaires]. Pour un aperçu, voir Andrew GRIFFITHS, « Diversity in the Senate », *Options politiques*, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/february-2017/diversity-in-the-senate/].

8. Le concept de représentation des groupes est large. Par exemple, dans son ouvrage phare, James TULLY, *A Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, est d'avis que tous les groupes devraient être traités comme des acteurs constitutionnels. Les femmes, les minorités francophones et acadiennes ainsi que les peuples autochtones du Canada sont des groupes qui se comportent comme des acteurs constitutionnels au pays. Pour Tully, toutes les luttes pour la reconnaissance doivent être comprises comme des luttes pour l'autodétermination.

9. Je développe cet argument en me basant sur la vision de Tully selon laquelle l'histoire est toujours pertinente, même aujourd'hui. Pour Tully, seuls les individus et les groupes engagés dans un dialogue constant avec l'histoire peuvent prétendre être libres. Voir J. TULLY, préc., note 7, ainsi que Linda CARDINAL et François LAROCQUE (dir.), *La constitution bilingue du Canada: un projet inachevé*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2017.

plus robuste pour garantir la représentation des communautés francophones et acadiennes, des Premières Nations, Métis et Inuits ainsi que des femmes.

À PROPOS DE L'IMPORTANCE DE LA REPRÉSENTATION DES MINORITÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNES, DES PREMIÈRES NATIONS, MÉTIS ET INUITS AINSI QUE DES FEMMES POUR L'ÉTUDE DU SÉNAT CANADIEN

Le constitutionnalisme et la démographie sont essentiels pour comprendre l'importance de la représentation des groupes dans la création du Sénat canadien. Au moment de la Confédération, le Canada comptait 3 200 000 habitants, dont un million de Canadiens français¹⁰. L'adoption du principe numérique de la représentation en fonction de la population à la nouvelle Chambre des communes désavantageait le Québec, dans un contexte où la population anglophone du Canada augmentait rapidement, soit de 4,35 % par an dans le Haut-Canada (Ontario). Il fallait donc trouver un compromis pour assurer et protéger les intérêts des Canadiens français, en particulier de ceux vivant au Québec. Cela explique pourquoi la création du Sénat canadien doit beaucoup au principe de la représentation des minorités. La création de cette Chambre haute repose sur le principe de l'égalité de représentation au niveau régional et sert à limiter les effets néfastes d'une représentation politique uniquement fondée sur la population. Le Bas-Canada (désormais le Québec) a ainsi une représentation fixe et garantie pour compenser sa faiblesse numérique croissante au Parlement. Ainsi, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 mène à la mise en place d'un Sénat composé de 72 membres répartis dans les quatre provinces fondatrices : l'Ontario (24), le Québec (24) ainsi que les provinces maritimes du Nouveau-Brunswick (12) et de la Nouvelle-Écosse (12). En 1873, lorsque l'Île-du-Prince-Édouard se joint à la fédération, les provinces des Maritimes sont considérées comme une grande région. Lorsque les provinces de l'Ouest canadien rejoignent la Confédération, une nouvelle région est créée avec 24 sièges, soit 6 sénateurs par province. Enfin, lors de l'adhésion de Terre-Neuve au Canada en 1949, la province se voit attribuer 6 sièges. En 1999, dans le contexte de la redéfinition des territoires du Nord, trois sièges sont attribués au Nunavut, aux Territoires du Nord-Ouest et au Yukon.

10. Pour plus de détails, voir STATISTIQUE CANADA, [En ligne], [www65.statcan.gc.ca/acyb07/acyb07_0002-eng.htm].

Même si la distribution des sièges au Sénat a été guidée par le principe d'égalité régionale, la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas explicite sur le sujet. Malgré cela, les spécialistes du Sénat l'associent souvent à une chambre régionale¹¹. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne précise pas non plus de quelle manière les minorités francophones et acadiennes devraient être représentées au Sénat. Toutefois, comme nous le montrerons ci-dessous (voir la figure 1 de la section 2), il existe une tradition de représentation de membres issus de ces communautés ainsi que des peuples autochtones, en particulier des communautés métisses.

Soulignons qu'à partir des années 1960 jusqu'aux années 1990, période associée aux débats constitutionnels sur le statut du Québec dans la fédération, les gouvernements fédéral et provinciaux sont déjà conscients de l'importance constitutionnelle pour le Canada des minorités francophones et acadiennes ainsi que des peuples autochtones¹². Les premiers ministres canadiens continuent de nommer des personnes issues de ces groupes au Sénat, avec une augmentation notable du nombre de femmes à partir des années 1990. De plus, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, la Cour suprême du Canada souligne que la Constitution canadienne repose sur quatre principes non écrits, notamment celui de la protection des droits des minorités¹³. En 2014, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat* (2014, par. 16), la Cour suprême du Canada reconnaît que le Sénat canadien a, entre autres fonctions, le rôle de représenter les intérêts des minorités¹⁴. En somme, avec le principe de représentation régionale, la représentation des intérêts des minorités constitue un important compromis au principe de représentation populaire.

La dimension multinationale du fédéralisme canadien est un autre facteur important pour prendre en compte la situation des francophones et des Acadiens ainsi que des Premières Nations, Métis et Inuits dans une étude sur la représentation des groupes au Sénat canadien. En 1867, l'adoption du fédéralisme visait à assurer des protections particulières à la culture et la langue françaises au Québec. Plus généralement, le Québec est bien connu pour avoir utilisé le fédéralisme afin de développer sa

11. Pour un aperçu du débat sur le Sénat et le principe de représentation régionale, voir Serge JOYAL (dir.), *Protecting Canadian Democracy*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003.

12. Pour plus de détails, voir L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, chap. 4.

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

14. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, 2014, CSC 32.

propre approche en matière de politiques publiques¹⁵. À l'époque de la Confédération, des sénateurs canadiens-français du Québec ont plaidé en faveur d'une protection accrue de la langue et la culture françaises au Québec, mais également au Canada dans son ensemble¹⁶. Ils ont demandé une représentation plus nombreuse des Canadiens français de l'extérieur du Québec au Sénat¹⁷. Cela est d'autant plus important sachant que, dans les autres provinces, les francophones et les Acadiens n'étaient pas particulièrement bien traités par leur gouvernement¹⁸. À titre d'exemple, dans la période suivant la Confédération et au début du xx^e siècle, les mesures prises par les provinces afin d'interdire la langue française étaient considérées comme étant de prérogative provinciale¹⁹. À l'époque, des représentants de ces communautés minoritaires et des sénateurs canadiens-français du Québec se sont vivement opposés à ces mesures. Ils ont joué un rôle important dans la défense et la promotion de la langue française au Canada²⁰. Cette levée de boucliers n'a pas réussi à contrer les actions des gouvernements provinciaux contre ces communautés, mais ces sénateurs ont contribué à mieux faire connaître la situation des francophones et des Acadiens à leurs collègues et à la population canadienne dans son ensemble²¹.

15. Pour plus de détails, voir Daniel BÉLAND et André LECOURS, *Nationalism and Social Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

16. Jean-Charles BONENFANT, « La vocation manquée du Sénat canadien », *Les Cahiers des dix*, n° 37, 1972, p. 75.

17. *Ibid.*, p. 75.

18. Bonenfant reconnaît qu'au moment de la Confédération les minorités franco-canadiennes à l'extérieur du Québec n'étaient pas bien représentées, ce qui pourrait expliquer en partie leur pouvoir insuffisant lors des événements ultérieurs qui ont conduit à l'interdiction de la langue française dans les provinces. Bonenfant suggère que les acteurs considéraient généralement la religion comme plus importante que la langue. Voir Jean-Charles BONENFANT, *Les Canadiens français et la naissance de la Confédération*, Ottawa, La Société historique du Canada, 1966 et 1984, p. 19.

19. Sur le rôle des provinces dans l'interdiction du français au Canada, voir Edmund A. AUNGER, « Justifying the End of Official Bilingualism: Canada's North-West Assembly and the Dual-Language Question, 1889-1892 », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 34, n° 3, 2001, p. 451 ; Edmund A. AUNGER, « Legislating language use in Alberta: A century of incidental provisions for a fundamental matter », *Alberta Law Review*, vol. 42, n° 2, 2004, p. 463 ; et Michel BOCK et François CHARBONNEAU, (dir.), *Le siècle du Règlement 17: regards sur une crise scolaire et nationale*, Sudbury, Prise de parole, 2015.

20. Sur le rôle des sénateurs du Québec, voir J.-C. BONENFANT, préc., note 15, p. 75.

21. Pour plus de détails, L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, chap. 3. À l'époque, le Nouveau-Brunswick a fait de l'anglais et du français les deux langues officielles de la province. En 1986, la *Loi sur les services en français* a été adoptée en Ontario.

Durant les années 1960, la situation a commencé à s'améliorer dans plusieurs provinces, mais les sénateurs francophones et acadiens ont continué d'exiger de meilleures garanties afin de protéger leurs communautés dans les provinces. À titre d'exemple d'actions entreprises par les sénateurs pour la promotion de la situation des communautés francophones et acadiennes, le sénateur de l'Ontario, Jean-Robert Gauthier, a fait adopter en 2001 la motion qui a mené à la création du Comité sénatorial permanent des langues officielles²². Depuis, le comité a mené de nombreuses études, tenu de multiples consultations sur des questions concernant les communautés francophones et acadiennes, en plus de mener d'importantes initiatives afin d'améliorer la *Loi sur les langues officielles*. Par exemple, de 2001 à 2005, le comité était à l'avant-plan d'une initiative qui a eu pour résultat la modification de la *Loi sur les langues officielles* qui exige désormais du gouvernement canadien des mesures positives afin de favoriser le développement et l'épanouissement des minorités de langues officielles. Soulignons aussi le travail de la sénatrice du Manitoba, Maria Chaput, pour la révision du *Règlement sur les langues officielles*. Les modifications proposées visaient à tenir compte du fait que les francophones et les Acadiens sont pénalisés par la manière de calculer ce qui constitue une demande importante en vue de justifier l'offre de services gouvernementaux dans les deux langues officielles²³. Ces mesures constituent un test pour le fédéralisme, car elles impliquent une collaboration renouvelée entre les gouvernements fédéral et provinciaux dans la promotion des langues officielles dans un large éventail de secteurs, dont plusieurs sont de compétence provinciale, comme la santé, l'emploi et les services sociaux. Ainsi, les représentants francophones et acadiens jouent un rôle important en aidant les Canadiens à mieux comprendre les liens étroits entre le fédéralisme, la langue et la culture.

Les Premières Nations, Métis et Inuits ont également une histoire qui lie leur sort au développement du Canada en tant que fédération multinationale. Une telle histoire continue de jouer un rôle important dans le constitutionnalisme canadien, en particulier en ce qui a trait au développement d'un fédéralisme de traités²⁴. Les Premières Nations, Métis et

22. Pour plus de détails sur la création du nouveau comité, voir: [En ligne], [sencanada.ca/en/Content/Sen/chamber/371/journals/122ap_2002-06-11-f#B].

23. L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, p. 105-108.

24. Le concept de fédéralisme par traité a été largement discuté au Canada dans de nombreux forums, y compris la récente Commission de vérité et réconciliation (en ligne: www.trc.ca). Il existe également un corpus croissant de publications sur le fédéralisme de traité au Canada. Voir, par exemple, Martin PAPILLON, « Le fédéralisme canadien et la nouvelle mosaïque de la gouvernance à multiniveaux autochtones », dans Herman BAKVIS et Grace

Inuits sont une partie intégrante du Canada, autant que les provinces et les peuples fondateurs. Par exemple, les luttes des Métis contre le colonialisme ont mené à la création de la province du Manitoba en 1870. Les Territoires du Nord-Ouest ont été créés la même année, suivis par les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta en 1905. Toutes ces provinces représentent des territoires importants pour les Premières Nations, Métis et Inuits. De plus, il existe une tradition de nommer des sénateurs métis dès 1888 au Canada. À partir des années 1950 (voir la figure 1 à la section 2), des membres des Premières Nations, Métis et Inuits sont nommés sur une base plus régulière. Les données disponibles ne permettent pas d'évaluer les interventions de ces représentants au Sénat à l'époque. Toutefois, dans les années 1990, le Sénat a créé le Comité permanent des peuples autochtones, renommé en 2017 le Comité sénatorial permanent des affaires autochtones et du Nord canadien, afin de se pencher sur des enjeux d'intérêt pour les Premières Nations, les Métis et les Inuits²⁵.

Enfin, dans ce chapitre nous incluons les femmes en tant que catégorie distincte. Elles sont entrées à la Chambre haute au début des années 1930. Elles méritent aussi une attention particulière puisque les femmes représentent plus de 50 % de la population. Comme nous le verrons, les progrès importants accomplis au Sénat canadien depuis les années 1980 par rapport à la représentation des femmes méritent d'être soulignés, car ils constituent une référence importante pour d'autres groupes. Plus précisément, au cours des années 1990, les sénatrices ont montré comment le Sénat pouvait être un espace de collaboration afin de protéger les droits des femmes. L'exemple du débat sur la criminalisation de l'avortement au Canada dans les années 1990, soit le projet de loi C-43, est pertinent, car il a révélé au grand jour comment le Sénat pouvait être un tel lieu de collaboration²⁶. À l'époque, tant les femmes sous la bannière conservatrice que celles sous l'étiquette libérale se sont ralliées pour défaire

SKOGSTAD (dir.), *Le fédéralisme canadien : performance, efficacité et légitimité*, 3^e éd., Toronto, Oxford University Press, 2012, p. 284-301; Kiera LADNER, «Le fédéralisme des traités : une vision autochtone du fédéralisme canadien», dans François ROCHER et Miriam SMITH (dir.), *Nouvelles tendances du fédéralisme canadien*, 2^e éd., Peterborough, Broadview Press, 2003, p. 167-196; et James Youngblood HENDERSON, «Empowering Treaty Federalism», *Saskatchewan Law Review*, n^o 58, 1995, p. 241-329.

25. [En ligne], [sencanada.ca/en/Committees/appa/Contact/42-1].

26. Stephanie MULLEN, avec la collaboration de Manon TREMBLAY et Linda TRIMBLE, «“Way Past That Era Now?” Women in the Canadian Senate», dans Linda TRIMBLE (dir.), *Stalled: The Representation of Women in Canadian Governments*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013; Manon TREMBLAY et Guylaine BOIVIN, «La question de l'avortement au Parlement canadien : de l'importance du genre dans

le projet de loi. Comme l'illustre cet exemple, une représentation accrue des groupes peut aider le Sénat à mieux jouer son rôle de chambre qui pose un second regard attentif sur les projets de loi et les débats politiques. Entre autres choses, le cas du débat sur la criminalisation de l'avortement montre comment les femmes ont aidé à transcender les affiliations partisans sur un sujet difficile en favorisant des alliances entre sénateurs.

En conclusion, soulignons que la démographie, le constitutionnalisme, le fédéralisme multinational et la collaboration sont des facteurs clés pour comprendre la création du Sénat canadien. Rappeler le rôle des francophones et des Acadiens, ainsi que des Premières Nations, Métis et Inuits, et des femmes dans ces développements aide aussi à comprendre en quoi la représentation des « intérêts des minorités » est un élément central de l'histoire et de l'identité de cette institution.

LA REPRÉSENTATION DES GROUPES AU SÉNAT CANADIEN DEPUIS 1867

Cette section présente des données sur la représentation des minorités francophones et acadiennes, des Premières Nations, Métis et Inuits, et des femmes depuis 1867. La figure 1 montre un premier état des lieux général sur les nominations au Sénat depuis 1867. D'abord, les données montrent que les premières nominations de membres des minorités francophones et acadiennes remontent à 1871 et, dans le cas des Métis, à 1888.

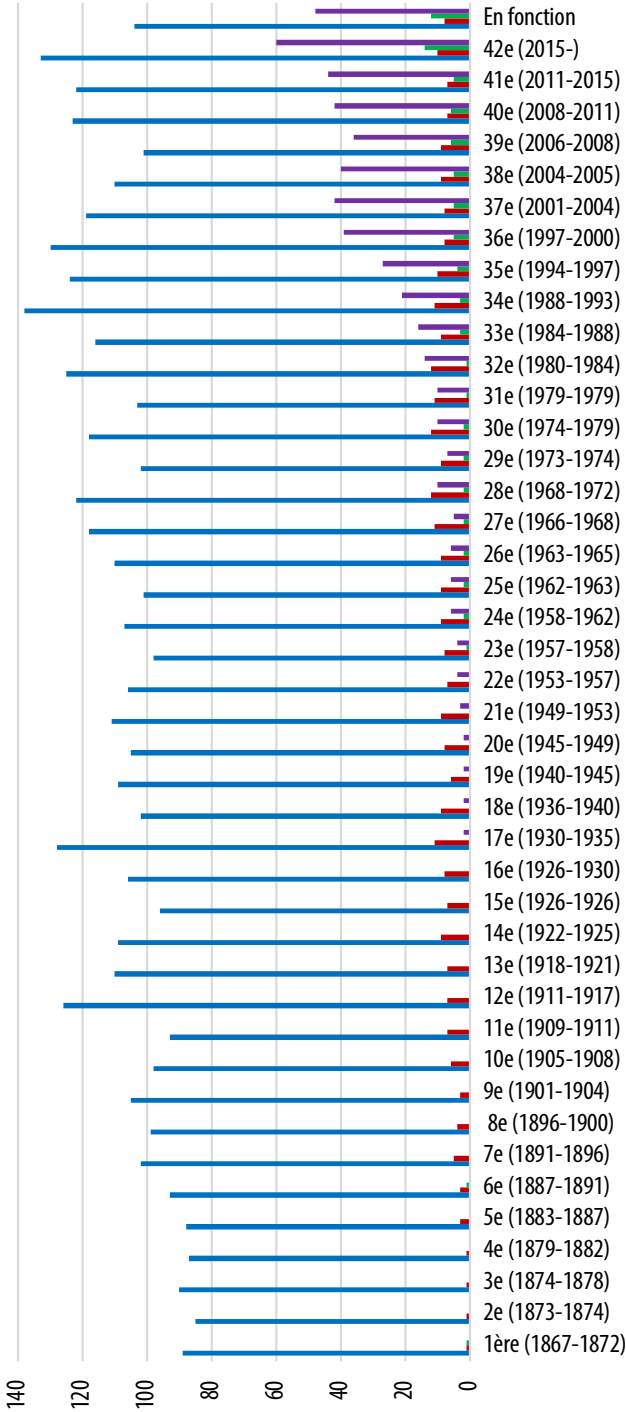
De plus, la figure 1 révèle qu'à partir des années 1980 les nominations de francophones et d'Acadiens sont stables, bien qu'elles ne soient jamais nombreuses, mais leur élection à la Chambre basse est encore moins probable²⁷. Soulignons aussi que, depuis les années 1980, les femmes sont de plus en plus nommées au Sénat au point de représenter un groupe pouvant exercer un certain pouvoir collectivement²⁸. Enfin, la représentation des Premières Nations, Métis et Inuits a fait des progrès notables. Nous analyserons les données pour chacun de ces groupes.

l'orientation des débats», *Canadian Journal of Women and the Law*, vol 4, n° 2, 1990-1991, p. 459-476.

27. L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, p. 20-22.

28. Louis Massicotte présente des conclusions similaires dans Louis MASSICOTTE, « Le Sénat a-t-il changé depuis 1980? Quelques indicateurs statistiques », *Revue parlementaire canadienne*, 2016, p. 14-18.

Figure 4.1
La représentation des groupes au Sénat depuis 1867



Référence: Parlement du Canada, Sénateurs nommés par premier ministre, consulté le 31 août 2020, https://lop.parl.ca/sites/ParlInfo/default/fr_CA/Personnes/senateursPremiersMinistres

Sénateurs francophones et acadiens: sur le site Web du Sénat canadien, les sénateurs francophones et acadiens ne sont pas définis par leur identité ou appartenance culturelle. Ils n'ont qu'à déclarer une langue de correspondance, soit le français ou l'anglais. Ainsi, ils sont identifiés comme francophones lorsqu'ils ont déclaré le français comme langue de correspondance. Nous définissons aussi les sénateurs francophones des provinces de l'Atlantique comme des «Acadiens» en raison du caractère national distinct du groupe. Les Acadiens sont spécifiquement identifiés aux provinces atlantiques de Terre-Neuve-et-Labrador, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard.

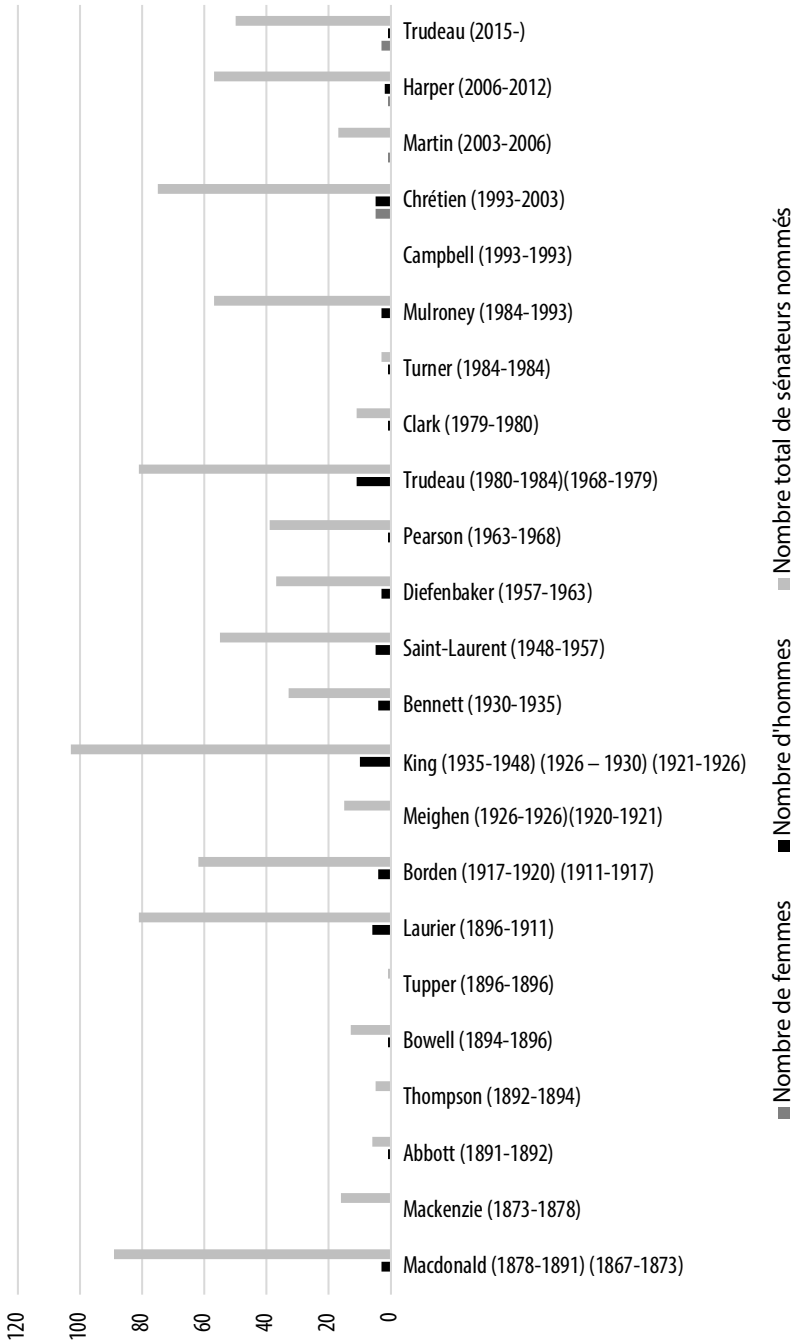
Au moment de la Confédération, environ 75 000 francophones ou Canadiens français vivaient en Ontario²⁹. Quant aux Acadiens, ils étaient environ 87 000 à la fin du XIX^e siècle³⁰. Aucun représentant de ces groupes n'a participé aux débats confédératifs. Pour leur part, les Acadiens se sont opposés de façon active à la nouvelle Constitution. Cependant, une fois la Confédération établie, les Acadiens tout comme les francophones de l'Ontario ont exercé des pressions pour obtenir des nominations au Sénat³¹.

29. Ce chiffre est repris de J.-C. BONENFANT, préc., note 17, p. 10.

30. Ces données proviennent de l'*Encyclopédie canadienne*, [En ligne], [<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/histoire-de-lacadie>]. Avant d'être déportés en 1755 pour avoir refusé de plaider allégeance à la Couronne britannique, les Acadiens étaient principalement concentrés en Nouvelle-Écosse. Après leur déportation, ils sont présents dans d'autres provinces de l'Atlantique ainsi qu'aux États-Unis, notamment en Louisiane. Pour un aperçu de la déportation des Acadiens, voir, [En ligne], [<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/la-deportation-des-acadiens>].

31. Voir Gaétan MIGNEAULT, «Le Canada français et la Confédération: les Acadiens du Nouveau-Brunswick», dans Jean-François CARON et Marcel MARTEL (dir.), *Le Canada français et la Confédération: fondements et bilan critique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, p. 9-28.

Figure 4.2
Nominations sénatoriales de membres des minorités francophones et acadiennes sous chacun des premiers ministres successifs depuis 1867



Référence: Parlement du Canada, Sénateurs nommés par premier ministre, consulté le 31 août 2020, https://lop.parl.ca/sites/ParlInfo/default/fr_CA/Personnes/senateursPremiersMinistres

En 1871, Macdonald appelle un premier francophone hors Québec au Sénat pour représenter le Manitoba, suivi par le premier Acadien du Nouveau-Brunswick en 1885 et du premier francophone de l'Ontario en 1887. En 1895, Bowell nomme le premier Acadien de l'Île-du-Prince-Édouard. En 1906, Laurier nomme le premier sénateur francophone pour l'Alberta et, en 1909, le premier francophone pour la Saskatchewan ainsi que le premier Acadien pour la Nouvelle-Écosse. En 1975, Trudeau nomme le premier francophone pour le Yukon. Les provinces de Terre-Neuve-et-Labrador, ainsi que les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut n'ont jamais été représentés par un sénateur francophone.

La figure 2 montre que les premiers ministres du Canada ont établi une solide tradition de nommer des membres des communautés francophones et acadiennes au Sénat. Depuis sa création, 975 personnes ont été nommées au Sénat. Ce nombre comprend 72 sénateurs (62 hommes et 10 femmes) des communautés francophones et acadiennes. Autrement dit, des 23 premiers ministres du Canada, 18 ont nommé un ou plusieurs sénateurs francophones hors Québec³². Les représentants des communautés francophones et acadiennes ont fait partie des premières cohortes de sénateurs désignés par le premier ministre Macdonald. Le Manitoba et l'Alberta, de façon successive, ont compté chacune un sénateur francophone parmi les premières nominations sénatoriales au moment de la fondation même de ces provinces. De plus, le premier ministre Macdonald et ceux qui l'ont suivi ont continué à nommer des sénateurs francophones et acadiens d'autres provinces. Ce faisant, ils ont assuré la continuité et confirmé l'importance de maintenir une présence francophone et acadienne au Sénat.

En 1928, sept sénateurs représentant les communautés francophones et acadiennes siègent au Sénat. Ces sept sénateurs représentent le premier groupe ayant des intérêts communs en tant que Canadiens français et Acadiens. Parmi ceux-ci, trois sont du Nouveau-Brunswick, deux de l'Ontario, un de la Nouvelle-Écosse et un du Manitoba. Ensemble, ils représentent 7,5 % des 95 sénateurs. Ils sont huit en 1931 avec l'ajout d'un sénateur de la Saskatchewan à ce groupe, représentant alors 8,4 % des 95 sénateurs.

La tradition de nommer des sénateurs des communautés francophones et acadiennes se poursuit durant les XIX^e et XX^e siècles, dans presque toutes

32. Étant donné que la première ministre Campbell n'a pas fait de nomination sénatoriale, il est plus exact d'affirmer que 18 premiers ministres sur 23 ont nommé des sénateurs francophones hors Québec.

les provinces. En 1968, neuf sénateurs sont des représentants des communautés francophones du Canada. Ils sont 10 en 1979, tout comme en 1985 et en 1995. En 1996, ils sont onze, dont six du Nouveau-Brunswick, deux de l'Ontario, un de la Nouvelle-Écosse, un du Yukon et un du Manitoba. Leur nombre redescend à neuf en 2010 et à huit en 2012. Les nominations des premières femmes francophones hors Québec ont été effectuées en 1995 par le premier ministre Chrétien pour l'Ontario et le Nouveau-Brunswick. Depuis, il y a eu neuf femmes francophones qui ont été nommées pour l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, l'Alberta et le Manitoba.

Les premiers ministres qui ont nommé le plus de sénateurs issus des communautés francophones et acadiennes sont d'allégeance libérale. P.E. Trudeau Trudeau est celui qui en nomme le plus grand nombre, soit 11 pendant son règne, suivi de King (10) et Chrétien (10), Laurier (6), St. Laurent (5) et J. Trudeau (4) à égalité avec Borden (4) et Bennett (4). Les nominations conservatrices sont moins fréquentes. Il faut toutefois reconnaître qu'historiquement les conservateurs ont été moins souvent au pouvoir que les libéraux, soit 65 ans pour les conservateurs, comparativement à 86 ans pour les libéraux. Certes, le nombre de sénateurs francophones hors Québec, incluant les Acadiens, est très petit comparativement à l'ensemble des sénateurs nommés, mais leur présence est constante. Cela témoigne de l'existence d'une solide tradition de nomination de sénateurs des communautés francophones et acadiennes depuis la création du Sénat.

Les Premières Nations, les Métis et les Inuits : les premiers ministres ont aussi, très tôt dans l'histoire du pays, nommé des représentants des communautés métisses, au Sénat (voir la figure 1). En 1888, le premier ministre Macdonald désigne le premier sénateur métis pour représenter les Territoires du Nord-Ouest. En 1957, le premier ministre Saint-Laurent invite un autre Métis à représenter la Saskatchewan au Sénat. La nomination de membres des Premières Nations commence en 1958. Depuis, la nomination de sénateurs des Premières Nations et des peuples métis est une constante au Sénat.

Dans l'ensemble, les sénateurs des Premières Nations, des Inuits et des peuples métis invités au Sénat demeurent peu nombreux. Le premier ministre Justin Trudeau est celui qui en a nommé le plus grand nombre, soit neuf sénateurs. Il est suivi par le premier ministre P. E. Trudeau avec quatre sénateurs nommés, soit un pour la Colombie-Britannique en 1971, un pour les Territoires du Nord-Ouest en 1977, puis un pour le Québec et un autre pour la Colombie-Britannique en 1984. En 2009, le premier ministre Harper nomme un autochtone du Québec au Sénat.

En 2016 et en 2017, le premier ministre Justin Trudeau nomme des représentants autochtones de l'Ontario et du Manitoba. En 2018, il nomme deux sénateurs de l'Ontario, un de la Saskatchewan, un de l'Alberta et un de l'Île-du-Prince-Édouard. Il a aussi nommé la première femme inuite des Territoires du Nord-Ouest à siéger au Sénat.

Le premier ministre Jean Chrétien se démarque pour la nomination de la première femme métisse pour représenter l'Alberta en 1997. En 2005, Paul Martin nomme deux femmes des Premières Nations, soit une pour la Saskatchewan et une autre pour le Nouveau-Brunswick. Elles siègent toujours au Sénat. Il y a également cinq sénateurs qui sont des hommes autochtones au moment d'écrire ces lignes, pour un total de douze sénateurs.

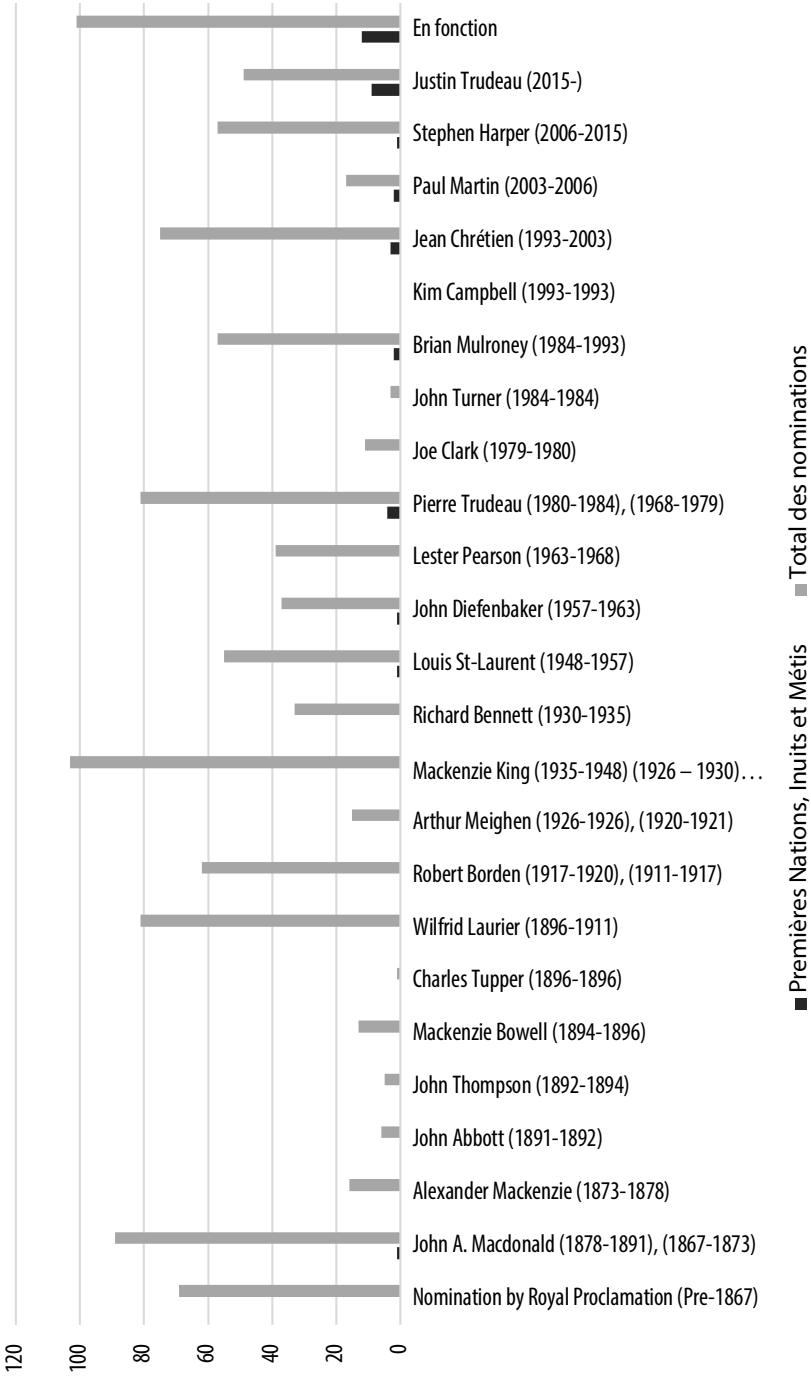
Les femmes : en 1930, le premier ministre King nomme la première femme au Sénat, Cairine Wilson³³. Cette nomination coïncide avec l'affaire « personne » (*Edwards c. A.G. of Canada*), une affaire importante au Canada qui a été portée devant le Conseil privé britannique en 1928 par un groupe connu sous le nom des « Cinq femmes célèbres³⁴ ». La Cour suprême du Canada avait tranché que ces femmes ne pouvaient pas être considérées comme des personnes au sens de la Constitution canadienne, ce qui impliquait qu'elles ne pouvaient pas être nommées au Sénat. Après de longs débats, le Conseil privé a décrété que les femmes étaient des « personnes qualifiées » et confirmé leur droit de siéger au Parlement. Même si Wilson ne faisait pas partie des Célèbres cinq, elle a été invitée à siéger au Sénat peu de temps après l'aboutissement de cette affaire. Elle sera aussi la première Canadienne déléguée aux Nations unies en 1949³⁵. La nommer au Sénat a inauguré une nouvelle tradition pour la représentation des femmes. En 1935, le premier ministre Bennett a nommé une autre femme pour représenter l'Ontario au Sénat.

33. Voir S. MULLEN, préc., note 25, p. 363 et 364.

34. Pour plus de détails, voir [En ligne], [<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/femmes-non-reconnues-civilement-affaire-des>].

35. PARLINFO, Bibliothèque du Parlement, consulté le 4 mars 2017.

Figure 4.3
Nominations sénatoriales de membres des Premières Nations, d'Inuits et de Métis sous chacun des premiers ministres successifs depuis 1867



Référence: Parlement du Canada, Sénateurs nommés par premier ministre, consulté le 31 août 2020, https://lop.parl.ca/sites/ParlInfo/default/fr_CA/Personnes/senateursPremiersMinistres

Figure 4.4
Nominations sénatoriales de femmes sous chacun des premiers ministres réussis depuis 1867

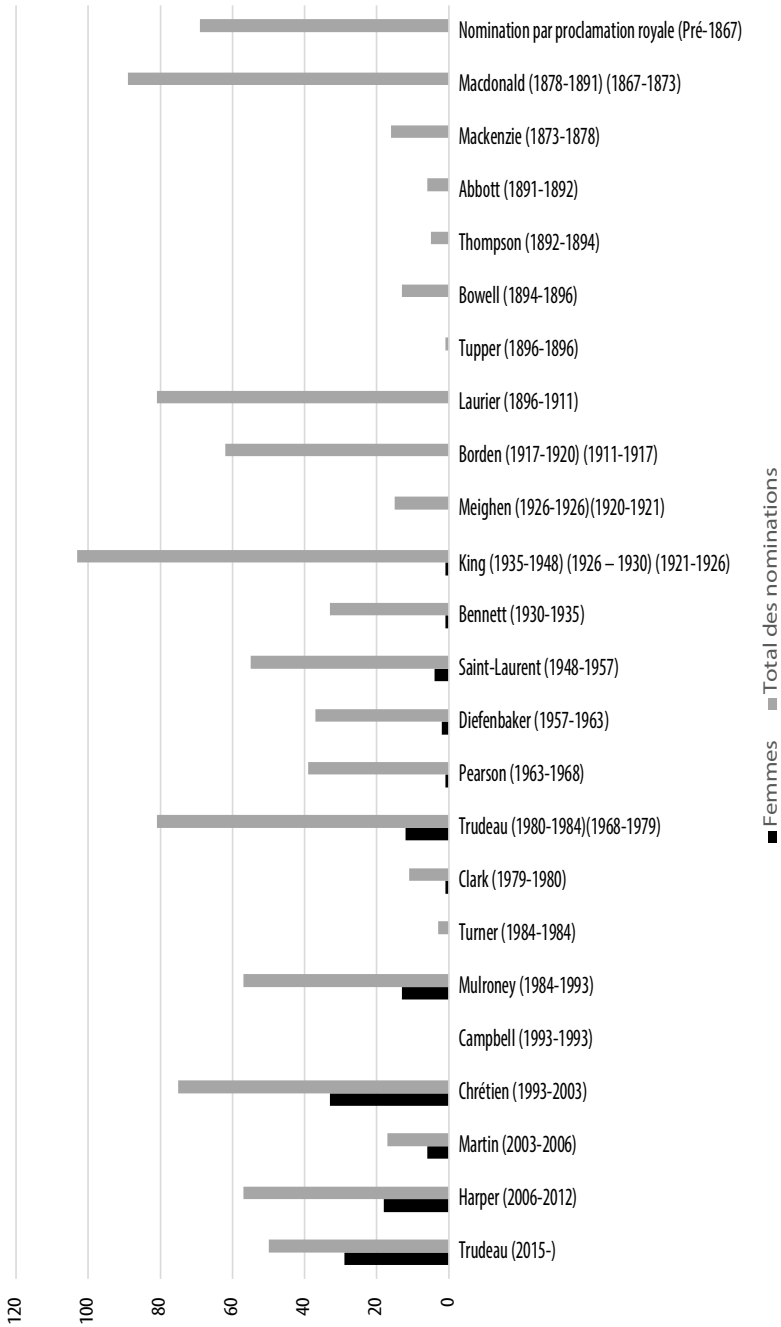


Tableau 4.1
Nominations sénatoriales de femmes sous chacun des premiers ministres successifs depuis 1867

PREMIERS MINISTRES (ANNÉES)	PARTI*	FEMMES		HOMMES		TOTAL DES NOMINATIONS
		Nbre	%	Nbre	%	
Justin Trudeau (2015-)	I ou NA	29	58	21	42	50
Stephen Harper (2006-2015)	C	18	32	39	68	57
Paul Martin (2003-2006)	L	6	35	11	65	17
Jean Chrétien (1993-2003)	L	33	44	42	56	75
Kim Campbell (1993-1993)	PC	0	0	0	0	0
Brian Mulroney (1984-1993)	PC	13	23	44	77	57
John Turner (1984-1984)	L	0	0	3	100	3
Joe Clark (1979-1980)	PC	1	10	10	90	11
Pierre Trudeau (1980-1984), (1968-1979)	L	12	15	69	85	81
Lester Pearson (1963-1968)	L	1	3	38	97	39
John Diefenbaker (1957-1963)	C	2	5	35	95	37
Louis Saint-Laurent (1948-1957)	L	4	7	51	93	55
Richard Bennett (1930-1935)	C	1	3	32	97	33
Mackenzie King (1935-1948) (1926 – 1930) (1921-1926)	L	1	1	102	99	103
Arthur Meighen (1926-1926), (1920-1921)	C	0	0	15	100	15
Robert Borden (1917-1920), (1911-1917)	C	0	0	62	100	62
Wilfrid Laurier (1896-1911)	L	0	0	81	100	81

PREMIERS MINISTRES (ANNÉES)	PARTI*	FEMMES		HOMMES		TOTAL DES NOMINATIONS
Charles Tupper (1896-1896)	C	0	0	1	100	1
Mackenzie Bowell (1894-1896)	C	0	0	13	100	13
John Thompson (1892-1894)	C	0	0	5	100	5
John Abbott (1891-1892)	C	0	0	6	100	6
Alexander Mackenzie (1873-1878)	L	0	0	16	100	16
John A. Macdonald (1878-1891), (1867-1873)	C	0	0	89	100	89

Dans l'histoire du Sénat, Jean Chrétien a été le premier ministre à nommer le plus de femmes (33), suivi de J. Trudeau (29), Harper (15), Mulroney (13) et P. E. Trudeau (12). Malgré la nomination de deux femmes dans les années 1930, ce sont les années 1960 qui marquent le tournant pour les nominations de femmes au Sénat.

Les conservateurs, de leur côté, sont plus enclins à nommer des femmes que des représentants des communautés francophones et acadiennes ou des membres des peuples autochtones. Le tableau 1 montre l'ensemble des nominations et leur provenance. En 1953, Saint-Laurent désigne la première représentante pour le Nouveau-Brunswick et la première sénatrice francophone du Québec. Trente ans plus tard, en 1984, la première femme appartenant à une minorité visible femme est nommée par Trudeau.

Le tableau 4.1 indique les nominations sénatoriales de femmes faites par les premiers ministres canadiens depuis 1867. Ces sénatrices provenaient principalement de l'Ontario (32) et du Québec (27), suivi du Nouveau-Brunswick (14), du Manitoba (10), de l'Alberta (9), de la Colombie-Britannique (7), de l'Île-du-Prince-Édouard (6), de la Nouvelle-Écosse (5), de la Saskatchewan (5), de Terre-Neuve-et-Labrador (3), du Yukon (2) et des Territoires du Nord-Ouest (1). Aucune sénatrice ne vient du Nunavut.

Pour conclure cette section, il est important d'insister sur le fait que les minorités francophones et acadiennes ainsi que les membres des Premières Nations, les Métis et les Inuits sont fortement sous-représentés au Sénat et à la Chambre des communes³⁶. En ce qui concerne les femmes, même si elles représentent plus de 50 % de la population, elles commencent seulement à être mieux représentées au Sénat et leur présence dans les institutions parlementaires n'est pas garantie³⁷. Par contre, si nous reprenons le seuil symbolique de 33 % dont parle Dahlerup³⁸ pour évaluer l'influence d'une minorité sur le plan institutionnel, seules les femmes ont atteint ce seuil au sein du Sénat. Comme le montre le tableau 1, elles ont atteint le

36. Pour plus de détails, voir L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive.

37. Les informations que nous avons sur les trois principaux groupes étudiés dans ce texte ont été colligées grâce aux renseignements disponibles dans le site du Sénat canadien, parlinfo.ca. Nous avons aussi quelques données concernant les minorités visibles, les minorités religieuses et les personnes avec un handicap, mais elles ont été prises de sources secondaires. Pour cette raison, nous les traiterons avec une certaine parcimonie.

38. Drude DAHLERUP, « From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics », *Scandinavian Political Studies*, vol. 11, n° 4, 1988, p. 275.

seuil de 44 % en 1993 sous le règne de Chrétien. Depuis 2015, Justin Trudeau a nommé plus de femmes (29) que d'hommes (21) au Sénat, une première dans l'histoire de cette institution. Autrement dit, sous son gouvernement, 58 % des personnes nommées au Sénat étaient des femmes ; elles représentent 47 % de tous les sénateurs. Un siège est vacant au Sénat au moment d'écrire ces lignes. Il y a beaucoup de chemin à parcourir pour envisager la possibilité d'atteindre un seuil comparatif avec les minorités francophones et acadiennes ou avec les peuples autochtones.

AUGMENTER LA REPRÉSENTATION DES GROUPES AU SÉNAT

La seconde partie de ce chapitre permet de souligner une tendance importante dans l'évolution du Sénat, soit la représentation des membres des communautés francophones et acadiennes, des Premières Nations, Métis et Inuits ainsi que des femmes. Au fur et à mesure que des membres de ces groupes font leur entrée au Sénat se pose aussi la question du processus de nomination de ces personnes. Si l'on ne souhaite plus un processus partisan comme par le passé au Canada, la mise en place du comité indépendant par le gouvernement Trudeau en 2015 ne nous paraît pas suffisante pour garantir un Sénat plus équilibré. Même si nous pouvons de plus en plus concevoir la question de la représentation des groupes minoritaires et des femmes au Sénat comme un acquis de la démocratie canadienne, celle-ci n'est pas garantie sur le plan constitutionnel.

Comment garantir la nomination de membres des groupes minoritaires et des femmes ? Quel processus adopter pour que la diversité canadienne ne soit pas pénalisée au moment des nominations ? L'état de la recherche sur la question est assez limité. Malgré les débats opposant ceux qui aimeraient un Sénat élu à ceux qui préfèrent le statu quo, peu ont soulevé l'incidence des processus de sélection des sénateurs sur la représentation des groupes minoritaires et des femmes³⁹.

Par le passé, les débats sur la réforme du Sénat ont donné lieu à quelques propositions afin d'accroître la représentation des francophones

39. S. MULLEN, préc., note 25, p. 273-289 ; Emmett MACFARLANE, « Senate Reform : The Good, the Bad, and the Unconstitutional », *Options politiques*, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/fr/magazines/september-2015/the-future-of-the-senate/senate-reform-the-good-thebad-and-the-unconstitutional/] ; Nadia VERRELLI, « The Senate : Should it Stay or Should it Go? », *Options politiques*, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/september-2015/the-future-of-the-senate/the-senate-should-it-stay-or-should-it-go/].

du Nouveau-Brunswick au Sénat de trois à quatre et de deux à trois en Ontario, en plus de garantir une représentation des francophones de la Colombie-Britannique où aucun sénateur francophone n'a jamais été nommé⁴⁰. Dans les années 1990, la Fédération des communautés francophones et acadienne propose aussi la création de circonscriptions sénatoriales francophones, mais la recommandation ne sera pas retenue⁴¹.

En l'absence de modifications constitutionnelles en vue de revoir la sélection des sénateurs ou le nombre de sièges pour les minorités, une attention particulière doit être portée au processus par lequel plusieurs anciens premiers ministres ont procédé à la nomination de femmes. Par exemple, le premier ministre Mulroney confiait à Marjory LeBreton (sénatrice jusqu'en 2016) le poste de directrice des nominations et lui donnait le mandat explicite de faire nommer des femmes dans des postes gouvernementaux⁴². Sous Chrétien, la directrice des nominations, Penny Collenette, mène une action similaire. Selon Griffith, Collenette est responsable de l'importante croissance de femmes au Sénat sous le gouvernement Chrétien⁴³. Sous Harper, il faut surtout souligner l'effort de recruter des sénateurs appartenant à une minorité visible et de diversifier la provenance professionnelle des sénateurs⁴⁴.

Enfin, l'arrivée de Justin Trudeau au pouvoir en 2015 a donné lieu à une certaine formalisation du processus de nomination des femmes et de membres de groupes minoritaires grâce à la mise en place d'un comité indépendant de filtrage des candidatures, composé de trois membres nommés par le gouvernement fédéral et de deux membres nommés par la province concernée, si celle-ci souhaite y participer. Ce comité évalue les candidatures en fonction d'une liste de critères qui comprennent les qualités personnelles et le sens de l'éthique, l'expérience du processus législatif, les états de service à la communauté et un bilan exceptionnel de réalisations. Pour chaque vacance, le comité doit proposer une liste de cinq noms et le premier ministre s'engage à prendre cette liste en considération. De plus, le gouvernement affirme qu'il cherche à atteindre l'équilibre entre les sexes au Sénat et qu'il accordera la priorité à des

40. L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, p. 105-108.

41. *Ibid.*, 105-108.

42. A. GRIFFITH, préc., note 6. Voir aussi David McKIE, « Female Appointments Dip Under Tories Last », *CBC News*, [www.cbc.ca/news/canada/story/2011/01/07/mckie-gender-equity.html].

43. A. GRIFFITH, préc., note 6.

44. *Ibid.*

candidats des peuples autochtones ou issus de communautés linguistiques, minoritaires et culturelles, « afin d'assurer la représentation de ces groupes au Sénat⁴⁵ ».

Ce processus plus formel constitue une avancée significative. Il s'agit d'un engagement du premier ministre à suivre un processus déterminé et des critères préétablis avant d'exercer le pouvoir de nomination que la Constitution lui confère, un processus qui se compare à celui qui est suivi, depuis une trentaine d'années, pour la nomination des juges des cours supérieures⁴⁶. Le processus en cours ne limite pas (officiellement) le pouvoir (constitutionnel) du premier ministre et ne remet pas en question le favoritisme et la partisanerie de façon fondamentale⁴⁷. Au mieux, il peut donner lieu à la mise en place d'une nouvelle convention constitutionnelle, comme le soulignent tant Macfarlane que Verrelli⁴⁸.

Réformer le processus de nomination : il serait possible de faire un pas de plus et d'adopter une loi qui encadre formellement la discrétion du premier ministre quant à la nomination des sénateurs et qui formaliserait le processus qui, jusqu'ici, ne repose que sur une déclaration d'intention du gouvernement. Une loi serait plus difficile à modifier. Elle s'imposerait à un nouveau gouvernement, à tout le moins jusqu'à ce que le Parlement la modifie, ce qui entraînerait un débat public.

Le fait que le pouvoir de nommer les sénateurs soit prévu par une disposition constitutionnelle n'empêche pas le Parlement d'adopter une loi pour encadrer l'exercice de cette discrétion, pourvu que l'architecture de la Constitution ne s'en trouve pas affectée. À titre d'analogie, la

45. COMITÉ CONSULTATIF INDÉPENDANT SUR LES NOMINATIONS AU SÉNAT, « Critères d'évaluation », Ottawa, Gouvernement du Canada, [En ligne], [https://www.canada.ca/fr/campagne/comite-consultatif-independant-sur-les-nominations-au-senat/criteres-devaluation.html].

46. L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, p. 105-108.

47. Selon l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les sénateurs sont officiellement nommés par le gouverneur général du Canada, mais, par convention, ils le sont sous l'avis du premier ministre. Le gouverneur général mandera de temps à autre au Sénat, au nom de la reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues et, sujettes aux dispositions de la présente loi, les personnes ainsi mandées deviendront et seront membres du Sénat et sénateurs.

De temps à autre, le gouverneur général, au nom de la reine, par acte sous le grand sceau du Canada, convoque des personnalités qualifiées au Sénat et, sous réserve des dispositions de la présente loi, toute personne ainsi convoquée devient membre du Sénat et sénateur.

48. E. MACFARLANE, préc., note 38; N. VERRELLI, préc., note 38.

Constitution accorde aussi à l'exécutif fédéral le pouvoir de nommer les juges, mais une loi du Parlement pose des conditions à l'exercice de ce pouvoir en exigeant que la personne nommée ait été membre du barreau pendant au moins dix ans. Il semble également possible qu'une loi puisse encadrer le processus qui vise à produire la liste des candidats qui sera présentée au ministre de la Justice.

On pourrait très bien envisager l'adoption d'une loi portant sur le processus de nomination des sénateurs. Cette loi formaliserait l'existence du comité d'examen des candidatures et prévoirait la participation provinciale à ce comité. La loi pourrait également proposer un mécanisme pour garantir la représentation des groupes minoritaires et des femmes. Par exemple, la loi pourrait aussi prévoir que le Sénat comporte un nombre minimal de sénateurs francophones pour certaines provinces – une suggestion faisant écho à celle qui a été proposée par Yvon Fontaine à la Fédération des communautés francophones et acadienne dans les années 1990 – ainsi qu'un nombre minimal de sénateurs provenant des peuples autochtones. Ces nombres pourraient être établis au moyen de seuils qui tiennent compte de la taille, en nombre absolu, de la population francophone d'une province, de la proportion de francophones au sein de la population totale de la province et du nombre de sièges que cette province possède au Sénat. Le même exercice serait à faire pour établir les seuils en ce qui a trait aux peuples autochtones. En ce qui concerne la représentation des femmes, la parité étant presque atteinte, une étape suivante consisterait à formaliser le processus afin de garantir la parité des genres au Sénat.

Une réforme plus audacieuse nécessiterait toutefois une modification constitutionnelle, ce qui mettrait cette dernière à l'abri des actions d'une majorité parlementaire hostile. Si l'on pose l'hypothèse selon laquelle la Constitution canadienne peut être modifiée, pour les besoins de l'argumentation, il devient pertinent de nous questionner sur les initiatives qui pourraient être davantage bénéfiques pour augmenter la représentation des groupes au Sénat. On peut, notamment, concevoir une répartition des sièges et un mode de sélection des sénateurs qui assureraient une meilleure représentation des femmes, des communautés francophones et acadiennes et des peuples autochtones. On devrait aussi déterminer des mécanismes assurant une voix plus importante aux sénateurs concernés sur les questions qui intéressent particulièrement le genre (les droits des femmes), la dualité linguistique et l'autodétermination des peuples autochtones.

Enfin, la représentation des différents groupes pose un défi majeur. Il faut nous assurer que le mode de sélection des sénateurs qui serait envisagé n'entraînera pas de répercussions négatives sur la possibilité que des représentants issus de groupes minoritaires deviennent sénateurs. Les dangers liés à l'élection des sénateurs, particulièrement lorsqu'une élection est tenue à l'échelle d'une province entière, sont importants pour les minorités en raison de leur nombre. Comme nous l'avons déjà mentionné, ils auraient très peu de chances d'être élus lors d'une élection générale.

Si l'élection des sénateurs devait tout de même se matérialiser, les risques de sous-représentation des minorités pourraient être contrebalancés par la création de postes de sénateurs spécialement pour elles. En 1992, l'Accord de Charlottetown avait envisagé la mise en place d'un mécanisme semblable en faveur des peuples autochtones: un nombre, non précisé dans l'accord, de sièges au Sénat aurait été réservé aux autochtones. Un mécanisme semblable devrait être mis en place pour assurer la représentation des francophones et des Acadiens. À titre d'exemple, on pourrait ajouter cinq sièges au Sénat pour représenter les communautés francophones et acadiennes et répartir ceux-ci entre les provinces où celles-ci sont particulièrement présentes. Des représentants des communautés francophones et acadiennes qui souhaiteraient aussi tenter de se faire élire dans les élections sénatoriales générales pourraient bien certainement se prévaloir de cette possibilité. Il serait également possible de nous inspirer du modèle néo-zélandais de représentation séparée du peuple maori au Parlement. Dans ce pays, le Parlement est composé de députés élus par l'électorat maori et l'électorat général. Toute personne maorie ou d'ascendance maorie peut choisir d'inscrire son nom sur le registre des électeurs maoris, mais elle peut aussi choisir de demeurer au sein de l'électorat général. Le nombre de députés maoris est déterminé, à chaque élection, en fonction du nombre de personnes qui exercent cette option⁴⁹.

49. Pour plus de détails sur le modèle néo-zélandais pour la représentation des Maoris, voir Augie FLERAS, « From Social Control towards Political Self-Determination? Maori Seats and the Politics of Separate Maori Representation in New Zealand », *Revue canadienne de science politique*, vol. 18, n° 3, 1985, p. 551-576; Augie FLERAS, « Aboriginal Electoral Districts in Canada. Lessons from New Zealand », dans Robert A. MILEN (dir.), *Aboriginal Peoples and Electoral Reform in Canada*, Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, vol. 9, Toronto, Dundurn Press, 1991, p. 67-104; Dominic O'SULLIVAN, « Needs, Rights and "One Law for All" : Contemporary Debates in New Zealand Maori Politics », *Revue canadienne de science politique*, vol. 41, n° 4, 2008, p. 973-986.

La représentation des peuples autochtones au Sénat pourrait obéir à un système semblable. Les électeurs auraient le choix de s'identifier comme autochtones ou francophones et Acadiens – dans les provinces autres que le Québec pour ces derniers. En fonction de la proportion de personnes qui s'identifieraient ainsi parmi la population générale, il faudrait déterminer le nombre de sièges réservés aux autochtones et aux francophones au Sénat, mais aussi délimiter des circonscriptions électorales. Ces circonscriptions autochtones ou francophones recouvriraient l'ensemble du pays (à l'exception du Québec) et, dans certains cas, pourraient couvrir plus d'une province. Ainsi, les autochtones et les francophones et les Acadiens partout au pays seraient représentés, même dans les provinces pour lesquelles aucun sénateur francophone n'a été nommé jusqu'ici, comme la Colombie-Britannique et Terre-Neuve-et-Labrador.

Dans le cas plus précis des francophones et des Acadiens, il est possible qu'un tel système fonctionne sans adopter une définition précise de francophone, autrement dit en donnant à toute personne la possibilité de s'enregistrer au sein de l'électorat francophone, peu importe son appartenance réelle à la communauté francophone. En effet, on peut présumer qu'une personne qui n'est pas francophone ne verra aucun intérêt à s'identifier comme francophone et à être représentée par un francophone au Sénat. Il faut bien comprendre que, dans un tel système, un électeur francophone ne peut voter dans les élections générales, et vice versa. Si l'on craint qu'un tel système donne lieu à des abus, il serait tout de même possible, comme en Nouvelle-Zélande, de n'autoriser que les francophones à s'enregistrer comme tels. Il faudrait alors choisir une définition. Le concept d'« ayant droit » de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est sans doute trop restrictif pour jouer ce rôle, puisqu'il a été conçu en grande partie pour répondre à des préoccupations liées à l'accès à l'école anglaise au Québec et parce que cela limite la définition de francophone à ceux dont le français est la langue maternelle⁵⁰. S'il était nécessaire de recourir à une définition, il serait préférable de nous inspirer de la définition dite « plus inclusive » employée par l'Ontario depuis 2009 et qui englobe « les personnes pour lesquelles la langue maternelle est le français, de même que les personnes pour lesquelles la langue maternelle

50. Pour une discussion détaillée sur les difficultés liées à l'article 23, voir Linda CARDINAL et Pierre FOUCHER, « Minority Languages, Education and the Constitution in Canada », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 553-574.

n'est ni le français ni l'anglais, mais qui ont une bonne connaissance du français comme langue officielle et qui utilisent le français à la maison⁵¹ ».

Sur le plan des principes, l'adoption d'un tel système de représentation séparée constituerait une forme d'autonomie personnelle conférée aux communautés francophones et acadiennes⁵². Ce système ne donnerait pas des droits accrus aux francophones, en ce sens que chaque individu, francophone ou non, ne voterait qu'une fois lors des élections sénatoriales.

Enfin, posons la question du pourquoi? Comme nous l'avons déjà mentionné dans la première partie de ce chapitre, la représentation des minorités nous paraît importante et nécessaire, car au cœur de notre propos nous convenons que l'accroissement du nombre de membres de la diversité canadienne peut aider le Sénat à mieux jouer son rôle, notamment en tant que chambre qui permet de poser un second regard attentif sur les projets de loi et les débats politiques, en plus de représenter les intérêts régionaux. Entre autres, le Sénat peut aider à transcender les affiliations partisans sur des sujets difficiles et ainsi favoriser des alliances entre sénateurs. La nomination de sénateurs issus de groupes minoritaires permettrait aussi à des acteurs critiques provenant de ces milieux de se démarquer. Comme le soulignent Childs et Krook⁵³, ces acteurs critiques sont importants, car ils se révèlent être des personnes pouvant agir en vue de faire avancer les intérêts du groupe. Ainsi, la nomination d'acteurs critiques peut servir à compenser le déficit démographique de certaines minorités.

Depuis 2015, la présence d'un nombre de plus en plus important de sénateurs non affiliés au Sénat ne change rien au fait que la force de

51. Pour plus de détails, voir: [En ligne], [csfontario.ca/en/rapports/ra1516/30-ans-de-la-loi/dif].

52. Sur les différents modèles de représentation des communautés francophones et acadiennes du Canada, voir aussi Johanne POIRIER, «Au-delà des droits linguistiques et du fédéralisme classique: favoriser l'autonomie institutionnelle des francophonies minoritaires du Canada», dans Linda CARDINAL, Anne GILBERT et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada: nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Fides, Montréal, 2008, p. 513; et Johanne POIRIER, «Protection constitutionnelle des minorités linguistiques: un exercice-fiction de transposition du modèle fédéral belge au Canada», André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionnalisme et minorités / Language, Constitutionalism and Minorities*, Butterworths, Toronto, 2006, p. 161.

53. Sarah CHILDS et Mona Lena KROOK, «Analysing Women's Substantive Representation: From Critical Mass to Critical Actors», *Government and Opposition*, vol. 44, n° 2, 2009, p. 125-145.

l'institution continue de résider dans la démonstration de la compétence des personnes qui sont nommées⁵⁴. Cette compétence est à l'œuvre dans le travail d'enquête des sénateurs dans de nombreux domaines, dont les enjeux importants pour les membres de la diversité. Les acteurs critiques au sein des groupes de la diversité n'ont d'autres choix que d'être des sénateurs « hypercompétents », car ils seront jugés sur cette base – un peu comme on juge les minorités et les femmes dans d'autres domaines en raison du double standard⁵⁵.

CONCLUSION

Pour conclure, les données sur la représentation des minorités au Sénat depuis sa fondation en 1867 montrent que le Sénat, en tant qu'institution, a fait d'importants progrès, en particulier depuis les années 1980. Ce bond a donné lieu à des progressions en dents de scie, car ce sont surtout les premiers ministres libéraux qui ont procédé à la nomination de membres de la diversité. Il faut toutefois souligner les efforts de Harper envers la nomination de membres des minorités visibles – même si l'on peut supputer que ces nominations étaient effectuées à des fins purement électoralistes, tout comme les nominations précédentes avant lui. Malgré tout, la représentation des minorités fait partie des attributs fondamentaux du Sénat, comme l'a également souligné la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵⁶.

La représentation des femmes, pour sa part, est mieux assurée compte tenu des efforts importants de Chrétien à cet égard, des efforts dont on ressent encore les effets. En nommant autant de femmes sous son règne, il a créé une tradition qui ne peut plus être écartée, même si elle n'a rien de garanti. Par contre, une telle tradition est beaucoup plus fragile pour les communautés francophones et acadiennes ainsi que pour les peuples autochtones. C'est pourquoi nous plaignons pour davantage de garanties pour la représentation de ces groupes ainsi que pour les femmes. De plus, comme le montre la figure 1, cette tradition de nomination de sénateurs

54. C.E.S. FRANKS, *The Parliament of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, p. 190.

55. Pour des exemples de sénateurs « hypercompétents », voir L. CARDINAL et S. GRAMMOND, préc., note introductive, p. 45-69.

56. *Ibid.*, p. 41.

francophones et acadiens remonte à la fondation du Sénat canadien. Une telle tradition ne devrait pas être abandonnée⁵⁷.

En somme, notre analyse de la situation nous conduit à proposer l'adoption d'une loi dans le cadre constitutionnel existant ou, de manière plus ambitieuse, d'apporter une modification à la Constitution afin de constitutionnaliser la représentation des groupes minoritaires pour les francophones et les Acadiens ainsi que pour les Premières Nations, Métis et Inuits. Cela constitue en soi un précédent important. Il s'agit d'un argument fort pour affirmer que la démocratie canadienne n'est pas fondée uniquement sur le principe de la représentation populaire. L'histoire de la représentation au Canada comprend les intérêts des minorités. C'est la raison pour laquelle les Canadiens ne devraient pas s'étonner qu'un jour la constitution du pays soit modifiée pour rendre plus explicite la représentation des groupes minoritaires. Il s'agit d'un élément important de l'identité du pays.

57. Nous soutenons, dans *ibid.*, qu'il s'agit d'une convention constitutionnelle. Pour plus de détails, voir p. 22-24.

Partie 2

Le pouvoir judiciaire

CHAPITRE 5

Le pouvoir judiciaire dans l'État fédéral : approche comparée des expériences belge et canadienne

MARC VERDUSSEN¹

INTRODUCTION

Le droit constitutionnel comparé nous enseigne que, dans les États fédéraux, le pouvoir judiciaire et les juges qui le composent n'ont pas nécessairement le même statut et n'assument pas forcément le même rôle dans l'ensemble du système institutionnel. Quant à la production jurisprudentielle de ces juges, elle est étroitement liée à la dynamique propre à l'État fédéral dans lequel elle prend place. Elle est aussi tributaire des principes fondamentaux sur lesquels repose le partage des compétences dans cet État et sur les modes d'interprétation privilégiés par les juges. Par la force des choses, l'influence de cette production sur les différents niveaux de pouvoirs doit être mesurée avec discernement dans chaque État fédéral. Le présent rapport entend procéder à une analyse comparée, donc croisée, de la place et du rôle du pouvoir judiciaire dans deux États fédéraux, entre lesquels existent autant de zones de convergence que d'éléments de divergence : la Belgique et le Canada.

Par cette comparaison, il s'agit de contribuer – ce n'est qu'une contribution, qui plus est de nature juridique – à une meilleure perception et à une plus fine compréhension de l'influence des juges, de la justice et de la jurisprudence sur l'État fédéral et la mécanique fédérale. Toutefois, il eut été impossible, dans cette contribution, d'examiner de manière sérieuse

1. Je remercie Johanne Poirier, titulaire de la Chaire MacKell sur le fédéralisme à la Faculté de droit de l'Université McGill de Montréal, pour la lecture attentive qu'elle a faite d'une première version de cette contribution. Plusieurs de ses observations ont permis d'améliorer ce texte.

une telle influence sur tous les acteurs clés de l'État fédéral. Dans la mesure où les deux États fédéraux sont traversés par une certaine bipolarisation – anglophones/francophones, dans un cas, et Flamands/francophones, dans l'autre –, nous avons privilégié l'« influence judiciaire » sur les rapports, donc l'équilibre entre les deux pôles. Les francophones du Canada n'étant pas, à la différence des francophones de Belgique, en position de codominance, le choix de notre objet d'étude nous a amené, s'agissant de l'État fédéral canadien, à privilégier l'influence du facteur judiciaire sur la province du Québec. Cette focalisation sur le Québec ne doit évidemment pas faire oublier que d'autres acteurs clés sont soumis à une telle influence, dont les peuples autochtones, qui n'étaient pas partie au pacte fédéral initial, mais qui sont reconnus par les discours – à défaut de l'être par les actes – comme faisant partie intégrante de la dimension multinationale du Canada.

L'objet du rapport n'est pas de procéder à une comparaison globale et exhaustive entre le fédéralisme canadien et le fédéralisme belge². Cet exercice a déjà été réalisé, soit sur un plan général³, soit sur des aspects

-
2. La littérature scientifique sur le fédéralisme en Belgique est foisonnante. Certaines études ont été publiées au Canada. Parmi les plus récentes, voir Hugues DUMONT, « Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale? Les onze leçons d'un fédéralisme immature », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational: un modèle viable?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 177-210; Johanne POIRIER, « Les fédérations belge et canadienne: essai de comparaison synthétique et systématique », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 39, 2009, p. 13; Johanne POIRIER, « The Belgian Federation: Tools of Appeasement, Instruments of Confrontation », dans Rekha SAXENA (dir.), *Varieties of Federal Governance: Major Contemporary Problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 344; Min REUCHAMPS, Condad MEULEWAETER, Pierre BAUDEWYNS et Lieven DE WINTER, « Les facteurs d'unité en Belgique: Diables rouges, attitudes politiques et sentiments identitaires », dans Jean-François CARON (dir.), *L'unité et la fragmentation des fédérations multinationales*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, p. 99; Caroline VAN WYNSBERGHE, « L'exemple belge: les faiblesses de la formule fédérale mise en place en Belgique », *L'idée fédérale*, 2011; Marc VERDUSSEN, « La Belgique: un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », dans M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), préc., note 1, p. 211; Marc VERDUSSEN, « La protection des minorités linguistiques en Belgique: heurs et heurts », dans Eugénie BROUILLET et Louis-Philippe LAMPON (dir.), *La mobilisation du droit et la protection des collectivités minoritaires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 55-70; Marc VERDUSSEN, « Les paramètres de la fragmentation de l'État belge », dans J.-F. CARON (dir.), préc., note 1 p. 77.
 3. Voir notamment Bernard FOURNIER et Min REUCHAMPS (dir.), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada: comparaison sociopolitique*, Bruxelles, De Boeck, 2009; Johanne POIRIER, « Fédéralisme en Belgique et au Canada: parallèles, dissonances et paradoxes », *Septrion: arts, lettres et culture de Flandre et des Pays-Bas*, 2004, n° 3, p. 26-32.

particuliers du fédéralisme, tels le pouvoir de dépenser⁴ ou la protection des minorités linguistiques⁵.

Pour la bonne compréhension du rapport, il nous paraît utile, à titre de préalable, de mettre en évidence un certain nombre de convergences et de divergences entre les deux États fédéraux.

Premièrement, à la différence de la Constitution belge, qui formellement est composée d'un corpus déterminé d'articles, la Constitution canadienne est composite: elle « n'est pas formée d'un document fondateur », mais « est plutôt le fruit d'un long processus d'ajustement et d'évolution », qui a commencé en 1867 et « qui mène aujourd'hui à une constitution qui n'est ni complètement écrite ni complètement coutumière⁶ ». En Belgique, les collectivités fédérées – les communautés et les régions – n'ont pas le pouvoir de faire œuvre constituante. Au Canada, les provinces ont des constitutions au sens matériel. Seule la Colombie-Britannique a une constitution formelle⁷. On précisera cependant que plusieurs lois provinciales ont un statut « quasi constitutionnel », les autres lois devant, dans la mesure du possible être interprétées en conformité avec celle-ci. Ainsi, l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* dispose qu'« aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ». Par ailleurs, plusieurs dispositions contenues dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1867* – partie intitulée « Constitutions provinciales » – peuvent être modifiées unilatéralement par chaque province.

Deuxièmement, l'État fédéral belge est mû par une dynamique de dissociation. Il est né d'une lente métamorphose, qui s'est opérée au départ

4. Voir Valéry VANDER GEETEN, « Le pouvoir de dépenser en Belgique et au Canada: gage d'efficacité ou entorse au fédéralisme? », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2008, p. 335.

5. Voir notamment Nicolas BONBLED, « La protection des droits des minorités et la répartition des compétences dans les États fédéraux. Les expériences belges et canadiennes », *Annales de droit de Louvain*, 2012, p. 19; Johanne POIRIER, « Protection constitutionnelle des minorités linguistiques: un exercice-fiction de transposition du modèle fédéral belge au Canada », dans André BRAEN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Langues, constitutionalisme et minorités – Language, Constitutionalism and Minorities*, Toronto, Butterworths, 2006, p. 161.

6. Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens: expression d'une Constitution encore inachevée », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, 2015, p. 413.

7. *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66.

d'une structure originellement centralisée, par le fractionnement d'un État souverain et sous la pression de forces centrifuges. Il s'est ainsi constitué par acheminement, le fédéralisme identitaire qui le fonde étant le fruit d'une longue évolution historique. Donc, si l'on se réfère à la distinction classique entre le fédéralisme par agrégation (*integrative federalism*) et le fédéralisme par désagrégation (*devolutionary federalism*), la Belgique fait partie de la seconde catégorie, le fédéralisme ayant émergé sous la pression de forces centrifuges. Des revendications autonomistes ont émergé au sein de l'État, à l'origine non fédéral, et ont abouti à la constitution au sein de cet État de collectivités fédérées, donc à une transmutation fédérale de celui-ci. Si cette dynamique centrifuge a présidé à la création de l'État fédéral, elle n'en a pas moins continué de jouer un rôle ultérieurement. « La dynamique se poursuit », écrit Jacques Chevallier à propos de la Belgique⁸. Un État fédéral formé par désagrégation n'est-il pas un État fédéral en continuel mouvement, dont le fédéralisme n'est jamais achevé? « Ongoing ambiguity and deep disagreement are basic ingredients of a federal structure that – surprisingly enough – continues to function quite effectively, without major conflicts⁹. » Au Canada, la dynamique ayant présidé à la création de l'État fédéral et à son évolution est à la fois centripète et centrifuge, combinant association et dissociation. En droit comparé, la différence entre les deux processus de fédéralisation – par agrégation et par désagrégation – n'est d'ailleurs pas toujours nette¹⁰.

Troisièmement, en Belgique, les collectivités fédérées sont dédoublées en deux catégories, les communautés et les régions. Selon l'article 1^{er} de la Constitution, « la Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions ». Les articles 2 et 3 précisent, respectivement, que la Belgique comprend trois communautés et trois régions : la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone, d'une part ; la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise (ou Région de Bruxelles-Capitale). De la sorte, il existe, en réalité, un triple niveau de gouvernement puisque, loin d'être juxtaposées aux régions, les communautés se superposent à celles-ci. Autrement dit, chaque endroit

8. Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 81.

9. Kris DESCHOUWER, « Belgium : Ambiguity and Disagreement », dans Raoul BLINDENBACHER et Abigail OSTIEN (dir.), *Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 10. Voir également Robert MNOOKIN et Alain VERBEKE, « Persistent Nonviolent Conflict with no Reconciliation : The Flemish and Walloons in Belgium », *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, 2009, p. 153 et 154.

10. Tania GROPPi, *Il federalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 80.

du territoire de l'État représente le point de chevauchement d'une région et d'au moins une communauté. Par comparaison, l'État fédéral canadien est également constitué de deux catégories de collectivités fédérées – dix provinces et trois territoires autonomes –, mais, plutôt que de se superposer aux provinces, les territoires autonomes se juxtaposent à celles-ci.

Quatrièmement, bien qu'étant soumis à une stratification en trois niveaux superposés de gouvernement et composé de plusieurs collectivités fédérées, l'État fédéral belge est traversé par une profonde fracture entre une population flamande et une population francophone. Il se distingue par une bipolarisation des intérêts en présence, qui n'est pas d'ordre exclusivement linguistique, mais est également culturelle et socioéconomique. Tous les indicateurs économiques sont favorables à la Flandre : le produit intérieur brut (PIB), le taux de chômage, le taux de pauvreté, le revenu disponible moyen, etc.¹¹

Cette bipolarisation est à ce point profonde que l'aménagement juridique de l'État fédéral belge porte la marque de cette bipolarité, les institutions fédérales étant passablement organisées en fonction de celle-ci. Chacune comporte en effet une composante flamande et une composante francophone, parfois de manière strictement paritaire. D'une certaine manière, cette bipolarité institutionnelle, tout en trouvant sa cause dans une bipolarité sociologique, nourrit et renforce celle-ci. « The dual character of many of the Belgian institutions, as well as the division of the territory into largely linguistically homogeneous units, has had the effect of erecting invisible walls between the North and the South of the country. Social and psychological barriers ground, and reflect, political ones, in a continuous dialectical process¹². »

Au Canada, le pacte fédéral a également été noué entre deux groupes « fondateurs ». Cependant, le rapport de force entre ces deux groupes n'est point comparable à celui qui existe entre les Flamands et les francophones en Belgique. Sans entrer dans les détails, on relèvera que ces derniers bénéficient de protections substantielles, sous la forme d'une garantie de représentation – généralement paritaire – au sein des institutions fédérales (Conseil des ministres, Cour constitutionnelle, Comité de concertation...)

11. Voir notamment Pierre PESTIAU et Mathieu LEFEBVRE, « L'économie belge, l'économie des Belges : inégalités et politique économique depuis l'après-guerre », dans Astrid VON BUSEKIST (dir.), *Singulière Belgique*, Paris, Fayard, 2012, p. 160 et 161.

12. J. POIRIER, « The Belgian Federation : Tools of Appeasement, Instruments of Confrontation », préc., note 1, p. 368.

et de « droits-freins », selon l'expression de Nathalie Des Rosiers¹³. Il y va de mécanismes qui, à maints égards, s'inspirent du confédéralisme davantage que du fédéralisme. Certes, au Canada, certaines règles ou pratiques reflètent le caractère bipolaire de la société, tel le bilinguisme des institutions fédérales, mais la protection qu'elles offrent au groupe francophone minoritaire n'est pas comparable à celle qu'on peut trouver en Belgique : c'est une protection essentiellement linguistique, qui n'est pas nécessairement constitutionnalisée ni même institutionnalisée, et qui est accordée à un groupe minoritaire représentant environ 21 % de la population canadienne et très majoritairement concentré sur le territoire d'une province, le Québec¹⁴. À cet égard, José Woehrling note que « les francophones du Canada auraient voulu, à une certaine époque, obtenir ce genre de gestion paritaire de l'État fédéral, sur un pied d'égalité ou de quasi-égalité avec les anglophones » et qu'« une telle solution aurait peut-être été envisageable en 1867, au moment de la création du Canada, à une époque où les francophones comptaient encore pour le tiers de la population canadienne¹⁵ ».

Cinquièmement, comme l'écrit très bien Guy Laforest, qui s'appuie sur l'exemple du Canada, « les communautés politiques et intellectuelles des États multinationaux produisent leurs propres traditions interprétatives à propos du régime fédéral dans lequel elles vivent ». Et de poursuivre :

Sur ce point, en règle générale, on verra à l'œuvre des différences majeures entre les traditions interprétatives des communautés nationales minoritaires. Sur la question des grands équilibres du fédéralisme, les majorités privilégient l'unité, la solidarité et l'interdépendance appuyées sur des critères d'efficacité, de performance et d'uniformité dans la justice, ainsi que l'intégration sociale, tandis que les minorités privilégient l'autonomie, l'asymétrie et leur propre habilitation symbolique et légale¹⁶.

La Belgique offre, à cet égard, une configuration singulière. En effet, l'unité, la solidarité et l'interdépendance sont portées plus par la « minorité » francophone, tandis que la « majorité » flamande met en exergue l'autonomie. Précisons qu'en Flandre la volonté d'autonomie donne lieu

13. Nathalie DES ROSIERS, « Le droit et la protection de la langue : noblesse oblige ou habilitation des minorités », *Revue générale de droit*, vol. 40, 2010, p. 233.

14. J. POIRIER, préc., note 2, spéc. p. 28 et 29.

15. José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2003-2004, vol. 34, p. 105.

16. Guy LAFOREST, *Un Québec exilé dans la fédération : essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Montréal, Québec Amérique, 2014, p. 122.

à des revendications très diverses : il y va, pour certains, de revendications réclamant une plus grande autodétermination à l'intérieur du cadre étatique – c'est une autonomie infra-étatique – et, pour d'autres, de revendications séparatistes visant à une indépendance sur le plan international. Dans tous les cas, on assiste en Flandre à une évanescence de l'*affectio societatis*. Comme le note un historien flamand, « it is becoming increasingly difficult to talk of a common Belgian frame of reference – there is no longer any sense of a shared national past. [...] As a result, there is no longer a feeling of common national consciousness which is a precondition for the existence of any nation state¹⁷ ».

Une dernière différence doit être relevée : la Belgique est liée à la tradition juridique – ou culture juridique – du « droit civil », tandis que le Canada est marqué par le bijuridisme, étant rattaché aux deux traditions juridiques : le « droit civil » et la « common law ». Comme le note Johanne Poirier, « la culture constitutionnelle dans laquelle baignent les fédérations continentales accorde une plus grande place au droit positif écrit que c'est le cas dans les régimes fondés sur des principes de droit anglais », ceux-ci « étant plus friands – ou du moins plus tolérants – à l'égard des règles non écrites au statut incertain¹⁸ ». Selon certains auteurs, la fracture s'étend même aux modes d'interprétation des textes juridiques. C'est ainsi que, pour l'essentiel, les francophones auraient « un fonds de culture cartésienne et positiviste qui les conduit à chercher le sens de la loi, indépendamment des contingences historiques ou politiques de son élaboration », tandis que les Flamands seraient « imprégnés d'une culture d'affirmation et de

17. Herman VAN GOETHEM, *Belgium and the Monarchy: From National Independence to National Disintegration*, Anvers, University Press Antwerpen, 2010, p. 269.

18. Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses États : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Yvon Blais, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 466. Voir également Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Comparative Experiences of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 450 ; Thomas FLEINER, « Constitutional Underpinnings of Federalism: Common Law vs. Civil Law », dans Thomas J. COURCHENE, John R. ALLAN, Christian LEUPRECHT et Nadia VERRELLI (dir.), *The Federal Idea: Essays in Honour of Ronald L. Watts*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 2011, p. 99.

revanche qui éclaire les textes d'un sens qui n'est pas lisible par le lecteur d'une autre culture¹⁹».

Ces constats préalables étant faits, la comparaison entre les deux États fédéraux quant à la place et au rôle du pouvoir judiciaire est réalisée ici en trois temps : l'organisation du pouvoir judiciaire (I), le statut du pouvoir judiciaire (II) et les attributions du pouvoir judiciaire (III).

L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE

La Cour constitutionnelle belge a été conçue comme un organe judiciaire spécialisé, indépendant des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et dont le statut et la composition sont adaptés au contrôle des lois²⁰. C'est un organe kelsenien, comparable à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ou aux Cours constitutionnelles d'Italie et d'Espagne, par exemple. La Cour constitutionnelle a le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois (règles ayant force de loi). C'est la raison pour laquelle le contrôle effectué par la Cour constitutionnelle est appelé *constitutional review* et non *judicial review*, ce qui convient mieux aux contrôles effectués par tous les tribunaux ordinaires, aux États-Unis ou au Canada, par exemple. Le *constitutional review* est largement utilisé dans tous les pays d'Europe occidentale et orientale dotés d'un système juridique de droit civil. Ces particularités de la justice constitutionnelle en Belgique nous obligent à l'étudier séparément de l'architecture juridictionnelle générale.

L'architecture juridictionnelle générale

En Belgique, tout au long du processus de fédéralisation, un système judiciaire unifié a été préservé, bien que la situation soit plus complexe pour les juridictions administratives²¹. En effet, l'organisation judiciaire a toujours relevé de la compétence des autorités fédérales, ce que la Cour constitutionnelle a constaté dès ses premiers arrêts²² et qu'elle n'a de cesse

19. Paul MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 248 et 249.

20. Voir Marc VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012.

21. Voir Anne-Sophie BOUVY, « La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2015, p. 215.

22. Voir notamment C.C., arrêt n° 46/88 du 11 février 1988.

de rappeler lorsqu'elle y est amenée²³. Cette concentration de l'organisation du pouvoir judiciaire entre les mains des seules autorités fédérales est une conséquence des conditions particulières de l'écllosion du fédéralisme. Dans les États fédéraux constitués par agrégation, comme les États-Unis, il est compréhensible que les collectivités fédérées, qui possédaient déjà des organes juridictionnels avant la naissance de l'État fédéral, souhaitent les conserver, en tout ou en partie. À l'inverse, dans un État fédéral comme la Belgique, doté à l'origine d'un seul appareil juridictionnel, il n'est guère surprenant que, dans un premier temps en tout cas, la priorité soit donnée à la fédéralisation des pouvoirs législatif et exécutif, par un démembrement des organes politiques et administratifs. Ce système présente l'avantage d'assurer « l'unification du droit communautaire et régional, de la même manière que le droit national l'a toujours été²⁴ ». Cependant, à court ou moyen terme, la Belgique ne fera sans doute pas l'économie d'un débat sur le sort de la fonction juridictionnelle dans l'État fédéral, la dynamique centrifuge qui traverse le système y conduisant inéluctablement.

En revanche, au Canada, la compétence législative de créer des tribunaux judiciaires fait l'objet d'un partage entre les deux niveaux de pouvoir²⁵. En vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut « adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada » – c'est sur cette base qu'a été créée la Cour suprême – et « établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Selon l'article 92(14) de la même *Loi constitutionnelle de 1867*, chaque province peut légiférer en ce qui concerne « l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux ». Dans chaque province, il existe ainsi des cours provinciales supérieures : une cour d'appel et une cour de première instance, dont la dénomination varie d'une province à l'autre. Dans la province de Québec, par exemple, ces cours supérieures sont la

23. Voir notamment C.C., arrêt n° 144/2005 du 21 septembre 2005.

24. ANNE RASSON-ROLAND, « Les autorités de justice », dans Francis DELPÉRÉE (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 189.

25. Sur cette structure juridictionnelle, et sur le contrôle de constitutionnalité au Canada, voir Johanne POIRIER, « Les recours des particuliers devant les plus hautes juridictions : une perspective de droit comparé », *Rapport national sur le Canada, préparé pour le service de recherche de la Bibliothèque de droit comparé du Parlement européen*, octobre 2017, p. 22, [En ligne], [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608733/EPRS_STU%282017%29608733_FR.pdf].

Cour d'appel et la Cour supérieure. Il existe aussi, en dessous des cours provinciales supérieures, des cours et des tribunaux provinciaux. Dans la province de Québec, la principale cour inférieure est la Cour du Québec, formée de trois chambres (chambre civile, chambre criminelle et pénale et chambre de la jeunesse).

Toutefois, pour différentes raisons, le système judiciaire canadien a un caractère passablement centralisé et intégré, ce qui là aussi est de nature à conduire à une uniformisation de la jurisprudence, donc de l'interprétation du droit fédéral et des droits provinciaux²⁶.

Tout d'abord, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours provinciales supérieures. Selon l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les allocations, pensions et salaires des juges de ces cours sont fixés et payés par le Parlement fédéral.

Ensuite, « au Canada, le système judiciaire est de façon générale unitaire ; les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales²⁷ ». En clair, les tribunaux provinciaux appliquent le droit fédéral tout autant que le droit provincial. On précisera toutefois que l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement fédéral à attribuer en exclusivité à des tribunaux fédéraux l'application de règles de droit fédéral. C'est sur cette base qu'une Cour fédérale a été instituée en 1970. Le pouvoir du Parlement fédéral de confier à des tribunaux fédéraux l'application du droit fédéral n'est pas illimité. Ainsi, l'article 91 (27) réserve aux seuls tribunaux provinciaux « la constitution des tribunaux de juridiction criminelle », tout en précisant que la procédure criminelle reste de la compétence du Parlement fédéral²⁸. Par ailleurs, « lorsqu'aucune loi fédérale n'est en cause ou lorsqu'une loi n'attribue aucune compétence à la Cour fédérale, ce sont les cours supérieures provinciales qui sont compétentes en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁹ ».

26. Frederick Lee MORTON (dir.), *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 2^e éd., Calgary, University of Calgary Press, 1994, p. 47.

27. *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206.

28. Marc VERDUSSEN, « Le partage du pouvoir de répression pénale au Canada », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 780 et 783.

29. Gérald-A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 178.

Enfin, toute affaire peut être déférée en dernier ressort à la Cour suprême du Canada, qui fait office de « cour générale d'appel pour le Canada », au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁰. On rappellera que, de 1867 à 1949, une juridiction suprême existait au Canada et était chargée de contrôler, en dernière instance, la constitutionnalité des lois, donc le respect du partage des compétences entre législateurs : le Comité judiciaire du Conseil privé. Certes, en 1875, par la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, adoptée sur la base de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral a créé une cour générale d'appel pour tout le Canada, la Cour suprême. Mais il a fallu attendre 1949 pour que cette dernière soit effectivement reconnue comme juridiction ultime et exclusive, ayant la qualité de juridiction d'appel pour toutes les décisions rendues sur le territoire canadien, que ce soit par des tribunaux fédéraux ou par des tribunaux provinciaux. Sous réserve de certaines exceptions où l'appel est de plein droit, le recours à la Cour suprême suppose l'obtention préalable d'une autorisation d'appel, qui ne sera accordée que si l'affaire comporte une question d'importance pour le public ou soulève une question de droit suffisamment importante pour justifier la saisine de la Cour. La Cour suprême a également compétence pour rendre des avis consultatifs à la demande du pouvoir exécutif fédéral, tandis que les gouvernements provinciaux peuvent faire de même avec leurs cours d'appel respectives. Dans ce dernier cas, l'avis consultatif peut être réexaminé par la Cour suprême. Une jurisprudence importante en matière de fédéralisme découle de ces « renvois ».

Dans une certaine mesure, la Belgique et le Canada se rejoignent donc dans le constat d'un fédéralisme judiciaire inabouti, cet inaboutissement n'étant pas complètement assumé par toutes les composantes infraétatiques. Il convient cependant de garder à l'esprit que la justice canadienne, à différence de la justice belge, est rendue en grande partie par des tribunaux provinciaux. Ce n'est pas le cas en Belgique, où les collectivités fédérées peuvent créer uniquement des juridictions administratives. Et si, lors de la dernière phase de la réforme de l'État, certains aspects du système judiciaire ont été transférés aux communautés, cela reste très marginal. On citera, par exemple, la réglementation sur les maisons de justice, établissements chargés de missions d'exécution des décisions de justice. En revanche, une loi fédérale du 15 juin 1935, souvent

30. Sur l'histoire de la Cour suprême du Canada, voir James G. SNELL et Frederick VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

modifiée, règle l'emploi des langues en matière judiciaire, où des régimes différents sont appliqués selon les régions linguistiques.

La justice constitutionnelle

Dans tout État fédéral, le partage des pouvoirs entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées est aménagé par la Constitution ou par des lois adoptées en exécution de la Constitution. L'aménagement d'un contrôle de constitutionnalité des lois, tant fédérales que fédérées, y est donc inéluctable. La justice constitutionnelle – qui comprend, à tout le moins, les différends concernant la constitutionnalité des normes législatives – est donc consubstantielle au fédéralisme.

En Belgique, c'est en réalité le fédéralisme qui a conduit à la création d'une juridiction constitutionnelle. Dès lors que l'État belge « se dotait de plusieurs législateurs qui seraient fatalement entraînés à empiéter sur le domaine du voisin, il fallait bien se résoudre à soumettre leurs conflits à un arbitre³¹ ». De surcroît, l'émergence du fédéralisme, et spécialement d'un fédéralisme bipolaire, reposant sur l'affrontement entre deux grands groupes sociologiques, a convaincu les esprits de la nécessité d'opter pour un modèle concentré sur une juridiction spécifique, la Cour constitutionnelle. En conséquence, la Belgique s'est alignée sur le modèle centralisé du contrôle de constitutionnalité, où le contrôle de la constitutionnalité des lois, et même d'autres normes, est confié exclusivement à un tribunal créé spécialement à cet effet, indépendant des autres tribunaux ainsi que d'autres secteurs du gouvernement. La « Cour d'arbitrage » belge – rebaptisée depuis « Cour constitutionnelle » – est composée d'un nombre égal de juges néerlandophones et francophones. Peu à peu, la Cour s'est également vu attribuer la compétence de contrôler la conformité de la législation fédérale, régionale et communautaire avec les libertés et droits constitutionnels. Un litige peut être déclenché de trois manières différentes : une action en inconstitutionnalité par une autorité politique ou par un organisme public, une action individuelle introduite par une personne, une association ou un groupe privé ou une question préalable posée par un tribunal ordinaire, dans le cadre d'une affaire concrète.

31. Paul MARTENS, « Le rôle constitutionnellement politique du juge », dans *Justice et politique : je t'aime, moi non plus...*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 62.

Au Canada, le contrôle de constitutionnalité des lois se rattache au modèle déconcentré de justice constitutionnelle³². Le pouvoir judiciaire, au sommet duquel siège la Cour suprême, vérifie le respect du partage du pouvoir législatif entre l'ordre fédéral et l'ordre provincial et, depuis 1982, se prononce sur la compatibilité des lois avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'élargissement du contrôle judiciaire des lois à cette nouvelle charte a conduit à une expansion considérable du rôle des tribunaux³³.

Cette différence entre le système belge et le système canadien tend à montrer que le fédéralisme n'a aucune incidence sur le choix d'un modèle de justice constitutionnelle plutôt que l'autre. Dans les *Mélanges en l'honneur de José Woehrling*³⁴, nous nous sommes attachés à montrer que la distinction entre les deux modèles méritait d'être relativisée. La comparaison entre le contrôle de constitutionnalité des lois au Canada et en Belgique confirme la pertinence d'une telle relativisation.

Au Canada, si le contrôle de constitutionnalité des lois est exercé par l'ensemble des tribunaux, cet ensemble est néanmoins chapeauté par la Cour suprême. Par la position qu'elle occupe, cette dernière fait, en quelque sorte, office de juridiction constitutionnelle. Une partie importante de ses arrêts a pour objet des questions constitutionnelles : soit la protection des droits et libertés, soit le partage des compétences. De plus, sur ces questions constitutionnelles – comme sur les autres questions –, elle a le pouvoir du dernier mot.

Dans le même temps, en Belgique, le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle répond à une question préjudicielle est de plus en plus souvent concret³⁵. Dans ce cas, la Cour contrôle, non pas la

32. Voir *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 R.C.S. 721 ; *Amax Potash Ltd. c. The Government of Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

33. Voir Marc CHEVRIER et David SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans Geoffrey GRANDJEAN et Jonathan WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 95.

34. Marc VERDUSSEN, « La justice constitutionnelle en droit comparé : évolution des modèles », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017.

35. Voir Paul MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », dans *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 423 ; Marc VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXIX, 2013, p. 17-23. Voir également l'intervention de Marc VERDUSSEN, « Table ronde. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi est-il concret ? », dans Laurence GAY (dir.), *La*

norme comme telle – en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement –, mais la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Cette contextualisation de la norme conduit la Cour à concrétiser son jugement de constitutionnalité : à question circonscrite, réponse circonscrite³⁶. La contextualisation de la question posée est parfois à ce point précise que la réponse que la Cour constitutionnelle donne à cette question détermine directement la solution à apporter au litige *a quo*. Pour des États comme les États-Unis et le Canada, la question même de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois peut paraître triviale, tant cela relève de l'évidence pour leurs juges³⁷.

Quoi qu'il en soit, compte tenu de l'effet relatif de la distinction entre les deux modèles de justice constitutionnelle, et bien que la composition de la Cour belge obéisse à des équilibres plus subtils que celle de la Cour canadienne, une comparaison entre les compositions respectives de la Cour suprême du Canada et de la Cour constitutionnelle de Belgique est pertinente. Dans les deux cas, la composition de la juridiction n'est pas réglée directement par le texte constitutionnel, mais bien par une loi fédérale (en Belgique, elle est considérée comme une loi « organique »). Il faut cependant préciser qu'en 2014, dans la décision *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, la Cour suprême a décidé qu'étant donné le rôle qu'il joue dans l'évolution de la structure de la Constitution le Parlement fédéral ne peut modifier unilatéralement la composition ou les autres caractéristiques essentielles de la Cour³⁸. Dans les deux cas également, les juges composant ces cours sont nommés par l'exécutif fédéral, sans aucune

question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 667-670; Marc VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », dans G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), préc., note 32, p. 340-342.

36. Pour deux exemples significatifs, voir C.C., arrêt n° 65/2000 du 30 mai 2000; arrêt n° 167/2006 du 18 octobre 2006.

37. Pour autant, cela ne signifie pas que les juridictions américaines et canadiennes ne prendraient systématiquement en considération que les éléments propres au cas d'espèce, sans jamais mettre ce dernier en perspective, en le situant dans un contexte plus général et dans une temporalité plus longue. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis admet la possibilité, à certaines conditions, de contester une loi comme telle, dans toutes ses applications (*facial challenge*), et non plus dans une application particulière (*as-applied challenge*). Sur cette distinction et ses écueils, voir Richard H. FALLON, « Fact and Fiction About Facial Challenges », *California Law Review*, vol. 99, 2011, p. 915.

38. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, [2014] 1 R.C.S. 433.

intervention directe des collectivités fédérées. Une telle situation hypothèque significativement l'indépendance institutionnelle qu'on est en droit d'attendre d'une juridiction devant assumer un rôle d'arbitre. L'association des entités fédérées à la désignation des juges constitutionnels ne devrait-elle pas s'imposer avec la force de l'évidence dans un État fédéral³⁹? On précisera que le gouvernement du Canada a institué, en 2016, le Comité consultatif indépendant sur les nominations des juges de la Cour suprême, chargé de recommander des candidats qualifiés et effectivement bilingues, qui proviennent de tous les horizons et qui ont vécu des expériences diverses, en vue d'une nomination à la Cour suprême⁴⁰. Mais cette nouvelle approche ne donne aucune voix officielle aux provinces dans la nomination des « arbitres » du pacte fédéral.

LE STATUT DU POUVOIR JUDICIAIRE

Dans les deux États, la Constitution contient un certain nombre de dispositions relatives au pouvoir judiciaire. En Belgique, la Constitution élève la justice au rang d'un véritable pouvoir et définit la place qui lui revient aux côtés des autres pouvoirs⁴¹. Elle réserve à la loi fédérale le pouvoir de créer et d'aménager les juridictions de l'ordre judiciaire et celui de nommer les juges et les officiers du ministère public, mais elle précise que la législation fédérale doit respecter un certain nombre de règles fondamentales établies par la Constitution, dans ses articles 144 à 159. Ces garanties constitutionnelles sont tantôt organiques (interdiction des tribunaux extraordinaires, nomination des juges à vie...), tantôt procédurales (publicité des audiences, obligation de motivation formelle des

39. Sur la nécessité dans un État fédéral d'une représentativité des juges constitutionnels à l'égard de tous les niveaux de pouvoir, voir Olivier BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un État fédéral », dans Constance GREWE, Olivier JOUANJAN et Patrick WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 70; Christophe PARENT, *Le concept d'État fédéral multinational: essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 242-244.

40. Justin TRUDEAU, premier ministre du Canada, « Independent Advisory Board for Supreme Court of Canada judicial appointments », [En ligne], [pm.gc.ca/eng/news/2017/07/17/independent-advisory-board-supreme-court-canada-judicial-appointments].

41. Francis DELPÉRÉE, « Quelques propos sur la justice et la politique », *Journal des tribunaux*, 1997, p. 69. Voir Paul ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 221; Oscar ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, Liège, Dessain, Paris, Giard & Brière, 1908, p. 524-526; Joseph Jean THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1879, p. 119 et 120.

jugements...). Par ailleurs, la Constitution institue elle-même un certain nombre de juridictions : une Cour de cassation, cinq cours d'appel, des juridictions militaires, des tribunaux de commerce, des tribunaux du travail et des tribunaux de l'application des peines. Elle prévoit qu'un certain nombre d'infractions, dont les crimes, doivent être jugées par un jury. Elle crée également le Conseil supérieur de la justice, chargé notamment d'intervenir dans la présentation de candidats à une nomination de juge ou d'officier du ministère public.

En Belgique, l'article 142 de la Constitution, adopté le 29 juillet 1980 et modifié le 15 juillet 1988 et le 7 mai 2007, consacre l'existence de la Cour constitutionnelle et jette les bases de son statut. Celle-ci ne siège pas au sommet de l'ensemble du pouvoir judiciaire : elle siège en effet aux côtés de la structure judiciaire « ordinaire » (avec au sommet la Cour de cassation) et des juridictions de droit administratif (dont le Conseil d'État est l'organe principal et final). Dans le prolongement du texte constitutionnel, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, également modifiée à plusieurs reprises, règle en détail les compétences, la composition, l'organisation, le fonctionnement et la procédure devant celle-ci. Cela étant, seuls quelques éléments du statut de la Cour constitutionnelle sont constitutionnalisés, le reste restant sous l'emprise du législateur fédéral, d'une manière qui trouve un écho dans le contexte canadien.

Au Canada, la compétence législative de créer des tribunaux judiciaires est partagée. Les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* contiennent quelques règles sur la nomination des juges, sur la durée de leurs fonctions et sur leurs salaires. Comme on l'a vu, l'article 92 (15) prévoit aussi la création de cours provinciales, y compris celles qui sont destinées à appliquer le droit pénal (fédéral!). Avec les articles 7 et 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces dispositions concourent à assurer l'indépendance des tribunaux et l'impartialité des juges. La Cour suprême relève cependant que ces dispositions « ne codifient pas de façon exhaustive et définitive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada », ajoutant que « l'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* – en particulier sa référence à “une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni” – qui est la source véritable de notre engagement envers ce principe fondamental⁴² ». De la

42. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

sorte, « la séparation des pouvoirs et son corollaire l'indépendance judiciaire sont [...] des principes enchâssés dans la Constitution formelle du pays⁴³ ».

En ce qui concerne la Cour suprême, elle ne jouit d'aucune assise constitutionnelle explicite et son sort reste donc entre les mains des autorités fédérales⁴⁴. Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, en 2014, une Cour unanime a statué que les éléments essentiels de la Cour ne pouvaient être modifiés unilatéralement par le Parlement fédéral. Étant donné sa place centrale dans la structure de la scène constitutionnelle canadienne, la Cour a donc reconnu son propre statut constitutionnel (non écrit), un statut qui renforce les règles explicites concernant certains aspects de la Cour dans la formule formelle de modification constitutionnelle⁴⁵. Toutefois, en l'absence d'un texte formel constitutionnalisant la Cour, il est difficile de déterminer avec précision lesquelles de ses dimensions peuvent être modifiées par l'ordonnance fédérale et lesquelles nécessitent des modifications constitutionnelles particulières impliquant les provinces.

LES ATTRIBUTIONS DU POUVOIR JUDICIAIRE

Nous focalisons ici sur l'interprétation judiciaire du partage des compétences. Il est bien évident que, sur des questions aussi vastes, nous devons nous limiter à quelques constats. Rappelons que, « phénomène classique dans un État fédéral, le partage des compétences législatives est un sujet de prédilection de l'activité interprétative constitutionnelle⁴⁶ ». Ce constat – qui n'est pas sans poser quelques questions sur la légitimité des juges lorsqu'ils interviennent sur ce terrain⁴⁷ – est partagé par la Belgique et le Canada. Mais là n'est pas le seul point de comparaison. En effet, le

43. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 851.

44. Barry L. STRAYER, *Judicial Review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, p. 209.

45. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 37.

46. Olivier L. COURTEMACHE, « Les théories constitutionnelles de Louis-Philippe Pigeon : l'efficiencia du partage législatif des compétences et l'incrédulité face à la protection législative des droits fondamentaux », *Revue de droit de McGill*, vol. 57, 2011, p. 41.

47. Voir Jesse CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1980 : l'auteur, professeur émérite de l'Université de Berkeley, préconise un contrôle orienté sur les droits fondamentaux – selon lui non suffisamment représentés dans les hémicycles parlementaires –, la Cour suprême devant s'abstenir d'intervenir sur le terrain du partage constitutionnel des pouvoirs.

rapprochement entre les deux États quant au contrôle juridictionnel sur le partage des compétences permet de dégager d'autres communs dénominateurs, que nous articulons autour de trois concepts clés : arbitrage, parachèvement et équilibre. Évidemment, étant donné l'ampleur de ces questions, nous devons nous limiter à quelques observations seulement.

Arbitrage

Il est intéressant de constater qu'au Canada et en Belgique le contrôle juridictionnel sur le partage des compétences, comme composante de la justice constitutionnelle, est décrit, notamment par la doctrine, comme une forme d'arbitrage. Eugénie Brouillet écrit qu'un État fédéral postule « une interprétation impartiale et indépendante de la Constitution », spécialement pour veiller au respect du partage des pouvoirs législatifs entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, la compétence d'arbitre ultime étant « confiée à une cour constitutionnelle ou tout simplement au tribunal suprême du pays⁴⁸ ».

Le lien entre arbitrage et contrôle du partage des pouvoirs est très présent dans la littérature juridique canadienne⁴⁹. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet soulignent ainsi la nécessité d'un arbitrage dans le partage des compétences législatives qui, par la force des choses, doit être confié à « une tierce partie », qui présente « des garanties d'objectivité et de neutralité suffisantes de façon à ne pouvoir apparaître comme étant asservie à l'un ou l'autre des ordres de gouvernement⁵⁰ ».

Ce lien est également très fort en Belgique où, au surplus, la Cour constitutionnelle est née « de la nécessité de garantir l'existence d'un État composé, au sein duquel il fallait assurer le respect de l'équilibre des compétences entre chacune des entités⁵¹ ». À cet égard, la dénomination initiale de la juridiction constitutionnelle belge – la « Cour d'arbitrage » – est très révélatrice de l'importance de cette fonction d'arbitre. À notre sens, cette fonction est de plus en plus essentielle. Les lignes de rupture

48. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, p. 84 et 85.

49. Voir notamment Yves DE MONTIGNY, « La Cour suprême du Canada et le partage des pouvoirs », dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *The Supreme Court of Canada/La Cour suprême du Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 77.

50. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 42, p. 416.

51. Marie-France RIGAUX et Bernadette RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 25.

politiques entre Flamands et francophones traversent des secteurs de plus en plus nombreux et sensibles de la vie en société : la gouvernance économique, les prestations sociales, la politique salariale, la lutte contre la délinquance, l'immigration et l'asile, etc. Plusieurs de ces secteurs sont restés, en tout ou en partie, dans le giron fédéral, ce qui contraint les partenaires flamands et francophones au gouvernement fédéral à de perpétuelles concertations. Lorsque la divergence prend une tournure constitutionnelle, c'est à la Cour constitutionnelle qu'il revient de la trancher. On peut sérieusement formuler l'hypothèse que les affaires suscitant un clivage au sein de la Cour englobent des domaines sociaux plus variés qu'à l'origine, où les clivages touchaient surtout aux questions linguistiques. On y verra un indice dans ce constat que de plus en plus d'affaires sont traitées, non plus par le siège ordinaire de sept juges, mais par l'ensemble de la Cour, composée sur un mode linguistiquement paritaire. Malgré la division, ou la polarisation, « interne », il faut souligner que la Cour doit rendre une décision libre de toute opinion dissidente. Par conséquent, pour remplir sa fonction, la Cour doit, d'une manière ou d'une autre, surmonter ses divisions internes. Et avec un banc complet de douze juges, aucun groupe linguistique ne peut faire pencher la balance, étant donné la parité linguistique.

Peut-être cette sémantique particulière est-elle propre aux États fédéraux marqués par une certaine bipolarité. Dans un État fédéral bipolaire, focalisé sur des partenaires principaux, le jeu politique, mais aussi juridictionnel, tourne aisément à l'affrontement. Tout l'enjeu de l'arbitrage est alors de permettre de sortir de l'affrontement de telle manière que personne n'en sorte gagnant ou perdant. La référence à l'arbitrage est d'autant plus prégnante dans les États fédéraux qui accordent une primauté du droit fédéral sur le droit des entités fédérées.

Cela étant, nous avons le sentiment que cette fonction d'arbitrage est d'autant plus difficile à assumer à mesure que s'accroît le déséquilibre entre les deux pôles. Le risque existe alors que la balance penche en faveur des attentes et des valeurs dominantes, au détriment de celles qui sont propres à la collectivité minoritaire⁵².

En Belgique, avant d'être réalisé dans les prétoires des juridictions, l'arbitrage est mené autour de tables de négociations politiques, spécialement à l'occasion de chaque étape de la réforme de l'État. En effet, loin d'être « le fruit d'un choix délibéré », le fédéralisme belge « constitue la

52. E. BROUILLET, préc., note 47, p. 259.

solution incrémentale et pragmatique des conflits et crises communautaires reposant sur des compromis subtils entre des visions divergentes du vivre ensemble⁵³. « The gradual evolution towards a federal State was thus reached in the classical Belgian way, by letting the tension build up and then finally opting for compromise⁵⁴. »

Ce constat nous paraît difficilement transposable au Canada, dans la mesure où la rigidité du processus de révision de la Constitution compromet sensiblement les arbitrages politiques sur la révision de la Constitution, dont la Belgique est coutumière. La question se pose alors de savoir si l'importance du rôle d'arbitrage des tribunaux n'est pas inversement proportionnelle à l'absence d'arbitrage au niveau politique. Cette hypothèse demande à être éprouvée.

Parachèvement

Le fédéralisme est toujours une œuvre inachevée. Cet inachèvement se marque tout spécialement dans le découpage des compétences respectives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées, dont le tracé évolue inévitablement, soit par la voie normative, soit – lorsque les normes de partage des compétences sont rigides – par la voie jurisprudentielle.

On pourrait penser que la jurisprudence est d'autant plus « créatrice » que le système normatif de partage des compétences est figé. Et inversement. Or, l'exemple belge montre qu'alors que ce système normatif évolue constamment, la Cour constitutionnelle a su, dans l'interprétation du partage des compétences, consolider et parachever l'édifice fédéral, tout en s'attachant à améliorer sa fonctionnalité. On citera ici la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exclusivité des compétences, aux compétences implicites, aux matières réservées, ou encore aux principes de proportionnalité et de loyauté fédérale, que nous abordons brièvement ci-dessous.

Appliqué au partage des compétences, le principe de proportionnalité interdit à toute autorité « d'exercer la politique qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour une

53. Min REUCHAMPS, « Structures institutionnelles du fédéralisme belge », dans RÉGIS DANDOY, GEOFFROY MATAGNE et Caroline VAN WYNSBERGHE (dir.), *Le fédéralisme belge : enjeux institutionnels, acteurs socio-politiques et opinions publiques*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2013, p. 36 et 37.

54. Kris DESCHOUWER, « And the Peace Goes On? Consociational Democracy and Belgian Politics in the Twenty-First Century », *West European Politics*, vol. 29, 2006, p. 903.

autre autorité de mener efficacement la politique qui lui a été confiée⁵⁵ ». Ce principe est apparu dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dès 1986, au contentieux du partage des compétences entre la collectivité fédérale, les communautés et les régions⁵⁶.

Selon la Cour constitutionnelle, le principe de proportionnalité est une application particulière du principe de la loyauté fédérale, inspiré du droit constitutionnel allemand. En 1993, il a été inscrit à l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, qui impose à la collectivité fédérale et aux collectivités fédérées, dans l'exercice de leurs compétences respectives, d'agir « dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts ». Le principe de loyauté emporte l'obligation « de ne pas perturber l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble », de telle sorte que ce principe « concerne plus que le simple exercice des compétences : il indique dans quel esprit cela doit se faire⁵⁷ ». Plus précisément, il émerge de la recherche d'un « équilibre viable entre l'autonomie des unités constituantes et l'intégrité de la communauté des destins représentée par l'union fédérale⁵⁸ ». En donnant cohérence au principe de loyauté fédérale, à travers la notion de proportionnalité, la Cour a offert à ce principe une intelligibilité et une justiciabilité insoupçonnées lors de sa constitutionnalisation. D'un principe politique au début, le principe de loyauté fédérale a été converti en principe juridique par un amendement constitutionnel et érigé en principe justiciable par les juges constitutionnels.

En 2014, le Parlement fédéral a voulu ranger formellement le principe constitutionnel de loyauté fédérale parmi les règles constitutionnelles dont la Cour constitutionnelle doit contrôler le respect. Selon les nouveaux articles 1^{er}, 3^o, et 26, § 1^{er}, 4^o, de la loi spéciale sur la Cour

55. Not. C.C., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.8. Sur ce principe, voir Anne RASSON-ROLAND et Marc VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXV, 2009, p. 124-128.

56. C.C., arrêt n° 27 du 22 octobre 1986. Pour d'autres exemples, voir C.C., arrêt n° 55/92 du 9 juillet 1992 ; arrêt n° 58/95 du 12 juillet 1995.

57. C.C., arrêt n° 119/2004 du 30 juin 2004, B.3.2 ; arrêt n° 124/2010 du 28 octobre 2010, B.39.1 ; arrêt n° 7/2012 du 18 janvier 2012, B.11.1 ; arrêt n° 56/2016 du 28 avril 2016, B.6.1. Sur la réception de la loyauté fédérale par la Cour constitutionnelle, voir Paul DERMINE, « La loyauté fédérale et la Sixième réforme de l'État. Essai d'interprétation », *Administration publique*, 2015, p. 211 ; Joëlle SAUTOIS, « Le concept de loyauté fédérale et la Sixième Réforme de l'État », dans Emmanuel VANDENBOSSCHE (dir.), *Evoluties in het Belgisch coöperatief federalisme/Evolution dans le fédéralisme coopératif belge*, Bruxelles, La Chartre, Bruges, die Keure, 2013, p. 85.

58. P. DERMINE, préc., note 56, p. 212.

constitutionnelle, celle-ci est compétente pour statuer sur les recours en annulation et les questions préjudicielles lorsque la violation alléguée ou suspectée concerne le principe de loyauté fédérale. En d'autres mots, le rôle de la Cour constitutionnelle dans la détermination du contenu de l'article 143, § 1^{er}, est désormais affirmé – « ratifié⁵⁹ » – officiellement par le législateur spécial. On peut espérer qu'elle y verra l'occasion « de structurer davantage sa jurisprudence », en faisant « un usage plus assumé et plus cohérent du principe de loyauté fédérale⁶⁰ ». On se risque à penser, par ailleurs, qu'elle y verra un incitant pour combiner la loyauté fédérale avec d'autres éléments du bloc de constitutionnalité⁶¹ et s'ouvrir ainsi à des horizons nouveaux. Quoi qu'il en sera, cette modification législative est révélatrice du rôle parfois prémonitoire de la Cour constitutionnelle, certaines créations jurisprudentielles ayant été ultérieurement entérinées par le législateur spécial⁶².

Au Canada, on aurait pu penser que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* marginalise la place du partage des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour suprême. Cette crainte s'est révélée non fondée. Les arrêts de la Cour suprême sont aussi nombreux et déterminants qu'avant 1982. Mieux encore, la Cour suprême est également amenée à compléter et préciser le partage constitutionnel des compétences.

Ainsi, on constate que la Cour suprême, se départant d'une conception dualiste trop stricte du fédéralisme, a mobilisé le principe coopératif pour légitimer certains chevauchements de compétences entre les ordres de gouvernement. Toutefois, si la Cour encourage la coopération d'une manière qui tend à restreindre l'idée d'exclusivité, elle s'abstient d'imposer la coopération ou de contrôler la façon dont les partenaires fédéraux exercent effectivement leurs compétences respectives. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)* – qui concerne l'abolition du registre des armes à feu –, la Cour suprême a « implicitement refusé de reconnaître aux divers législateurs une quelconque obligation d'agir

59. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2232/5, p. 284.

60. J. SAUTOIS, préc., note 56, p. 100.

61. On entend ici par « bloc de constitutionnalité » l'ensemble des règles et des principes, généralement mais par nécessairement constitutionnels, dont le non-respect par un législateur peut être sanctionné par la juridiction constitutionnelle.

62. Rappelons que les « lois spéciales » exigent une majorité de deux tiers dans chaque chambre du Parlement fédéral, ainsi qu'une majorité simple dans chacun des deux groupes linguistiques de chacune des chambres, ce qui donne effectivement un droit de veto à la minorité francophone.

de bonne foi, en raison du contexte fédéral dans lequel ils évoluent⁶³». En d'autres termes, sans le dire, la Cour a refusé de reconnaître toute limitation de l'autorité législative qui serait fondée sur une forme de loyauté fédérale.

Équilibre

Gérald-A. Beaudoin soulignait que, dans un État fédéral, « les tribunaux se doivent d'équilibrer le fédéralisme », le maintien d'un équilibre aussi délicat les conduisant à « faire preuve tantôt de retenue, tantôt d'activisme⁶⁴ ».

En Belgique, dans un contexte politique marqué par une distanciation croissante entre les deux grandes composantes sociologiques de l'État, la Cour constitutionnelle « contribue-t-elle à faire baisser la fièvre » ou « accompagne-t-elle le mouvement, en allant jusqu'à attiser le feu communautaire⁶⁵ » ? En réalité, la Cour s'est trouvée

chargée de faire la police des conflits de compétences entre législateurs, sans que lui fût indiquée une finalité claire. Le fédéralisme était, pour les uns, un facteur d'unité, pour les autres un tremplin vers le séparatisme. C'était une mission à la fois importante, puisque la jurisprudence de la Cour pouvait faire pencher les institutions en accentuant la séparation ou en préservant l'union, difficile puisqu'on ne lui fournissait que de maigres directives d'interprétation, et évolutive puisque la fédéralisation s'est réalisée par étapes successives [...]. La Cour a donc dû s'imprégner des avancées successives de la fédéralisation, en tenant compte à la fois de la volonté du législateur spécial de l'approfondir, mais aussi de son refus de la mener jusqu'au séparatisme⁶⁶.

63. Johanne POIRIER, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 45, 2015, p. 47. En ce qui concerne l'effet du principe coopératif sur les doctrines interprétatives, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 391.

64. G.-A. BEAUDOIN, préc., note 28, p. 227.

65. Francis DELPÉRÉE, « La Constitution, l'État et la Cour constitutionnelle », dans *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 326.

66. Paul MARTENS, « Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2003, p. 4 et 5.

À cet égard, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle peut donner « une impression pendulaire⁶⁷ ». Ce mouvement de va-et-vient peut favoriser l'ordre fédéral. En effet, dans de nombreuses décisions, la Cour constitutionnelle a donné la primauté au droit fédéral en se fondant sur la nécessité de préserver la cohérence et l'efficacité de la répartition des compétences, dans de rares cas où il existe une réelle concurrence. Une jurisprudence centralisatrice s'est notamment développée dans le domaine de la fiscalité⁶⁸.

De manière générale, en Belgique, lorsqu'une compétence est tenue pour « concurrente », les communautés ou les régions, selon le cas, peuvent intervenir, spécialement par l'adoption de règles, tant que, et dans la mesure où, la collectivité fédérale n'est pas intervenue. En clair, deux niveaux de pouvoir sont compétents pour régler la même matière – la collectivité fédérale et les communautés ou les régions –, mais une primauté est reconnue à la première. Cette primauté se manifeste en ceci que, dès le moment où la collectivité fédérale règle la matière en question, les règles qu'elle adopte s'imposent aux collectivités fédérées, qui sont ainsi privées du pouvoir de régler cette matière, sauf pour les aspects de la matière que la collectivité fédérale n'aurait pas réglés. Le plus souvent, ce sont des impératifs de cohérence et d'efficacité du système de répartition des compétences qui justifient cette forme d'ingérence dans l'autonomie des collectivités fédérées. Il n'en reste pas moins que la technique des compétences concurrentes est en contradiction évidente avec l'idéal d'égalité dans la mesure où elle postule, en cas de conflit entre des règles émanant de collectivités de nature différente, une hiérarchie des normes de certaines collectivités par rapport aux autres⁶⁹.

67. Marc UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 917.

68. Voir notamment C.C., arrêt n° 119/2007 du 19 septembre 2007 ; arrêt n° 68/2008 du 17 avril 2008.

69. En 1988, la section de législation du Conseil d'État, dans un avis consultatif non contraignant, a confirmé que les compétences concurrentes ne peuvent être conciliées avec un régime de compétences exclusives, sauf si l'action de l'autorité fédérale n'exclut pas ou n'atteint pas dans sa substance l'exercice par les régions et les communautés de leurs compétences. Avis n° 18638/VR, du 13 juillet 1988 : projet de loi portant modification de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980, Doc. ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 45. Le Conseil d'État réalise a priori un contrôle de constitutionnalité des normes législatives, qu'elles soient fédérales, régionales ou communautaires.

Cependant, l'utilisation de pouvoirs concurrents ne profite pas nécessairement au seul ordre fédéral, puisque les entités fédérées peuvent aussi s'en servir pour empiéter sur les pouvoirs fédéraux. Cette observation conduit à la conclusion que le mouvement de va-et-vient peut aussi favoriser les unités fédérées. En effet, la Cour constitutionnelle a également rendu des décisions qui contribuent clairement à la dynamique centrifuge propre au fédéralisme belge⁷⁰. Cela conduit à formuler trois observations.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle se montre particulièrement déférente à l'égard des mesures adoptées par les majorités politiques en place lorsque ces mesures s'inscrivent dans le cadre des réformes constitutionnelles que connaît régulièrement la Belgique, réformes désignées par l'expression « réformes de l'État⁷¹ ». Comme l'écrivent Patricia Popelier et Koen Lemmens, « the Constitutional Court exercises its role as the watchdog of Belgian consensus democracy in several ways. [...] the Constitutional Court confers considerable weight on political consensus agreements⁷² ». À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a admis, explicitement ou implicitement, que certains transferts de pouvoirs du niveau fédéral vers le niveau fédéré doivent s'apprécier en prenant en compte la nécessité de sauvegarder le système institutionnel général de l'État belge, dont les contours sont définis par les acteurs politiques. Par la force des choses, ce conséquentialisme politique de la Cour constitutionnelle renforce la dynamique centrifuge imprimée à la réforme de l'État par les mêmes acteurs politiques.

70. Céline ROMAINVILLE, « Dynamics of Belgian Plurinational Federalism: A Small State Under Pressure », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. XXXVIII, 2015, p. 234 et 235.

71. En Belgique, l'expression « réforme de l'État » se décline à la fois au singulier et au pluriel. Au singulier parce que c'est d'abord d'une réforme de l'État qu'il est question : une réforme qui vise à transformer graduellement l'État unitaire en un État fédéral. Cette transformation a été réalisée en six phases (1970, 1980, 1988-1989, 1993, 2000-2001 et 2012-2014), ce qui a conduit, par facilité de langage, à décliner l'expression au pluriel. On parle désormais *des* réformes de l'État. Traditionnellement, chaque phase se déroule en deux temps : le temps politique et le temps juridique. Dans un premier temps, une négociation est engagée par un certain nombre de formations politiques. Après une période qui peut être plus ou moins longue, ces formations s'entendent sur les termes d'un accord politique. Dans un second temps, il s'agit de donner une traduction juridique à l'accord politique, d'une part, par une modification de la Constitution et, d'autre part, par l'adoption ou la modification, concomitantes ou consécutives, de lois dites « de réformes institutionnelles ».

72. Patricia POPELIER et Koen LEMMENS, *The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Bloomsbury, 2015, p. 205 et 206.

Il convient de souligner que les juges constitutionnels n'ont pas été nommés pour ratifier les mesures prises par des majorités politiques et pour reproduire les rapports de force existant au sein du Parlement. La Cour constitutionnelle ne saurait être ramenée au rang d'une troisième chambre législative. En 1997, un juge de la Cour écrivait qu'« en tolérant la création d'une Cour constitutionnelle à laquelle il s'était obstinément refusé, jusqu'à ce que la fédéralisation de l'État le contraignît à l'admettre, le monde politique a introduit dans l'enceinte parlementaire un cheval de Troie dont il commence seulement à mesurer l'ampleur des ruades⁷³ ».

Ensuite, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à créer des exceptions au principe de l'exclusivité des compétences, principe qu'elle a pourtant considéré comme fondateur dans l'État fédéral belge dès ses premiers arrêts. En effet, une des marques de fabrique de l'État fédéral belge réside dans l'existence de compétences dites « exclusives ». Le principe est simple : pour une situation ou une relation donnée, il n'y a qu'une collectivité compétente, soit la collectivité fédérale, soit les communautés, soit les régions⁷⁴. Ce cloisonnement est si fort que le régime fédéral belge ne connaît pas de règle de prépondérance en cas de conflit. Or, les réalités du fédéralisme ont progressivement ébranlé cette conception très cloisonnée du partage des pouvoirs. La logique de l'exclusivité des compétences est corrigée, de plus en plus, par d'autres formes de répartition, qui traduisent une plus grande imbrication⁷⁵.

L'atténuation du principe d'exclusivité n'est pas seulement le résultat d'amendements constitutionnels ou de modifications à des lois spéciales relatives à la répartition des compétences. Elle découle de la jurisprudence constitutionnelle, notamment par l'application du principe de proportionnalité. La jurisprudence constitutionnelle légitime parfois des lois fédérales. Mais, globalement, elle est profitable surtout aux collectivités

73. Paul MARTENS, « De quelques contrôles juridictionnels sur les acteurs politiques », *Revue de droit ULB*, 1997, p. 320.

74. Voir Francis DELPÉRÉE et Marc VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme », dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (dir.), préc., note 17, p. 199.

75. Voir Johanne POIRIER, « Layered Social Federalism : from the Myth of Exclusive Competences to the Categorical Imperative of Cooperation », dans Bea CANTILLON, Patricia POPELIER et Ninke MUSSCHE (dir.), *Social Federalism : The Creation of a Layered Welfare State – The Belgian Case*, Antwerp, Intersentia, 2011, p. 279-290 ; Céline ROMAINVILLE et Marc VERDUSSEN, « The Enforcement of Federal Law in the Belgian Federal State », dans Andras JAKAB et Dimitry KOCHENOV (dir.), *The Enforcement of EU Law and Values : Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

fédérées, qui sont ainsi autorisées à déborder sur les compétences fédérales, tant les compétences réservées au fédéral que les compétences résiduelles de ce dernier⁷⁶. Cela reflète une évolution marquante du fédéralisme en Belgique, où le centre de gravité du pouvoir politique s'est progressivement déplacé du niveau fédéral vers le niveau fédéré.

La Cour constitutionnelle va même parfois très loin dans la logique d'imbrication des compétences, au risque de malmener les lignes de base du système de partage des compétences. Un arrêt mérite ici d'être cité, à titre d'exemple⁷⁷. Une loi flamande⁷⁸ a organisé la prise en charge des coûts assumés par les personnes en perte d'autonomie, en mettant en place un régime de couverture du risque social visé. La constitutionnalité de la législation flamande a été contestée au motif qu'elle empiétait sur le domaine de la sécurité sociale, qui relève explicitement de la compétence fédérale. La réponse de la Cour constitutionnelle est cinglante : « Une communauté n'exécède pas ses compétences si, dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées en matière d'aide aux personnes, elle accorde à certaines d'entre elles une aide particulière, distincte de celles qui sont accordées par le régime de sécurité sociale organisé par l'autorité fédérale, et sans toucher à une matière réservée à celle-ci. » Cette décision a suscité une controverse considérable. Il y a deux lectures possibles. Soit on considère que l'intervention du législateur d'une entité fédérée empêche le législateur fédéral de mettre en place un programme couvrant le même risque social. Soit on considère que le législateur fédéral conserve toute son autonomie à cet égard. La seconde lecture appuierait l'idée que la Cour a utilisé la théorie du « double aspect », bien connue au Canada. Cette théorie reconnaît que, sans violer le partage des pouvoirs, deux ordres de gouvernement peuvent légiférer sur la même question en se fondant sur des chefs de pouvoir distincts. Cette théorie est très contestée en Belgique, car il s'agit de la violation la plus importante du principe d'exclusivité, principe traditionnellement intouchable dans l'État fédéral belge, et parce qu'elle suppose une volonté de collaboration entre les différentes parties, un véritable pari dans un État fédéral de confrontation.

Il est intéressant de noter que la Cour constitutionnelle a clairement exclu l'application de cette théorie dans une autre décision, rendue

76. Voir les nombreux exemples cités par M. UYTENDAELE, préc., note 66, p. 897-902.

77. C.C., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001.

78. En Belgique, les actes législatifs des collectivités fédérées sont appelés « décrets/decreten ». Il ne faut pas confondre cela avec les « décrets/orders » au Canada, dont les actes sont pris par le pouvoir exécutif.

ultérieurement et concernant la construction de crèches et d'écoles par la Région de Bruxelles-Capitale⁷⁹. Cette affaire opposait la Communauté flamande et la Région bruxelloise, cette dernière proposant de financer des établissements de garde d'enfants et d'enseignement, qui relèvent tous deux de la compétence exclusive des communautés. En tout état de cause (aujourd'hui ou à l'avenir), dans un État comme la Belgique, le fait de permettre une sorte de théorie du « double aspect » est susceptible de favoriser les entités fédérées au détriment de l'ordre fédéral. Elle peut aussi favoriser les entités fédérées les plus riches, capables de financer des programmes, au détriment des autres, moins bien dotées⁸⁰.

Enfin, la Cour constitutionnelle mobilise parfois le pouvoir des collectivités fédérées de recourir aux compétences dites « implicites » pour opérer tacitement un transfert prétorien de compétences. Les compétences implicites sont des compétences qui ne sont pas expressément attribuées aux communautés ou aux régions, mais que ces dernières jugent nécessaires à la mise en œuvre de compétences qui, elles, leur sont formellement attribuées⁸¹. Ces compétences implicites ont été reconnues par le législateur comme devant être exercées dans des matières qui reviennent à la collectivité fédérale, ce qui s'explique par le fait qu'en Belgique les compétences résiduelles appartiennent au fédéral, les communautés et les régions étant compétentes pour les matières qui leur sont expressément confiées. Le fondement des compétences implicites se trouve à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, qui prévoit que les normes législatives des entités fédérées « peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ». Cette définition a été reprise et complétée par la jurisprudence. Selon la Cour constitutionnelle, l'article 10 de la loi spéciale permet à chaque législateur régional ou communautaire d'adopter des dispositions dans des matières

79. C.C., arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012.

80. Le problème fondamental des écoles maternelles et primaires à Bruxelles est l'insuffisance des ressources de la Communauté française, un déficit que la Région de Bruxelles-Capitale a tenté de pallier. La décision illustre également le rejet de tout pouvoir de dépenser en dehors de sa sphère de compétences législatives en Belgique, par opposition à la tolérance concernant le « pouvoir de dépenser » au Canada.

81. Au Canada, la doctrine des « effets accessoires » s'applique « lorsque, de par son caractère véritable, une disposition relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte, mais touche un domaine de compétence attribué à l'autre ordre de gouvernement » (*Québec [Procureur général] c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453).

pour lesquelles ils ne sont pas compétents « dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence » et pour autant « que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions attaquées sur cette matière ne soit que marginale⁸² ». La Cour constitutionnelle s'est ainsi fondée à maintes reprises sur l'article 10 de la loi spéciale pour justifier la création par les communautés et les régions de juridictions administratives, au point qu'on se demande aujourd'hui si ces dernières « ne disposent pas à l'heure actuelle d'une compétence permanente ou quasi inhérente d'ériger des juridictions administratives pour contrôler la légalité des actes administratifs édictés dans leur champ de compétences⁸³ ». Il s'agit d'une exception jurisprudentielle à la conception selon laquelle le pouvoir judiciaire et le droit administratif demeurent fédéraux.

Ces trois observations – la déférence de la Cour constitutionnelle à l'égard des transferts de compétences vers les entités fédérées, la relativisation par la Cour du principe de l'exclusivité des compétences, le plus souvent en faveur du niveau fédéré, et l'utilisation par la Cour de pouvoirs implicites pour accorder aux entités fédérées, dans certains cas, des compétences que les acteurs politiques refusent de leur accorder par la voie normative – confirment une impulsion décentralisatrice inévitable en Belgique, que la Cour soutient généralement.

Peut-on discerner une tendance similaire au Canada ?

Tout d'abord, on observe au Canada – comme en Belgique – des formes de « décloisonnement » des compétences. De la jurisprudence récente de la Cour suprême, il ressort que, dans l'interprétation du partage des compétences, celle-ci entend favoriser un fédéralisme coopératif qui aménage des zones de compétences concurrentes, où les deux niveaux de pouvoir interagissent et se chevauchent. Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, elle cite le juge en chef Dickson, qui préconisait « une vision du fédéralisme mettant davantage l'accent sur la possibilité d'une interaction légitime des pouvoirs fédéraux et provinciaux⁸⁴ ». Outre les doctrines dites du « double aspect » et des « effets accessoires », le fédéralisme coopératif déroge au principe d'exclusivité – ou du moins l'atténue –, malgré son approbation explicite dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

82. Voir notamment C.C., arrêt n° 9/2014 du 23 janvier 2014.

83. A.-S. Bouvy, préc., note 20, p. 262.

84. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.

En somme, dans les deux États fédéraux, les juges semblent considérer qu'un État fédéral ne peut pas prospérer sous le règne exclusif du fédéralisme dualiste, qui doit parfois céder le pas à des formes plus sophistiquées de délimitation des compétences. Il est significatif que cette observation découle de l'analyse de deux États fédéraux dont on sait qu'ils sont attachés à des compétences exclusives. Tout aussi significatif est le fait que, dans les deux cas, l'abandon de l'exclusivité, donc du fédéralisme dualiste, n'est pas particulièrement cohérent. À cet égard, Johanne Poirier met en garde contre la tentation d'idéaliser cette adhésion au fédéralisme coopératif: « La conception dualiste du fédéralisme cède la place, de façon fractionnée, incrémentale, non linéaire et opaque, à un système hybride qui combine dualisme et fédéralisme coopératif⁸⁵. »

La jurisprudence de la Cour suprême n'échappe pas au va-et-vient dont la Cour constitutionnelle belge est également victime. La balance penche-t-elle d'un côté plutôt que de l'autre? Il est difficile pour un observateur étranger de se faire une opinion sur ce sujet.

D'une part, dans les récentes décisions *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*⁸⁶ et *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁸⁷, la Cour suprême semble, se fondant sur le principe fédéral, défendre « une conception du fédéralisme qui respecte les particularismes et les préoccupations propres à chaque composante du pacte fédératif par une interprétation qui tient compte des clivages démotiques et du caractère asymétrique du fédéralisme canadien⁸⁸ ». D'autre part, des auteurs québécois doutent que cette référence au principe fédératif, qu'on trouve dans des décisions antérieures de la Cour suprême – notamment la décision *Renvoi sur la sécession du Québec*⁸⁹ –, ait un écho décisif dans sa jurisprudence sur le respect du partage des compétences entre les deux niveaux de pouvoir. « Pour une nation minoritaire comme l'est le Québec au sein du Canada », écrivent Eugénie Brouillet et Yves Tanguay, « un tel déséquilibre fédéral/fédéré a des conséquences juridiques et politiques sur sa capacité de s'autodéter-

85. J. POIRIER, préc., note 62, p. 126.

86. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, préc., note 37.

87. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

88. 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, 2015, p. 792. Voir 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.

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

miner dans un certain nombre de matières considérées comme vitales à son épanouissement collectif⁹⁰ ».

Notre sentiment, que nous exprimons avec prudence, est que, s'il y a un mouvement de va-et-vient, à long terme l'équilibre global semble favoriser l'ordre fédéral. Cependant, il faut reconnaître que, d'une part, la jurisprudence récente tempère ce constat et que, d'autre part, la perception des différentes composantes de l'État fédéral par ses acteurs et par les observateurs est quelque peu mitigée, y compris chez les avocats francophones au Canada.

CONCLUSION

Les constitutions jouent un rôle central dans la régulation des États démocratiques. Dans ce contexte, elles ne peuvent ignorer qu'une volonté commune de vivre ensemble⁹¹ ou de coexister pacifiquement⁹² n'est pas inconciliable avec la présence de particularismes qui rendent illusoire l'idée d'une unification complète. Les aspirations à une plus grande autonomie peuvent refléter les forces centrifuges. Parfois, ces aspirations préexistent à l'apparition de l'État lui-même, à travers lequel elles se perpétuent, voire se renforcent. En toute hypothèse, elles procèdent de la volonté d'affirmer peu ou prou une identité de groupe. La constitution est ainsi amenée, non seulement à reconnaître ces aspirations communes, mais également à les intégrer dans l'organisation de la structure étatique, en leur conférant le statut de collectivités politiques, c'est-à-dire en les revêtant de la personnalité juridique, en leur attribuant des matières propres et en les pourvoyant d'autorités publiques spécifiques. On y verra une forme parmi d'autres d'« aménagement constitutionnel des États de peuplement

90. Eugénie BROUILLET et Yves TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), préc., note 1, p. 143. Voir également Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême Canada », *Les Cahiers de droit*, vol. 45, 2004, p. 7 ; 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. Voir M. CHEVRIER et D. SANSCHAGRIN, préc., note 32, p. 113 et 114.

91. Jean DABIN, *L'État ou le politique : essai de définition*, Paris, Dalloz, 1957, p. 32 (« vouloir-vivre collectif »).

92. Michel MAFFESOLI, *La transfiguration du politique : la tribalisation du monde*, Paris, Grasset, 1992, p. 19 (« être-ensemble »).

composite⁹³». L'État fédéral est une forme, parmi d'autres, d'aménagement de la diversité.

Cependant, rien ne ressemble plus à un État fédéral qu'un autre État fédéral et rien ne diffère plus d'un État fédéral qu'un autre État fédéral. En effet, tous les comparatistes savent que le fédéralisme peut se décliner au singulier si l'on a égard aux valeurs essentielles qui le constituent, mais qu'il doit se décliner au pluriel si, au-delà de ces valeurs communes, on a égard aux voies qui permettent d'y arriver et aux modalités de configuration de l'État fédéral. Le sort réservé dans chaque État fédéral à l'appareil juridictionnel en est une illustration supplémentaire, comme tente de le montrer la présente étude à propos de deux États fédéraux.

Certes, des communs dénominateurs existent sur ce point entre le Canada et la Belgique. On a relevé notamment le caractère centralisé et intégré du système judiciaire, l'absence d'intervention des collectivités fédérées dans la nomination des juges à la Cour suprême et la Cour constitutionnelle, ou encore une conception très « arbitrale » du contrôle juridictionnel du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Mais, par delà ces communs dénominateurs, force est de constater que, dans le mouvement pendulaire propre à chaque jurisprudence constitutionnelle relative au partage des compétences, la balance ne penche pas du même côté ou, à tout le moins, n'est pas perçue comme équilibrée par toutes les composantes de l'État fédéral. Au Canada, les perceptions quant à l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'« équilibre » fédéral sont mitigées, ce qui reflète peut-être l'ambivalence du fédéralisme lui-même. Pour certains observateurs du Québec, cette jurisprudence ne protège pas l'équilibre fédéral entre les tendances centralisatrices et décentralisatrices, et ne respecte donc pas toujours la diversité que le fédéralisme est censé garantir. En Belgique, par contre, une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – dont le caractère créatif est quelque peu requis par les lacunes de la répartition des compétences – montre qu'elle ne favorise pas automatiquement le niveau fédéral. On pourrait même être enclin à soutenir qu'elle est généralement favorable aux entités fédérées. Cela confirme que les fédérations vivent et évoluent sous la pression des forces politiques qui les animent. Le Canada est né d'une combinaison ambivalente d'un processus d'intégration et d'un processus dissociatif,

93. Bernard TOURET, *L'aménagement constitutionnel des États de peuplement composite*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1972, spéc. p. 34.

tandis que la Belgique est l'un des exemples les plus clairs du « fédéralisme par désagrégation » contemporain. On pourrait soutenir que la jurisprudence des deux plus hautes juridictions reflète et perpétue ces tendances.

Cela nous amène à deux observations principales et finales. Tout d'abord, l'État fédéral belge repose sur une bipolarité fondamentale entre deux groupes (largement) égaux en nombre, ainsi que sur une codominance politique et juridique. Deuxièmement, l'État fédéral belge est mû par une dynamique centrifuge que l'on ne retrouve plus au Canada, ou du moins pas avec la même intensité. Ces observations renvoient à deux lectures essentielles et à des éléments cruciaux concernant l'État fédéral belge : un fédéralisme bipolaire, qui est animé par une dynamique de dissociation⁹⁴. Cela suggère une évolution possible en ce qui concerne les acteurs « clés » de la fédération canadienne : le rôle central joué par le Québec et par la dynamique franco-anglaise pourrait ne pas être aussi central qu'il l'a déjà été au Canada. Le poids démographique des francophones – par rapport au « reste du Canada » – diminue essentiellement depuis le début de la Confédération. Le multiculturalisme et la reconnaissance des peuples autochtones semblent amener plusieurs à remettre en question la nature « bipolaire » initiale de la fédération canadienne. Cela se reflète notamment dans les discussions entourant la légitimité de l'exigence du français et de l'anglais par les juges de la Cour suprême, par exemple.

La situation est très différente dans l'État fédéral belge, où la dynamique flamande-francophone imprègne encore tous les aspects de la vie publique – y compris la jurisprudence constitutionnelle.

En termes comparatifs, il faut garder en mémoire que la géographie, l'histoire, la démographie et le processus même par lequel un régime fédéral émerge – pour ne retenir que quelques facteurs – auront une incidence sur l'architecture institutionnelle et le travail réel des institutions. Les cours supérieures ne font pas exception à la règle. Les dynamiques en jeu dans les fédérations canadienne et belge présentent des similitudes évidentes et des différences importantes. Cela ne doit cependant pas nous empêcher d'« apprendre » les uns des autres, bien au contraire. Regarder à travers le

94. M. VERDUSSEN, « La Belgique : un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », préc., note 1, p. 211. Voir aussi Wilfried SWENDEN, Marleen BRANS et Lieven DE WINTER, « The Politics of Belgium : Institutions and Policy under Bipolar and Centrifugal Federalism », *West European Politics*, vol. 29, 2006, p. 869 ; Dimitrios KARMIS ET ALAIN-G. GAGNON, « Fédéralisme et identités collectives au Canada et en Belgique : des itinéraires différents, une fragmentation similaire », *Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n° 3, 1996, p. 435-468.

prisme d'autres États fédéraux qui ont cherché à structurer la diversité – et à protéger les minorités – dans la vision d'un État fédéral « neutre » est toujours une comparaison fructueuse, même si ce n'est pas pour reproduire des solutions. Explorer le travail jurisprudentiel d'un autre juge-arbitre pour refléter la façon dont son propre juge-arbitre aborde la diversité est tout aussi fructueux. Le Canada à 150 ans nous a offert une heureuse voie pour ce genre d'introspection institutionnelle bilatérale.

CHAPITRE 6

La pensée contractuelle dans l'interprétation de la Constitution canadienne

SÉBASTIEN GRAMMOND¹

INTRODUCTION

La Constitution canadienne est-elle le résultat d'un « pacte »? Cette question a taraudé les politiciens, les politologues et les juristes, pour ne mentionner qu'eux, depuis la création du pays il y a 150 ans. Pour bien des commentateurs anglophones, la cause est entendue depuis longtemps: la théorie du pacte ne serait qu'une fumisterie sans fondement historique. Au Québec, beaucoup adhèrent à un verdict complètement à l'opposé: la Constitution canadienne est bel et bien un pacte et celui-ci a été brisé par le rapatriement de la Constitution, en 1982, sans le consentement du Québec. Le fossé entre ces deux visions paraît infranchissable.

Dans le présent chapitre, nous ne prétendons pas apporter de nouveaux arguments qui permettraient de trancher définitivement la controverse historique. Nous cherchons plutôt à démontrer comment la Cour suprême du Canada emploie une pensée contractuelle, c'est-à-dire des raisonnements typiques aux contrats ou aux ententes, afin d'interpréter certaines dispositions de la Constitution canadienne, malgré l'opinion dominante au sujet de la théorie du pacte. La pensée contractuelle avait déjà fait son apparition dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²,

-
1. Sébastien Grammond, D. Phil., MSRC, est juge de la Cour fédérale. Au moment où le présent texte est écrit, il était professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Il a agi comme avocat de diverses parties dans trois des décisions de la Cour suprême dont il est question dans cet article, le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* et *Caron c. Alberta*.
 2. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

mais c'est dans les deux avis consultatifs rendus au printemps 2014, le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*³ (l'affaire de la nomination du juge Nadon) et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁴, que l'emploi de la pensée contractuelle a été décisif.

Le concept de pensée contractuelle permet de renouveler le débat au sujet de la théorie du pacte. Comme nous l'expliquerons plus bas, ce débat a porté jusqu'ici sur la recherche d'une « vérité » historique, les promoteurs de la théorie mettant l'accent sur les nombreuses déclarations de politiciens qui accréditent la thèse du pacte, alors que ses détracteurs cherchent à démontrer qu'au sens strict les événements de 1864-1867 ne constituent ni un contrat ni un traité international. Notre démarche, au contraire, ne cherche pas à qualifier juridiquement les événements de l'époque. Elle s'intéresse plutôt à la manière dont l'analogie contractuelle est employée aujourd'hui pour justifier des décisions judiciaires portant sur la Constitution. L'histoire est alors considérée comme un objet en construction continue, qui permet d'alimenter les jugements normatifs contemporains. Il n'est d'ailleurs pas à exclure que, comme en matière de droits des peuples autochtones⁵, le processus judiciaire influe sur la construction de l'histoire, en orientant la recherche historique en fonction de questions retenues par les juristes ou encore en créant une forme d'histoire officielle qui acquiert une autorité particulière en raison de son énonciation par les tribunaux.

Dans la première partie du présent chapitre, nous débiterons en précisant ce que nous entendons par pensée contractuelle, puis en reliant celle-ci aux diverses « théories du pacte » qui ont été élaborées afin de donner une explication politique de la Constitution de 1867. Nous analyserons ensuite comment ce type de pensée permet à la Cour suprême d'interpréter diverses dispositions constitutionnelles dont on peut retracer l'origine dans une entente. Nous montrerons comment la Cour conçoit la Constitution comme un ensemble d'ententes, permettant ainsi de particulariser la situation de certains participants, notamment le Québec. Enfin, nous montrerons de quelle manière des raisonnements contractuels sont utilisés, de manière parfois surprenante, pour « réparer » des « défauts » dans l'élaboration de la Constitution.

3. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433.

4. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704.

5. Arthur J. RAY, *Aboriginal Rights Claims and the Making and Remaking of History*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2016.

LA PENSÉE CONTRACTUELLE

Il convient d'abord de préciser ce que nous entendons par pensée contractuelle. Nous employons ce concept pour désigner des types de raisonnements qui, en droit, relèvent de la sphère contractuelle. Le caractère distinctif du contrat, c'est la présence de deux volontés qui concourent à produire des obligations. À cet égard, le contrat se distingue de la loi, acte d'autorité qui émane d'une volonté unilatérale, en ce sens que la loi s'applique aux citoyens, peu importe que ceux-ci y aient consenti ou non. Les idées d'entente, de promesse, de consentement et d'accord de volontés sont donc au cœur de la pensée contractuelle⁶.

Appliquée au domaine politique, la pensée contractuelle nous invite à réfléchir en matière de relations égalitaires plutôt que de hiérarchie. L'autorité de l'État découlerait d'une entente, d'une acceptation de cette autorité par ses destinataires, plutôt que de l'existence d'un pouvoir suprême – le souverain – qui confère des parties de ce pouvoir à des entités subordonnées, donnant lieu à une pyramide des normes. D'ailleurs, l'idée de relations consensuelles et égalitaires était au cœur de la diplomatie autochtone⁷ et de la « constitution ancienne » étudiée par James Tully⁸. Ce concept est également au cœur des relations intergouvernementales au sein des fédérations⁹.

Depuis les débuts de l'époque moderne, la pensée contractuelle a été employée pour justifier l'autorité de l'État par le consentement des citoyens : c'est la théorie du « contrat social » de Locke ou de Rousseau¹⁰. Le contrat en question est habituellement considéré comme un contrat entre l'ensemble des citoyens qui renoncent à une part de leur liberté en faveur de l'État. Dans cette perspective, tous les citoyens sont également en relation les uns avec les autres, effaçant toute différence au sein du

-
6. Stephen A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
 7. Robert A. WILLIAMS, *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace*, New York, Routledge, 1997; Leanne SIMPSON, « Looking after Gdoo-naaganinaa: Precolonial Nishnaabeg Diplomatic and Treaty Relationships », *Wicazo Sa Review*, vol. 23, n° 2, 2008, p. 29.
 8. James TULLY, *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998.
 9. Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Toronto, Oxford University Press, 2015, p. 440.
 10. Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

peuple. Ainsi, même si la souveraineté de l'État est d'origine contractuelle, cette origine se trouve sublimée par l'établissement d'une relation hiérarchique entre l'État souverain et le citoyen. Le caractère largement fictif du contrat social (admis par Rawls¹¹) contribue également à priver cette théorie de toute utilité pratique pour analyser les relations politiques concrètes. C'est pourquoi nous dirons que les théories classiques du contrat social aboutissent, en pratique, à justifier une conception institutionnelle de l'État et une mise à l'écart de la pensée contractuelle.

Dans les États « complexes » (fédéraux, multinationaux, etc.), une telle conception institutionnelle peut s'avérer insatisfaisante, parce qu'elle occulte l'existence, au sein de la population, de groupes différents qui génèrent des loyautés politiques distinctes. La pensée contractuelle peut alors reprendre du service pour expliquer l'autorité de l'État comme découlant non seulement de l'accord des citoyens, mais aussi d'une entente entre les différents groupes qui composent le pays. La pensée contractuelle rejoint donc les théories consociatives de l'État¹², en mettant l'accent sur la négociation et l'entente comme moyens d'assurer la coexistence entre les différentes composantes de la population.

Employer le concept de contrat pour décrire des relations politiques peut donner une impression de rigidité, souvent associée au droit et aux concepts juridiques. Signer un contrat, n'est-ce pas s'enfermer dans des règles étroitement définies et difficiles à modifier? Dissipons dès maintenant cette crainte. La pensée contractuelle ne se réduit pas à l'application du droit des contrats ou à l'image réductrice qu'on peut parfois s'en faire. D'une part, le droit n'est pas si rigide que l'on peut croire et dispose de moyens pour adapter les obligations contractuelles à la réalité sociale ou économique. Comme on le verra plus loin, le droit lui-même offre des exemples où l'on a recours à la pensée contractuelle en l'absence de contrat au sens strict. D'autre part, en employant le concept de pensée contractuelle plutôt que celui de contrat, nous voulons mettre l'accent sur le type de raisonnement plutôt que sur l'application de règles juridiques précises.

Il faut aussi souligner que le recours à la pensée contractuelle pour expliquer la composition de l'État ou interpréter la Constitution n'entraîne pas la mise à l'écart totale de la conception institutionnelle de l'État. En pratique, les deux conceptions peuvent coexister et fournir des

11. John RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. de Catherine AUDARD, Paris, Seuil, 1987.

12. Arend LIJPHART, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 2012.

outils intellectuels utiles à la compréhension des relations politiques. Cette superposition de deux types de pensée n'est pas étrangère au droit. Par exemple, en matière de sociétés par actions, où la conception institutionnelle domine, l'article 313 du *Code civil du Québec*¹³ énonce pourtant que « [l]es règlements de la personne morale établissent des rapports de nature contractuelle entre elle et ses membres ». Cette superposition serait compatible avec les théories de l'ambivalence constitutionnelle, selon lesquelles il est possible d'adopter une constitution tout en évitant de prendre des décisions sur certaines questions fondamentales relatives à la nature de l'État¹⁴ ou encore avec l'idée qu'un pays peut être dit « plurinational » lorsqu'il existe non seulement plusieurs groupes nationaux en son sein, mais aussi plusieurs conceptions irréductibles des relations entre ces groupes et la nature de l'État¹⁵. De la même manière, Olivier Beaud propose une théorie de la fédération qui repose à la fois sur des origines consensuelles et sur la mise en place d'une architecture institutionnelle qui transcende le contrat entre peuples fondateurs¹⁶. Bref, la pensée contractuelle ne prétend pas à l'exclusivité.

FIGURES DE LA « THÉORIE DU PACTE » AU CANADA

La théorie du pacte est la principale manifestation de la pensée contractuelle pour expliquer les origines de la Constitution canadienne. Il existe plusieurs variantes de cette théorie. Ainsi, l'adoption de la Constitution de 1867 peut être considérée comme le résultat d'une entente entre deux peuples fondateurs – les anglophones et les francophones –, entre les trois colonies qui se sont fédérées ou entre les quatre provinces initiales. L'idée d'un pacte entre anglophones et francophones, visant à garantir l'existence politique distincte des francophones, tire son origine des lendemains de la Conquête¹⁷. L'idée que la Constitution de 1867 est un pacte a été accréditée

13. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

14. Hanna LERNER, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; Jeremy WEBBER, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2015 ; Robert VIPOND, « 1867 : Confédération », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 83.

15. Robert SCHERTZER, *The Judicial Role in a Diverse Federation: Lessons from the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2016.

16. Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

17. George F.G. STANLEY, « Act or Pact? Another Look at Confederation », *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, vol. 35, 1956, p. 1 ; voir aussi Jean-François CARON, « Le Québec et la Confédération : le fédéralisme et la théorie

par de nombreuses déclarations des politiciens de l'époque¹⁸ et par certaines décisions du Conseil privé, qui était alors le tribunal de dernière instance pour le Canada¹⁹.

La théorie du pacte a été employée pour soutenir divers types de revendications, avec un succès variable. Dès les années 1880, les provinces ont voulu s'entendre entre elles pour exiger, à titre de parties au pacte, des modifications à la Constitution canadienne. Les autorités impériales s'y sont opposées, affirmant que le gouvernement fédéral était désormais un joueur incontournable²⁰. Dans les années 1920, la théorie du pacte a été employée pour justifier la revendication d'un rôle provincial dans une éventuelle formule de modification de la constitution. Cette revendication a été un succès, au moins dans la mesure où, lors de l'adoption du Statut de Westminster en 1931, Londres a conservé un rôle dans la modification de la Constitution canadienne, afin de protéger les compétences des provinces.

C'est à partir de cette époque qu'une critique virulente de la théorie du pacte a été développée par des intellectuels canadiens-anglais²¹. Cette critique était fondée entre autres sur des arguments de nature juridique. Il est impossible, disait-on, de trouver un texte constitutionnel précis qui aurait fait l'objet d'une entente formelle entre les colonies fondatrices. De toute manière, celles-ci étaient dépourvues de la capacité de conclure une entente qui s'imposerait au Parlement impérial et, à plus forte raison, de celle de conclure un traité international. La création des provinces des Prairies par le Parlement fédéral était également considérée comme un obstacle insurmontable à l'idée que les provinces aient pu, par contrat, créer l'État fédéral. On affirme aussi que la théorie du pacte est une inter-

du pacte», dans Jean-François CARON et Maurice MARTEL (dir.), *Le Canada français et la Confédération*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, p. 29.

18. Richard ARÈS, *Dossier sur le Pacte fédératif de 1867*, Montréal, Bellarmin, 1967.
19. Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 53, n° 3, 2016, p. 799.
20. Peter RUSSELL, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 40.
21. Voir notamment Norman McL. ROGERS, « The Compact Theory of Confederation », *Revue du Barreau canadien*, vol. 9, 1931, p. 395 ; Donald CREIGHTON, « The Myth of Biculturalism », dans *Towards the Discovery of Canada: Selected Essays*, Toronto, Macmillan, 1972 p. 256.

prétation donnée après le fait aux événements de 1864-1867 et qu'elle ne correspond pas aux intentions des acteurs de l'époque²².

Depuis cette époque, la théorie du pacte est généralement rejetée au Canada anglais, même si elle demeure bien vivante au Québec. Ainsi, en 1981, dans son avis consultatif sur le rapatriement de la constitution, la Cour suprême a émis de sérieux doutes quant à la validité de cette théorie et a affirmé qu'elle n'était pas pertinente pour interpréter le texte constitutionnel²³. Le rapatriement de la constitution, l'année suivante, malgré l'opposition du Québec, a souvent été considéré comme une rupture du pacte confédéral²⁴.

Jusqu'ici, nous avons analysé comment la pensée contractuelle a été utilisée pour concevoir les relations entre anglophones et francophones ou encore les relations entre les provinces et l'État fédéral. Il est indéniable que les peuples autochtones ont été exclus des discussions qui ont mené à l'adoption de la Constitution de 1867. Néanmoins, au cours de la même période, le gouvernement canadien entretenait des relations de nature contractuelle avec ceux-ci, en concluant des traités avec eux en vue d'ouvrir le territoire à la colonisation²⁵. Il est vrai que ces traités n'étaient qu'une composante d'une politique coloniale qui visait à s'approprier les terres des peuples autochtones, à priver ces peuples de leur gouvernance autonome, puis à les assimiler au sein de la société canadienne. Cependant, du point de vue autochtone, les traités constituent des engagements sacrés dont l'objectif était de garantir la poursuite de leur mode de vie étroitement lié au territoire. Les traités avaient aussi pour effet d'imbriquer les nouveaux arrivants dans les réseaux de parenté autochtone, ce qui entraînait des obligations d'assistance mutuelle. C'est donc dire que ces traités véhiculent une conception très précise de la nature de l'État canadien, dans laquelle les peuples autochtones conservent leur autonomie.

22. Ramsay COOK, *L'autonomie provinciale, les droits des minorités et la théorie du pacte, 1867-1921*, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, 1967 ; Stéphane PAQUIN, *L'invention d'un mythe : le pacte entre deux peuples fondateurs*, Montréal, VLB éditeur, 1999.

23. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 803.

24. Voir, par exemple, Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2004.

25. Sébastien GRAMMOND, « Treaties as Constitutional Agreements », dans P. OLIVER, p. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), préc., note 13, p. 305.

LA PENSÉE CONTRACTUELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME

Les différentes conceptions que l'on peut se faire de la nature de l'État canadien peuvent être mises de l'avant dans différentes sphères, qu'il s'agisse du débat public, des relations intergouvernementales ou de la réflexion universitaire. Le repérage de ces conceptions dans les décisions de la Cour suprême présente toutefois un intérêt particulier, qui découle non seulement de l'effet structurant de ces décisions sur le discours politique et juridique, mais aussi du fait que les décisions de la Cour doivent être motivées, ce qui facilite l'analyse du raisonnement qu'elle emploie.

Nous entreprendrons donc de vérifier la présence de la pensée contractuelle dans la jurisprudence de la Cour. Nous porterons une attention particulière aux raisonnements liés à l'interprétation de la constitution, à l'identification des parties intéressées et à ce que nous appellerons la réparation du contrat constitutionnel. Dans chaque cas, nous exposerons brièvement certains traits caractéristiques de la pensée contractuelle dans le domaine du droit privé, pour ensuite en illustrer la présence dans les décisions de la Cour en matière constitutionnelle. En particulier, nous tenterons de mettre l'accent sur les éléments qui, en droit, distinguent le raisonnement fondé sur le contrat – acte juridique bilatéral – de celui qui porte sur la loi – acte unilatéral. C'est là que se révèle la différence entre la pensée contractuelle et la pensée institutionnelle. Rappelons également qu'il ne s'agit pas ici de faire la preuve d'un contrat au sens strict du terme ni de rechercher une quelconque vérité historique quant aux événements de 1864-1867. Notre objectif est plutôt de reconnaître des raisonnements ou des types d'arguments qui peuvent être rattachés à la pensée contractuelle.

L'interprétation « contractuelle » de la constitution

La première manifestation de la pensée contractuelle, celle qui saute aux yeux à la lecture des deux avis consultatifs rendus par la Cour en 2014, c'est son usage interprétatif.

Quelques explications à cet égard peuvent être utiles. Les textes juridiques ne s'appliquent pas d'eux-mêmes à des situations factuelles et leur sens n'est jamais totalement prédéterminé. Le texte doit donc être interprété, c'est-à-dire que son sens doit être précisé avant de pouvoir être

appliqué à la situation factuelle à l'étude²⁶. L'exercice d'interprétation juridique est encadré par des méthodes généralement acceptées, que l'on peut catégoriser grossièrement comme étant l'interprétation littérale (en fonction du sens des mots employés dans le texte), l'interprétation contextuelle (en fonction des autres parties du texte, d'autres textes juridiques ou de l'environnement dans lequel le texte a été adopté) et l'interprétation téléologique (en fonction de l'objectif poursuivi par le législateur). Développées principalement en matière d'interprétation des lois – des actes unilatéraux –, les méthodes d'interprétation doivent subir quelques modifications lorsqu'elles sont appliquées aux actes bilatéraux que sont les contrats²⁷. Ainsi, dans un contrat, la volonté est double et, même s'il doit y avoir accord des volontés, les intérêts des parties et les buts que poursuit chacune d'entre elles sont différents. D'ailleurs, l'article 1426 du *Code civil du Québec* indique que, dans l'interprétation d'un contrat, il faut tenir compte des circonstances de sa conclusion, ce qui comprend les négociations qui l'ont précédée. L'interprétation d'un contrat fait donc place à l'individualité de chaque partie plutôt que de faire appel au concept abstrait de législateur unique.

La pensée contractuelle se manifeste dans les décisions de la Cour suprême tout d'abord à travers la description qui est faite des origines de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998), la Cour déploie une trame narrative qui repose sur l'accord et le consentement des colonies concernées :

Le 1^{er} septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme

26. Pierre-André CÔTÉ, avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.

27. Sébastien GRAMMOND, «Interprétation des contrats», dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *JurisClasseur Québec, obligations et responsabilité civile*, Montréal, LexisNexis Canada, éd. feuilles mobiles, fascicule 6; Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Thémis, 2017.

fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus²⁸.

La Cour insiste d'ailleurs sur la raison d'être du fédéralisme :

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. Ce n'est 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 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture²⁹.

Ce n'était assurément pas la première fois que la Cour suprême employait le concept d'entente ou de compromis pour expliquer le fondement de certaines dispositions de la constitution. Par exemple, les dispositions sur les écoles confessionnelles (l'art. 93), la magistrature (l'art. 96) ou les droits linguistiques (notamment les art. 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*) ont été décrits comme le résultat de négociations³⁰. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* se démarque toutefois par le recours à la métaphore contractuelle pour décrire l'origine de la Constitution de 1867 dans son ensemble et pour en dégager l'un des principes sous-jacents, celui du fédéralisme. Bien que la Cour n'en ait pas tiré de conséquences concrètes dans le cadre de cet avis consultatif, des décisions subséquentes ont appliqué le principe du fédéralisme afin d'infléchir l'interprétation du partage des compétences d'une manière favorable aux provinces³¹.

28. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 36 et 37.

29. *Ibid.*, par. 59.

30. Voir, par exemple, *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1173 et 1174 (j. Wilson); *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 759 (j. McLachlin, dissidente).

31. Voir notamment *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

L'avis de la Cour se démarque aussi par la singularisation du Québec en tant que principal « bénéficiaire » du fédéralisme, même si les provinces maritimes y tenaient également. Cette différenciation entre les intérêts de chaque province fondatrice est un élément qui distingue la pensée contractuelle des raisonnements typiques de l'interprétation d'une loi. En effet, la Cour n'interprète pas la *Loi constitutionnelle de 1867* comme le simple produit de la volonté du Parlement impérial. Elle lui donne plutôt un sens qui tient compte de la situation et des besoins de chaque province, y compris le Québec.

Les deux avis consultatifs de 2014 ont été l'occasion pour la Cour de revenir sur la nature consensuelle de diverses parties de la constitution. La pensée contractuelle est particulièrement visible dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*. Selon la Cour, la disposition en cause dans cette affaire, l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, était destinée à

consacrer le compromis historique qui a permis la création de la Cour, en restreignant les conditions d'admissibilité aux postes de juge réservés pour le Québec. [L'article 6] sert à limiter le pouvoir discrétionnaire par ailleurs large du gouverneur en conseil de nommer des juges, afin de garantir que la Cour suprême possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées, ainsi qu'afin de renforcer la confiance des Québécois envers la Cour³².

Ce rattachement de l'article 6 à une entente entre le Québec et le reste du Canada n'est pas sans conséquence pratique. C'est ce qui, aux yeux de la Cour, justifie l'interprétation étroite qu'elle donne à ce texte de loi. Dans les mots de la Cour, « l'art. 6 commande une interprétation plus restrictive des conditions d'admissibilité pour qu'il reflète le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec³³ ».

Dans cette affaire, la Cour devait aussi, pour la première fois, se pencher sur le sens à donner à la formule de modification de la constitution, adoptée en 1982. Encore là, la Cour a accordé une importance capitale aux négociations qui ont précédé l'adoption de cette partie de la constitution. La question précise que la Cour devait trancher portait sur l'article 41*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit que toute modification de la constitution portant sur « la composition de la Cour suprême du Canada » exige le consentement du Parlement fédéral et des

32. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 2, par. 59.

33. *Ibid.*, par. 69.

assemblées législatives de toutes les provinces. La difficulté provenait du fait que la *Loi sur la Cour suprême* ne fait pas, sur le plan formel, partie de la Constitution canadienne; il s'agit d'une loi fédérale ordinaire. En réalité, aucune disposition de la Constitution ne porte sur la « composition de la Cour suprême du Canada ». La Cour devait donc se demander si l'article 41*d*) a pour effet de protéger la composition actuelle de la Cour contre tout changement unilatéral (c'est ce que j'ai appelé la « fonction protectrice » de la formule de modification de la constitution³⁴) ou s'il ne vise que l'adoption future de dispositions constitutionnelles portant sur ce sujet.

Pour trancher cette question, la Cour adopte un raisonnement clairement contractuel. Elle souligne tout d'abord que l'article 41*d*) tire son origine de l'« Accord d'avril » 1981, une proposition faite par les huit provinces (incluant le Québec) qui s'opposaient alors au projet du gouvernement fédéral de rapatrier unilatéralement la constitution. La Cour décrit les objectifs poursuivis par ces huit provinces en citant une note explicative du texte de l'Accord d'avril. Voilà un procédé typique du raisonnement contractuel : comprendre l'intention des parties au contrat en se fondant sur leurs déclarations. Quel est cet objectif en l'espèce ?

La note explicative de l'al. 41*d*) précise justement que « [c]e paragraphe assurerait que la Cour suprême du Canada soit composée de juges dont une partie proviendrait du Barreau ou d'une Cour du Québec et auraient, par conséquent, une formation en droit civil » (p. 9 (note 9(d))). Les auteurs de cette disposition voulaient manifestement qu'il devienne difficile de modifier la composition de la Cour. Ils entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour³⁵.

Le reste du raisonnement est peut-être escamoté, mais il coule de source. Si les provinces (incluant le Québec) sont présentées comme les auteurs de l'article 41*d*), qu'en est-il de l'autre « partie » au contrat constitutionnel, c'est-à-dire le gouvernement fédéral ? On sait fort bien que l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été rendue possible par le compromis de novembre 1981, selon lequel neuf provinces acceptaient la constitutionnalisation d'une charte des droits, alors que le gouvernement fédéral acceptait la formule de modification proposée par les provinces. On peut donc présumer que le gouvernement fédéral a accepté les

34. Sébastien GRAMMOND, « La fonction protectrice de la formule de modification de la constitution », *Revue générale de droit*, vol. 47, n° 1, 2017, p. 119.

35. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 2, par. 92. La « note » dont il est question est un document rédigé par les provinces.

demandes présentées par les provinces dans l'Accord d'avril, rendant ainsi l'« intention provinciale » particulièrement pertinente pour comprendre le sens de la formule de modification dont fait partie l'article 41*d*). C'est ce qui permet à la Cour de trancher la question qui lui était soumise : l'article 41*d*) ne vise pas seulement des modifications constitutionnelles futures, il protège également la composition actuelle de la Cour contre toute modification unilatérale que le Parlement fédéral voudrait y apporter.

La présence de la pensée contractuelle se fait sentir de manière plus subtile dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*. Le récit des négociations ayant précédé le rapatriement de la constitution n'est pas directement relié à une interprétation du texte constitutionnel. Des éléments cruciaux de la constitution sont tout de même décrits comme le fruit d'une entente, à commencer par le Sénat lui-même, qui « se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne³⁶ » et qui avait fait l'objet d'un « consensus³⁷ ». C'est aussi le cas de la formule de modification ajoutée à la Constitution en 1982. Même si elle condense un demi-siècle d'histoire en un paragraphe, la Cour prend soin de rappeler que cette formule de modification a fait l'objet de longues discussions, rappelant au passage les épisodes de la formule Fulton-Favreau (1964) et de la charte de Victoria (1971)³⁸. Elle revient également sur le rôle de l'Accord d'avril comme source immédiate de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est cette histoire d'une formule consensuelle qui permet à la Cour de présenter « le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts³⁹ » comme un guide à l'interprétation de la partie V.

Sur la question principale en jeu dans cette affaire, la validité du projet d'élections « consultatives » pour désigner les sénateurs, la Cour déploie un raisonnement qui réfère peu aux intérêts des provinces. Ce n'est qu'au fil d'arrivée que la Cour rappelle que « les art. 38 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent à assurer qu'un consentement provincial appréciable sera obtenu pour les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux⁴⁰ », sans expliquer précisément la nature de l'intérêt provincial menacé. (On peut faire l'hypothèse que l'intérêt en cause ne résidait pas tant dans le maintien du statu quo que dans la

36. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 1.

37. *Ibid.*, par. 17.

38. *Ibid.*, par. 30.

39. *Ibid.*, par. 31.

40. *Ibid.*, par. 67.

participation des provinces au choix d'une solution de remplacement. En faisant le choix de l'élection populaire, le projet de loi contesté écartait une autre possibilité, la désignation des sénateurs par chaque province, à titre de mandataires.)

Toutefois, la Cour devait aussi décider si le Parlement pouvait, de façon unilatérale, réduire la durée du mandat des sénateurs. C'est à cette occasion que la Cour combine les deux idées énoncées plus haut :

Le Sénat constitue un élément essentiel de la structure fédérale canadienne de gouvernement. En conséquence, les changements qui touchent ses nature et rôle fondamentaux mettent en cause les intérêts des parties prenantes dans notre structure constitutionnelle – c.-à-d. le gouvernement fédéral et les provinces – et le Parlement ne peut, à lui seul, réaliser ces changements⁴¹.

La pensée contractuelle est aussi présente dans les motifs de la Cour concernant l'abolition du Sénat. Le gouvernement fédéral prétendait que le Sénat pouvait être aboli en utilisant la formule « 7/50 », parce que cette abolition réduirait à néant les « pouvoirs du Sénat » et réduirait à zéro le « nombre de sénateurs », deux questions que l'article 42 assujettit explicitement à la formule « 7/50 ». Pour rejeter cette prétention, la Cour tente d'élucider l'intention des « parties prenantes », notamment en examinant l'historique des négociations en vue du rapatriement de la constitution. La Cour constate que les négociations des années 1970 ont porté sur plusieurs hypothèses de réforme du Sénat, mais que « [c]es propositions tenaient pour acquis que le Sénat continuerait d'exister⁴² ». C'est ce qui permet à la Cour de donner à l'article 42 une interprétation plus étroite, qui ne vise que la réforme du Sénat et non son abolition⁴³. En effet, nous dit la Cour, « [l]es rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne songeaient pas à l'abolition du Sénat⁴⁴ ». On peut voir dans ce raisonnement un parallèle avec l'article 1431 du *Code civil*, qui précise que « [l]es clauses d'un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter ». D'ailleurs, la Cour en profite pour élaborer une théorie du statu quo constitutionnel, selon laquelle les provinces et le gouvernement fédéral se sont entendus pour que certains

41. *Ibid.*, par. 77.

42. *Ibid.*, par. 18.

43. *Ibid.*, par. 99.

44. *Ibid.*, par. 101.

éléments de la structure constitutionnelle soient maintenus en l'état en attendant qu'il y ait entente quant à leur réforme⁴⁵.

Au cours des dernières décennies, la Cour suprême a été appelée à se prononcer plusieurs fois sur une autre partie de la constitution qui découle d'une entente, celle qui a permis l'annexion de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest ainsi que la création du Manitoba, en 1870. En effet, même si les politiciens fédéraux de l'époque ont tenté de camoufler cette réalité, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* a fait l'objet d'une entente avec les délégués du gouvernement provisoire du territoire, dirigé par Louis Riel. Cette loi fait maintenant partie de la Constitution canadienne. Or, au fil du temps, la Cour a quelque peu hésité quant à la qualification qu'elle donne à cette entente. En 1985, dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*⁴⁶, la Cour fait état des négociations entre les délégués du gouvernement provisoire et le gouvernement, mais se contente d'affirmer que certaines dispositions des « listes des droits » revendiqués par le gouvernement provisoire avaient été « remaniées par les conseillers juridiques de Sa Majesté à Ottawa et incluses dans un projet de loi déposé au Parlement⁴⁷ ». Dix-huit ans plus tard, dans l'affaire *Blais*, la Cour semble à peine plus affirmative, en référant aux Métis comme les « interlocuteurs (*negotiating partners*) [du gouvernement fédéral] dans la négociation de l'accession du Manitoba à la Confédération⁴⁸ ». Cependant, en 2013, dans l'affaire *Manitoba Métis Federation*, la Cour propose un récit beaucoup plus détaillé des événements de 1869-1870, qui culmine avec le constat que « [l]es parties se sont entendues⁴⁹ ». Pourtant, au moment de qualifier juridiquement la disposition en cause dans cette affaire, l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, la Cour vacille. Elle affirme que cette disposition « ressemble à un traité (*treaty-like*) » et qu'elle « énonce des promesses solennelles⁵⁰ ». Elle dit qu'il ne s'agit pas d'un traité au sens strict⁵¹, mais tout de même d'une « obligation constitutionnelle envers un groupe autochtone⁵² ». Enfin, en 2015, dans l'arrêt *Caron*, tant pour les juges

45. *Ibid.*, par. 100 ; voir aussi le par. 100 du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 2.

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

47. *Ibid.*, 731.

48. *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 33.

49. *Manitoba Metis Federation Inc c. Canada (PG)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 30.

50. *Ibid.*, par. 92.

51. *Ibid.*, par. 93 ; voir aussi S. GRAMMOND, préc., note 24, p. 305.

52. *Ibid.*, par. 94.

majoritaires que pour les juges dissidents, le caractère contractuel de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne fait plus de doute. Selon les juges majoritaires, « [l]es négociations au sujet du bilinguisme législatif ont abouti à la promulgation de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*⁵³ ». De leur côté, les juges minoritaires ont placé cette entente dans une perspective beaucoup plus large, offrant au passage un véritable condensé de pensée contractuelle :

La Constitution du Canada est le résultat de négociations et de compromis entre les peuples fondateurs et c'est sur le fondement de négociations et de compromis semblables qu'elle continue de se développer. De tels compromis interviennent lorsque les parties aux négociations font des concessions mutuelles afin de parvenir à un accord de volontés. En conséquence, les intentions et les points de vue de toutes les parties à ces négociations, qui transpirent de l'histoire mise en preuve, doivent guider une interprétation juste des textes constitutionnels⁵⁴.

Ce qui sépare la majorité de la dissidence, dans cette affaire, c'est une interprétation différente de la portée de l'entente en question. Selon la majorité, l'entente se limitait au contenu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, alors que, pour la dissidence, l'entente portait sur l'ensemble du territoire alors annexé au Canada (ce qui comprend l'Alberta et la Saskatchewan actuelles) et s'inscrivait dans un ensemble plus vaste de documents constitutionnels. Or, ce qui est frappant, c'est que les juges majoritaires et dissidents emploient tous des techniques d'interprétation typiques des contrats. Ce sont d'abord les négociations qui retiennent l'attention, que ce soit pour dire que plusieurs des demandes du gouvernement provisoire ont dû être abandonnées⁵⁵ ou pour montrer que le Canada ne s'est jamais opposé aux demandes relatives au bilinguisme⁵⁶. Les juges examinent aussi la conduite postérieure des parties, soulignant des éléments qui appuient leurs thèses respectives⁵⁷. Cette dernière technique est caractéristique de l'interprétation des contrats en droit civil, comme en fait foi l'article 1426 du *Code civil*.

Ce que ce désaccord nous apprend, c'est qu'il est plus difficile pour les juges de penser la constitution en termes contractuels en l'absence

53. *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 58.

54. *Ibid.*, par. 235.

55. *Ibid.*, par. 68 et 69 (juges majoritaires).

56. *Ibid.*, par. 173, 189-192 (juges dissidents).

57. *Ibid.*, par. 64, 75-80 (juges majoritaires); par. 196-205 (juges dissidents).

d'une trame historique généralement connue et acceptée⁵⁸. Les liens entre la « rébellion » ou la « résistance » de 1869-1870, les négociations entre les délégués du gouvernement provisoire et le gouvernement canadien et l'adoption de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ont longtemps été occultés. Par exemple, dans son œuvre majeure sur l'histoire de la Constitution canadienne, Kennedy présente la *Loi de 1870 sur le Manitoba* comme une décision unilatérale du Parlement⁵⁹. Ses origines consensuelles n'ont été révélées au grand public que par le travail de l'historien George Stanley⁶⁰, qui a ensuite découvert et publié le journal de l'abbé Ritchot⁶¹, qui offrait une preuve directe du contenu des négociations. Ces origines sont beaucoup moins connues que celles de la Constitution de 1867, ce qui explique sans doute la réticence des juges majoritaires dans l'arrêt *Caron* à en tirer des conséquences interprétatives, et l'hésitation de la Cour, dans les décisions qu'elle a rendues entre 1985 et 2013, à affirmer explicitement qu'il y a eu une entente.

Contrats et parties multiples

Un autre aspect distingue la pensée contractuelle de la pensée institutionnelle : c'est sa capacité – inhérente, oserions-nous dire – à différencier les participants à un contrat et à singulariser leurs intérêts. Le contraste entre le contrat et la société par actions permet d'illustrer cela. Dans une société par actions, habituellement analysée sous l'angle institutionnel, tous les actionnaires d'une même catégorie sont censés avoir les mêmes droits, peu importe les motifs pour lesquels ils ont acquis leurs actions. Par contre, rien n'empêche les parties à un contrat d'organiser leurs relations de manière asymétrique. De plus, en matière d'interprétation, même si l'on recherche l'intention commune des parties (art. 1425 du *Code civil*), chacun sait que cette intention commune découle de la rencontre d'intérêts distincts. En France, on assiste même au développement d'une théorie des groupes de contrats, ou des ensembles contractuels fondée sur l'hypothèse qu'une seule

58. Mark POWER, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ « Constitutional Litigation, the Adversarial System and Some of its Adverse Effects », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 17, n° 2, 2012, p. 1.

59. W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada 1534-1937*, 2^e éd., Londres, Oxford University Press, 1938.

60. George F.G. STANLEY, *The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions*, Toronto, University of Toronto Press, 1992 [1936].

61. George F.G. STANLEY, « Le journal de l'abbé N.-J. Ritchot – 1870 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 17, n° 4, 1964, p. 537.

opération économique peut se traduire par une multiplicité de contrats entre des parties diverses. Il s'ensuit qu'un contrat qui fait partie d'un tel ensemble ne peut être analysé de manière isolée⁶².

Appliquée à la Constitution, la pensée contractuelle permet ainsi d'isoler les intérêts de certains acteurs clés, que la Cour décrit comme des « partenaires de la Confédération⁶³ » ou des « acteurs » ou des « parties prenantes » dans la structure de la Constitutionnelle canadienne⁶⁴, et de comprendre la raison d'être de certaines dispositions, même lorsque leur texte est rédigé d'une manière générale qui ne distingue pas entre les différentes provinces. Il est donc possible de révéler les asymétries implicites de la Constitution. Ce procédé peut aussi être appliqué de manière indépendante à des dispositions différentes, si bien que les « parties » à une disposition de la Constitution ne sont pas nécessairement les mêmes que pour d'autres dispositions. On peut ainsi solutionner le problème de l'identification des parties au pacte fédératif. Il n'est pas nécessaire de choisir entre les deux versions concurrentes de la théorie du pacte, un pacte entre les provinces fondatrices ou un pacte entre anglophones et francophones. La Constitution peut être considérée comme l'un et l'autre à la fois. C'est d'ailleurs ce qu'avait suggéré la juge Marie Deschamps de la Cour suprême dans l'arrêt *Beckman* : la Constitution serait le résultat de la superposition de plusieurs pactes :

[...] notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution [et qui] s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières ; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux ; (3) « pacte fédératif » entre les provinces⁶⁵.

Cette méthode était contenue en germe dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, où le fédéralisme était justifié notamment par le caractère distinctif du Québec sur les plans linguistique et culturel. C'est cependant dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, en 2014, que l'utilisation de la pensée contractuelle pour singulariser des dispositions en apparence générales est la plus évidente. Rappelons que

62. Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats? », *Revue juridique Thémis*, vol. 46, 2012, p. 9.

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

64. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 48, 77 et 82.

65. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 97.

la Cour devait circonscrire le sens de l'expression « composition de la Cour suprême du Canada », dans la liste des sujets qui ne peuvent faire l'objet de modifications qu'avec le consentement unanime des provinces, à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est en insistant sur la relation bilatérale spéciale entre le Québec et le reste du Canada que la Cour définit l'objectif qui sous-tend cette disposition : « [L]es auteurs de cette disposition [...] entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour⁶⁶ ». En réalité, cette volonté est rattachée, nous dit la Cour, au désir de respecter une autre entente historique bilatérale, survenue lors de la création de la Cour en 1875, au sujet de cette représentation du Québec. Même si l'article 41 exige le consentement unanime des provinces, c'est du Québec qu'il s'agit en réalité : « [L]e consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement⁶⁷ ». Considérer le consentement unanime comme un droit de veto pour certaines provinces n'est d'ailleurs pas une idée nouvelle. Dans l'Accord du lac Meech, le « droit de veto » du Québec était en réalité une extension de l'exigence de consentement unanime à certains sujets. Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour fait d'ailleurs allusion à l'équivalence entre consentement unanime et droit de veto⁶⁸.

L'avis concernant la réforme du Sénat peut paraître insensible à la différence québécoise. Le raisonnement de la Cour est fondé sur un intérêt apparemment indifférencié des provinces au sujet de la constitution du Sénat. Mais c'est au détour d'une question en apparence secondaire qu'un rôle spécifique pour le Québec se dégage. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le Québec – et seulement cette province – est divisé en circonscriptions sénatoriales. Chaque sénateur du Québec est nommé pour une circonscription précise et, selon l'article 23 (6), il doit soit résider dans cette circonscription, soit y posséder des biens immeubles d'une valeur de plus de quatre mille dollars. Dans son avis consultatif, la Cour suprême a statué que cette disposition était assujettie à la formule bilatérale de modification prévue dans l'article 43, ce qui signifie que cette disposition et les circonscriptions sénatoriales du Québec ne peuvent être modifiées sans le consentement du Québec. En pratique, cela signifie également que le nombre de sénateurs du

66. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 2, par. 92.

67. *Ibid.*, par. 93.

68. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 41.

Québec ne peut être diminué sans son consentement. Il s'agit là d'une forme de droit de veto qui va au-delà de ce qui est prévu par les articles 38 et 42 et qui s'applique au Québec seulement. L'importance pratique de ce droit de veto découle du fait qu'à peu près tous les projets de réforme du Sénat présentés depuis cinquante ans impliquent une réduction du nombre de sièges du Québec. L'avis de la Cour garantit donc au Québec que de telles réformes ne pourraient lui être imposées sans son consentement.

Ainsi, dans les deux avis consultatifs rendus en 2014, la Cour suprême accorde une reconnaissance accrue à la place particulière du Québec comme acteur clé, d'une manière qui ne ressort habituellement pas de sa jurisprudence en matière de partage des compétences. Bien que la Cour ait récemment donné plus d'importance à l'équilibre du fédéralisme, elle l'a fait sans mentionner la particularité du Québec. De plus, le principe du fédéralisme, à lui seul, ne permet pas de justifier un rôle particulier pour le Québec, comme l'avait démontré l'avis consultatif sur le droit de veto du Québec en 1982⁶⁹.

Au-delà du caractère distinct du Québec, la pensée contractuelle donne-t-elle une voix à d'autres acteurs clés au sein de la fédération? Dans les deux avis consultatifs de 2014, le concept de « partenaires de la Confédération » engagés dans le processus de modification constitutionnelle ne renvoie qu'à l'État fédéral et aux provinces. Cependant, d'autres décisions mentionnent des accords auxquels participent des acteurs autres que les provinces. Dans l'arrêt *Caron*, mentionné plus haut, les juges dissidents ont employé l'expression « peuple fondateur » pour décrire les Métis qui ont accepté de se joindre au Canada en 1870.

De la même manière, certaines décisions portant sur les droits linguistiques ont aussi fait écho aux origines consensuelles de certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans le présent chapitre, il n'est pas possible de procéder à une analyse exhaustive des discussions qui ont conduit à l'adoption de l'article 23 de la charte, qui porte sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Pour nos fins, il suffit de souligner qu'une ébauche de cette disposition aurait permis aux parents de choisir la langue d'instruction de leurs enfants, où qu'ils se trouvent au Canada: c'est le principe de la liberté de choix. Or, dès le début des années 1970, le Québec a clairement manifesté son

69. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The “Principle of Federalism” and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *Supreme Court Law Review*, vol. 54, 2011, p. 77.

désir d'adopter une politique linguistique qui aurait pour effet de limiter cette liberté de choix et d'exiger que les parents francophones et allophones fassent instruire leurs enfants en français. Enchâsser la liberté de choix dans la Constitution aurait empêché le Québec de mettre en œuvre une telle politique. C'est pourquoi le Québec a cherché à convaincre les autres provinces qu'une garantie relative à la langue d'instruction ne devait bénéficier qu'aux membres de la minorité linguistique de chaque province, plutôt que d'assurer à tous la liberté de choix de la langue d'instruction.

Dans les arrêts *Gosselin*⁷⁰ et *Solski*⁷¹, rendus en 2005, la Cour suprême s'est montrée sensible aux origines contractuelles de l'article 23 de la charte, notamment dans le passage qui suit :

Le texte actuel de l'art. 23 témoigne indubitablement des difficultés éprouvées au cours des discussions et des négociations qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Dans l'élaboration de ces droits constitutionnels, on ne pouvait rester sourd aux demandes des francophones hors Québec visant la reconnaissance d'une égalité réelle dans le domaine de l'éducation. Il était aussi impossible d'ignorer les inquiétudes de la minorité anglophone du Québec à la suite des conflits linguistiques survenus à partir de la « Révolution tranquille » et ayant culminé avec l'adoption de la [*Charte de la langue française*]. Enfin, l'anxiété d'une partie importante des francophones québécois à l'égard de l'avenir de leur langue était un fait connu, ne serait-ce qu'en raison des perturbations qu'elle engendrait dans la vie politique canadienne et encore davantage dans celle du Québec⁷².

Dans cet extrait, la Cour reconnaît certains acteurs clés : les minorités francophones hors Québec et la minorité anglophone du Québec, ainsi que la majorité francophone du Québec, que la Cour décrit, quelques paragraphes plus tôt, comme une minorité au sein du Canada. Bien que ces acteurs clés ne soient pas des parties prenantes à la formule de modification de la constitution, la Cour est consciente que leurs intérêts ont fait l'objet d'un important compromis dans l'article 23. La Cour rejette toute interprétation qui, en garantissant la liberté du choix de la langue d'instruction au Québec, remettrait en question ce compromis historique fondamental⁷³.

70. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238.

71. *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201.

72. *Ibid.*, par. 9.

73. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 69, par. 2; Johanne POIRIER, « Fédéralisme coopératif et droits linguistiques au Canada : peut-on "contractualiser" le droit des minorités? », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.),

Il est ironique, pourrait-on affirmer, de parler d'accord ou de compromis, alors que le Québec n'a pas consenti à la *Loi constitutionnelle de 1982* et que l'article 23 était l'une des raisons de son opposition. On peut cependant avoir recours au raisonnement contractuel même en l'absence d'un contrat au sens strict. C'est sur cette possibilité que nous allons maintenant nous pencher.

Donner forme au « contrat », réparer une relation

Le droit civil prévoit des sanctions en cas d'inexécution des contrats ou encore lorsque leur formation est affectée d'un vice. Ainsi, la constatation d'un vice de consentement peut conduire à l'annulation d'un contrat et à la restitution des prestations déjà exécutées. Il en est de même, sous certaines conditions, en matière d'inexécution. Cependant, toute difficulté dans la formation ou l'exécution d'un contrat ne conduit pas à la sanction radicale que constitue l'annulation. Le professeur Crépeau souligne la présence du principe *favor contractus*, « selon lequel il faut autant que possible prendre des mesures destinées à favoriser la validité et l'exécution, bref la survivance plutôt que la nullité ou l'extinction, d'un contrat⁷⁴ ». Par exemple, une situation où les parties ne s'entendent pas sur le sens à donner à un contrat peut être conceptualisée soit comme un vice de consentement, ce qui compromet l'existence même du contrat, soit comme un problème d'interprétation, ce qui assure sa survie.

Le droit fournit même des outils pour rendre justice en l'absence de contrat. Le droit civil connaît par exemple le concept d'enrichissement injustifié, que l'on qualifie souvent de « quasi-contrat », qui oblige une personne à en indemniser une autre lorsque surviennent certaines situations où la première s'est enrichie aux dépens de la seconde (article 1493 du *Code civil*). En droit des sociétés par actions, le recours en cas d'abus (communément appelé « recours en oppression ») est fondé sur l'identification des attentes raisonnables des parties intéressées⁷⁵. Ces attentes ne se résument pas au contenu des ententes écrites entre les parties. Elles peuvent aussi être déduites des relations entre les parties, du type de société en

Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling, Montréal, Thémis, 2017, p. 317.

74. Paul-André CRÉPEAU, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Toronto, Carswell, 1998, 12.

75. Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2011, p. 711-726.

cause, des pratiques ou des comportements habituels, et ainsi de suite. Ces attentes peuvent aussi évoluer au fur et à mesure que change la situation de la société en cause. Bref, dans ces cas, les obligations des parties découlent de leur conduite et non de leur consentement. C'est donc dire que le droit n'est pas dépourvu lorsqu'il s'agit de statuer sur des situations où le consentement est vicié ou fait défaut. Le concept de « négociation hypothétique » a parfois été utilisé pour décrire le raisonnement des juges dans de telles situations : ceux-ci cherchent à déterminer sur quoi les parties se seraient entendues si elles avaient envisagé la question qui fait maintenant l'objet d'un litige⁷⁶.

La jurisprudence de la Cour suprême concernant les traités avec les peuples autochtones, notamment les traités « historiques » conclus au XIX^e siècle, donne des exemples de ce processus de réparation contractuelle. Ces traités ont donné lieu à d'importantes controverses, notamment en ce qui a trait à la clause de cession de droits territoriaux contenue dans leur texte anglais⁷⁷. Or, la transcription des négociations et la tradition orale des peuples concernés démontrent que cette clause n'a pas été réellement discutée lors des négociations. Pour les signataires autochtones, il s'agissait plutôt de partager le territoire, notamment à des fins d'agriculture. Ayant à l'esprit ces difficultés, la Cour suprême a adopté des principes d'interprétation qui exigent que l'on se fie davantage à l'esprit du traité qu'à sa lettre, que l'on tienne compte de la tradition orale du peuple concerné et que l'on s'interroge sur ce que celui-ci aurait raisonnablement compris des promesses qui lui étaient faites⁷⁸.

Dans un cas où un groupe autochtone prétendait ne pas avoir adhéré à un traité, la Cour a préféré statuer en sens contraire, tout en affirmant que ce groupe disposait de recours en cas de violation⁷⁹. Dans un autre cas où la portée territoriale d'un traité était en cause, la Cour a procédé à un exercice de négociation hypothétique pour déterminer sur quoi les parties se seraient entendues⁸⁰. Enfin, la Cour a affirmé que l'État avait une obligation de consulter les peuples autochtones signataires d'un traité avant d'autoriser un projet d'exploitation des ressources naturelles, même si le

76. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris et Montréal, Dalloz et Thémis, 2008, p. 377.

77. S. GRAMMOND, préc., note 24, p. 305.

78. Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2012, p. 297-305.

79. *Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

80. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1068-1072.

territoire concerné a fait l'objet d'une « cession » dans le cadre d'un traité historique⁸¹. Sans le dire explicitement, la Cour nuance ainsi la portée d'une clause dont le sens est particulièrement controversé.

Les récentes décisions de la Cour suprême en matière constitutionnelle témoignent aussi de cette justice contractuelle sans accord de volontés. Rappelons que la Cour devait interpréter la formule de modification contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée sans le consentement du Québec. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, il s'agissait de décider si l'expression « composition de la Cour suprême du Canada » (à l'article 41*d*) visait les règles actuelles portant sur cette composition ou si elle ne visait que des ajouts futurs à la Constitution. Pour trancher la question, la Cour montre qu'en réalité le Québec a consenti à ce qui est devenu l'article 41*d*) et que cette disposition vise principalement, voire exclusivement à protéger les intérêts du Québec. La Cour lui donne alors un sens compatible avec ces intérêts.

Voici comment la démonstration s'articule. La Cour commence par présenter la formule de modification contenue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme le résultat d'une demande des provinces, exprimée dans l'« Accord d'avril », dont il a été question plus haut. La Cour prend le soin de souligner que le Québec était l'un des signataires de cet accord. Il devient alors possible, pour la Cour, d'analyser la partie V comme si le Québec y avait consenti et comme si celle-ci traduisait certaines demandes du Québec. La formule « les auteurs de cette disposition » ou la référence à une « intention » abstraite atténue quelque peu ce particularisme, mais, lorsque cette intention est décrite plus précisément, l'erreur n'est pas possible : « Les auteurs de cette disposition voulaient [...] assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour⁸² ». La Cour évalue ensuite l'argument présenté par le gouvernement fédéral, selon lequel l'article 41*d*) ne vise que des ajouts futurs à la Constitution. Pour réfuter cette prétention, la Cour s'interroge sur la réaction qu'auraient eue les provinces, en particulier le Québec. La Cour s'exprime ainsi :

Retenir cet argument entraînerait deux conséquences pratiques incompatibles avec l'intention des provinces. Premièrement, cela signifierait que le Parlement pourrait, par une loi ordinaire, modifier unilatéralement et fondamentalement la Cour suprême, y compris la représentation du Québec

81. *Première nation crie c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

82. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 2, par. 92.

à la Cour, qui a toujours été garantie. Or, le Québec, qui a signé l'Accord d'avril, n'aurait certainement pas consenti à cela, et les autres provinces non plus⁸³.

Voilà donc un exercice de négociation hypothétique, qui inclut non seulement les provinces qui se sont entendues avec le gouvernement fédéral en novembre 1981, mais aussi le Québec, qui figurait au nombre des provinces qui avaient mis de l'avant un texte qui est devenu l'ancêtre direct de la partie V. La Cour se trouve en quelque sorte à reconstruire un ensemble contractuel en fonction des intérêts des parties et des positions qui sont présumées non négociables, comme la protection de la représentation du Québec. Les « contrats » précédents jouent également un rôle dans cette reconstruction : ailleurs dans son avis, la Cour rappelle que la création de la Cour, en 1875, n'a été rendue possible que par une entente visant la préservation du droit civil québécois⁸⁴. Le maintien du droit civil était également l'un des compromis importants qui ont permis au Québec d'adhérer à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le Renvoi relatif à la réforme du Sénat n'emploie pas aussi explicitement ce genre de technique. Cependant, comme nous l'avons mentionné plus haut, le Québec en ressort avec un droit de veto sur une vaste gamme d'options de réforme de cette institution. Couplé au droit de veto reconnu au Québec sur toute modification de la composition de la Cour suprême, ce résultat nous permet de supposer que la Cour suprême s'est sentie autorisée à offrir au Québec, par interprétation judiciaire, un certain nombre d'éléments qui figuraient dans l'Accord du lac Meech, comme ce droit de veto ou la reconnaissance du Québec en tant que société distincte⁸⁵.

Cet exercice de reconstruction judiciaire ne garantit cependant pas la prise en considération totale des perspectives minoritaires. Le traitement réservé à l'entente de 1870 entre les Métis et le Canada montre que la Cour ne peut procéder à un tel exercice en l'absence d'une version de l'histoire qui soit suffisamment bien établie pour constituer un fondement de ses décisions. Ainsi, les nouvelles interprétations historiques des événements de 1869-1870 ont finalement conduit la Cour, en 2015, à affirmer explicitement qu'une entente est intervenue entre les Métis et le Canada, ce qu'elle se gardait bien de dire dans ses décisions antérieures, sans que les juges ne puissent s'entendre sur la portée précise de cette entente. La

83. *Ibid.*, par. 99.

84. *Ibid.*, par. 46-55.

85. Sébastien GRAMMOND, « Louis LeBel et la société distincte », *Les Cahiers de droit*, vol. 57, 2016, p. 251.

majorité a statué que cette entente se bornait à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, ce qui reflète l'interprétation des événements de 1870 qui était alors devenue dominante. Les juges dissidents, quant à eux, auraient conclu que l'entente visait implicitement à garantir le bilinguisme sur l'ensemble des territoires cédés au Canada en 1870, en se fondant sur des documents et des preuves historiques qui n'avaient été mis au jour que récemment. Par contre, l'explication dualiste de la Confédération est suffisamment bien connue au Québec, et même reprise par certains auteurs canadiens anglophones (par ex., Stanley, Kymlicka, McRoberts) pour que la Cour puisse s'en inspirer. La reconstruction des compromis historiques est donc tout autant l'affaire des historiens que celle des juges.

CONCLUSION

L'impossible s'est-il produit ? On a souvent affirmé que l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* marquait la victoire d'une vision centralisatrice du Canada qui excluait toute prise en considération de la pluralité nationale au sein du pays⁸⁶. Or voilà que la Cour suprême emploie explicitement une pensée contractuelle pour expliquer les origines de la Constitution canadienne et le fonctionnement de certaines de ses composantes, dont la formule de modification adoptée en 1982. Cette pensée est suffisamment flexible pour englober des éléments qui intéressent toutes les provinces et des éléments propres au Québec, marquant ainsi le retour d'une analyse dualiste qu'on croyait bannie à tout jamais. Cette pensée marque aussi les décisions de la Cour relatives aux peuples autochtones.

On peut s'interroger sur les causes de ce revirement important. Il se peut que l'adoption d'une constitution, malgré toute son importance symbolique et pratique, ne soit pas suffisante pour imposer une conception particulière du pays et écarter d'autres conceptions solidement ancrées dans les mentalités d'une partie de la population. Il se peut aussi que le résultat du référendum québécois de 1995 ait conduit les juges de la Cour suprême à prendre conscience des risques associés au déni du caractère multinational du pays. Enfin, le développement parallèle d'une théorie des droits des peuples autochtones fondée sur leur spécificité nationale – d'ailleurs explicitement reconnue par la *Loi constitutionnelle de 1982* – a

86. Guy LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Québec, Septentrion, 1992; 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.

conduit certains auteurs canadiens (notamment Will Kymlicka⁸⁷) à élaborer une théorie générale des droits des minorités qui peut englober à la fois les peuples autochtones et le Québec. On peut présumer que la Cour était au courant de ces développements.

Certains pourraient croire que la pensée contractuelle est en porte-à-faux des méthodes habituelles d'interprétation de la Constitution canadienne, notamment la doctrine de l'« arbre vivant », selon laquelle le sens de la Constitution n'est pas figé au moment de son adoption. La pensée contractuelle aurait ainsi le potentiel d'ancrer irrémédiablement le sens et la portée de la Constitution dans un passé lointain. Néanmoins, notre étude témoigne de la flexibilité de la pensée contractuelle, ce qui permet d'envisager des problèmes actuels tout en ayant à l'esprit les intérêts des partenaires de la Confédération et même de réparer certains accrocs dans leurs relations. La pensée contractuelle a l'avantage de mettre l'accent sur les promesses qui sous-tendent la fondation du pays, tout en soulignant que le groupe majoritaire doit tenir ses promesses envers les minorités.

Quoi qu'il en soit, la réintégration de la pensée contractuelle dans la jurisprudence constitutionnelle n'est pas un événement insignifiant. Elle a conduit la Cour suprême à décrire le Québec comme ayant des « valeurs sociales » distinctes et à lui accorder un droit de veto sur certains types de réformes du Sénat et de la Cour suprême, en adoptant une interprétation de la Constitution qui était loin de faire consensus auparavant. Ces éléments, on s'en souviendra, faisaient partie de l'Accord du lac Meech. L'emploi d'un discours contractuel aura vraisemblablement des effets symboliques à long terme. En effet, les décisions de la Cour suprême sont souvent brandies comme preuve des affirmations historiques qu'elles contiennent. Les décisions étudiées ici pourraient donc, à la longue, rehausser la légitimité d'une lecture multinationale de la Constitution canadienne.

87. Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001.

Partie 3
Le système électoral
et les partis politiques

CHAPITRE 7

Réconcilier le fédéralisme et la démocratie parlementaire : concurrence et élaboration politique négociée dans le fédéralisme canadien

ARTHUR BENZ

INTRODUCTION

Les chercheurs considèrent depuis longtemps les États-Unis et la Suisse comme des modèles de fédérations démocratiques. *A contrario*, ils ont souvent estimé que le fédéralisme et la démocratie parlementaire étaient incompatibles, pour différentes raisons. Si l'on en croit la théorie du constitutionnalisme, la séparation des pouvoirs entre les ordres fédéral et fédérés est censée contredire le principe de la souveraineté, que l'on parle ici de la souveraineté de l'État ou de celle des Parlements¹. Des politologues ont estimé que la riche pratique de coordination intergouvernementale constitue un facteur de renforcement de l'exécutif au détriment des Parlements. D'autres ont estimé que la nécessité de gérer l'interdépendance entre juridictions, combinée à un gouvernement soutenu par un parti majoritaire responsable devant un Parlement, manquerait de marge de manœuvre pour négocier de réelles ententes intergouvernementales. Selon ces deux lignes argumentatives, les négociations intergouvernementales et la compétition partisane typique des démocraties parlementaires seraient donc source de conflit pour la vie

1. Stefan OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 74-87.

politique au sein d'un régime fédéral². Certains chercheurs sont d'avis que, d'un point de vue théorique, la combinaison de ces deux concepts génère « un oxymore comme on en voit rarement³ ».

Cependant, la recherche comparée a mis en lumière l'existence d'une variété de types de démocraties⁴ et de fédéralismes démocratiques⁵. On peut donc, à partir d'un tel constat, construire des analyses différenciées des interactions entre le fédéralisme et la démocratie parlementaire. On trouve d'ailleurs une constellation particulière de ces dimensions institutionnelles au Canada. Les pères fondateurs de la fédération canadienne combinèrent en 1867 un fédéralisme dualiste en partie inspiré du modèle états-unien avec un système parlementaire du type de Westminster hérité de la Grande-Bretagne. Comme nous l'illustrerons dans la suite de ce propos, cette constellation institutionnelle de certaines fédérations démocratiques génère de nombreux conflits et problèmes, ainsi que des effets parfois contradictoires. Cela ne l'empêche pas de fonctionner pour autant, et même probablement mieux que la démocratie fédérale américaine, ce que Morton Grodzins avait de toute évidence bien compris lorsque – après en avoir montré les nombreux défauts – il estimait : « mais cela fonctionne, cela fonctionne – et parfois même avec un certain esthétisme⁶ ».

Une telle approche viendra probablement contredire les nombreuses études qui mettent en lumière une domination de l'exécutif et une coordination intergouvernementale inefficace, le déclin des Parlements, l'interférence du gouvernement fédéral dans les affaires provinciales, sans parler des tentatives infructueuses de résoudre certains conflits constitutionnels.

-
2. Gerhard LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat. Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionengefüge der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2000.
 3. Richard SIMEON et David CAMERON, « Intergovernmental Relations and Democracy: An Oxymoron If There Ever Was One », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Don Mills, Oxford University Press, 2002, p. 278.
 4. Arend LIJPHART, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, New Haven, Yale University Press, 1999.
 5. Thomas HUEGLIN, « Models, Varieties, and Dimensions of Federalism », dans Arthur BENZ et Jörg BROSCHEK (dir.), *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 28; Thomas O. HUEGLIN et Alan FENNA, *Comparative Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2015; Ronald L. WATTS, « German Federalism in Comparative Perspective », dans Charlie JEFFERY (dir.), *Recasting German Federalism*, New York, Pinter, 1999, p. 265.
 6. MORTON GRODZINS, *The American System: A New View of Government in the United States*, Chicago, Rand McNally & Company, 1966, p. 7.

Il va sans dire que ces problèmes ne doivent pas être ignorés. Et pourtant, la gouvernance connaît des échecs dans toutes les démocraties, et la question la plus importante est de savoir comment les acteurs politiques réagissent à l'échec et si les institutions mettent en œuvre des mécanismes pour corriger les manquements. Comme nous le détaillerons plus tard, les démocraties fédérales pérennisent en principe de tels mécanismes. Et bien que le fédéralisme et la démocratie puissent être des systèmes normatifs contradictoires, ils sont liés de plusieurs manières. De plus, leurs variations peuvent dépendre de leurs cadres constitutionnels, mais aussi d'évolutions structurelles et procédurales se produisant au fil du temps. À l'instar de l'équilibre des pouvoirs dans les systèmes fédéraux⁷, chaque combinaison et association particulière de fédéralisme et de démocratie est instable et en mouvement. Pourtant, c'est aussi exactement du fait de cette dynamique que l'on peut expliquer pourquoi le fédéralisme et la démocratie fonctionnent plus ou moins harmonieusement de concert, et parfois même « avec un certain esthétisme⁸ ».

Partant de ce constat, l'analyse présentée dans ce chapitre repose sur deux prémisses théoriques. Premièrement, c'est l'intersection du fédéralisme et de la démocratie qui permet d'expliquer comment une combinaison particulière fonctionne⁹. Deuxièmement, le fédéralisme, en général, et le fédéralisme démocratique, en particulier, sont des constellations institutionnelles dynamiques. Les acteurs politiques qui font face aux effets contradictoires de certaines institutions et qui désirent étendre leur pouvoir sont ceux qui dirigent les dynamiques gouvernementales. Qui plus est, ces acteurs développent leur jeu de pouvoir en fonction d'une diversité de facteurs, le système partisan étant particulièrement fondamental. Les dynamiques peuvent accroître les tensions déjà présentes et inhérentes aux fédérations démocratiques. Elles peuvent aussi rendre les structures de pouvoir plus élastiques, ce qui est extrêmement important pour le fonctionnement de la gouvernance.

En examinant le fédéralisme canadien d'un point de vue comparatif, je cherche à mettre en lumière de nouveaux modèles d'élaboration négociée de politiques publiques, qui ont engendré de nouveaux défis. Qui plus

7. William H. RIKER, *Federalism. Origins, Operation, Significance*, Boston, Little Brown & Co., 1964.

8. M. GRODZINS, préc., note 6, p. 7.

9. Arthur BENZ et Jared SONNICKSEN, « Patterns of Federal Democracy: Tensions, Friction, or Balance between two Government Dimensions », *European Political Science Review*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 3.

est, l'évolution récente de la politique partisane a tendance à mettre en péril l'élasticité mentionnée précédemment et qui fut longtemps un élément caractéristique du modèle institutionnel de la fédération canadienne. Par conséquent et pour cette raison, certaines modifications au système parlementaire fédéral et aux modalités de relations intergouvernementales s'imposent, en dépit du fait que les réformes institutionnelles ou constitutionnelles sont extrêmement difficiles à mettre en œuvre.

DEUX LOGIQUES POLITIQUES : LA DÉMOCRATIE PARLEMENTAIRE ET LA GOUVERNANCE MULTINIVEAU

Une approche normative considère que le fédéralisme et la démocratie sont des principes complémentaires d'un ordre politique¹⁰. D'un point de vue analytique et empirique, ils désignent des structures institutionnelles gouvernementales distinctes, chacune générant des logiques politiques distinctes et conflictuelles. Puisqu'aucune répartition des compétences ne peut réellement délimiter des sphères absolument séparées, un système fédéral implique nécessairement une gouvernance multiniveau, c'est-à-dire l'élaboration de politiques publiques au moyen d'interactions entre des chefs de gouvernement, des ministres ou des fonctionnaires déterminés à collaborer ou à adapter mutuellement leurs politiques respectives¹¹. Ces interactions, qu'elles se fassent suivant des procédures concurrentielles ou coopératives, sont en porte-à-faux avec le gouvernement parlementaire. D'une part, ni les Parlements ni l'électorat ne peuvent suffisamment examiner ou contrôler la gouvernance multiniveaux¹². D'une part, dans un cadre démocratique, la politique partisane est susceptible d'entraver

10. Voir par exemple Andreas FØLLESDAL, «Federalism», dans Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, The Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, 2016, [En ligne], [plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/federalism/].

11. Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, «Conclusion: Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems», dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Toronto, Oxford University Press, 2015, p. 440.

12. Les limites du contrôle parlementaire sont décrites par la littérature sur les dilemmes démocratiques de la gouvernance multiniveau; voir, par exemple, Joan DEBARDELEBEN et Achim HURRELMANN, «Democratic Dilemmas in EU Multilevel Governance: Untangling the Gordian Knot», *European Political Science Review*, vol. 1, n° 2, 2009, p. 229; Yannis PAPADOPOULOS, «Accountability and Multi-level Governance: More Accountability, Less Democracy?», *West European Politics*, vol. 33, n° 5, 2010, p. 1030. Les effets limités du contrôle électoral empirent avec le caractère informel et complexe

l'élaboration politique intergouvernementale fédérale si les exécutifs dépendent de la volonté parlementaire ou électorale, et manquent d'espace discrétionnaire pour négocier ou adapter leurs politiques.

Ce problème général s'exprime de manière différente dans diverses fédérations démocratiques. Les schémas de démocratie parlementaire ou de politique partisane et de relations intergouvernementales ou de gouvernance multiniveaux varient¹³, tout comme les liens et les interactions entre ces deux types de logiques politiques¹⁴. Deux modèles distincts ont vu le jour en Amérique du Nord. La Constitution américaine visait une double séparation des pouvoirs afin de prévenir l'émergence d'une tyrannie de la majorité contrôlée par de puissantes « factions ». *A contrario*, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) qui créa la « Confédération canadienne » mit en place la première fédération dotée d'un système parlementaire selon le modèle de Westminster, incluant une législature bicamérale au fédéral. Une troisième combinaison de fédéralisme et de démocratie émergea plus tard en Allemagne lorsque le fédéralisme intégré reposant sur une prise de décision partagée entre gouvernements fut combiné à un système parlementaire. Considérer le cas canadien dans une perspective comparée nous permet de mettre en lumière ses logiques institutionnelles particulières et leurs conséquences sur la vie politique et l'élaboration de politiques publiques.

La démocratie concurrentielle et les Parlements souverains

Dans les systèmes fédéraux, les relations intergouvernementales ressortent principalement du domaine de l'exécutif. Elles servent la plupart du temps à entériner des octrois ou à harmoniser l'exécution des lois, ce qui correspond donc aux tâches incombant à l'administration. La responsabilité de négocier et de conclure des accords politiques incombe en revanche aux ministres et aux chefs de gouvernement. Et bien qu'ils prennent les décisions de manière autonome, dans les systèmes parlementaires ces derniers sont responsables devant le Parlement. Par conséquent, et par contraste avec les systèmes présidentiels, ils doivent prendre en considération la volonté des partis majoritaires ainsi que la réaction des partis d'opposition. La concurrence partisane influe ainsi sur les relations

des relations intergouvernementales, ce qui permet aux fonctionnaires et titulaires de charges publiques d'échapper plus facilement à leurs responsabilités.

13. R.L. WATTS, préc., note 5, p. 275.

14. A. BENZ et J. SONNICKSEN, préc., note 9, p. 12-18.

intergouvernementales davantage dans les régimes parlementaires que dans les régimes présidentiels.

Le conflit entre la concurrence partisane et la gouvernance multiniveau dans le cadre du fédéralisme allemand fut tout particulièrement mis en lumière en 1969 lorsque, suite à un changement de gouvernement fédéral, le parti d'opposition menaça d'utiliser la seconde chambre (*Bundesrat*) pour bloquer les réformes du gouvernement alors dirigé par les sociaux-démocrates¹⁵. Dans les faits, la politique parlementaire a une grande influence sur les relations entre le fédéral et les *Länder* dans ce « système fédéral intégré¹⁶ », puisque les dirigeants des gouvernements des *Länder* participent directement à l'élaboration des lois fédérales. Cela est renforcé en Allemagne par la forte intégration des partis politiques aux niveaux fédéral et des *Länder*. Qui plus est, ce couplage serré du fédéralisme et de la démocratie est également dû aux caractéristiques particulières du système parlementaire allemand, pour au moins deux raisons.

Premièrement, la représentation proportionnelle au niveau fédéral comme à celui des *Länder* rend les gouvernements issus d'un seul parti extrêmement rares. Les partis forment souvent des coalitions gouvernementales en négociant des contrats qui font office de programme. Deuxièmement, bien que le chancelier et les premiers ministres des *Länder* occupent des positions de leadership, leurs cabinets ont bien plus de pouvoir que dans le modèle de gouvernement parlementaire de type Westminster : c'est là que les conflits entre ministres et partis de coalitions se résolvent. Par conséquent, les gouvernements sont contraints par les accords de coalition négociés ou doivent trouver des compromis sur les politiques qui font l'objet de contestations. La concurrence avec les partis d'opposition vient renforcer cette contrainte.

Dans le système démocratique de Westminster, les Parlements sont plus puissants que dans la démocratie de consensus à l'allemande, et la concurrence partisane en est généralement d'autant plus intense, pour trois raisons. Premièrement, le Parlement est souverain. En d'autres termes, il a le dernier mot. Contrairement à ce qui s'observe dans le système britannique, la Constitution canadienne donne à la Cour suprême le pouvoir de juger si une loi viole la *Charte des droits et libertés de la personne*,

15. G. LEHMBRUCH, préc., note 2, p. 141-149.

16. Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Comparing Intergovernmental Relations in Federal Systems: An Introduction », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 11, p. 6.

ce qui semble lui donner la possibilité de limiter la souveraineté parlementaire. Précisons cependant que le champ d'application de ce principe de souveraineté parlementaire est celui des relations entre le Parlement et l'exécutif. Ce dernier est soumis à la volonté de la Chambre des communes et des législatures provinciales¹⁷.

Deuxièmement, et bien qu'il soit responsable devant le Parlement dans son entier, l'exécutif doit compter sur le soutien du parti majoritaire s'il désire mettre en œuvre ses politiques. La fusion du pouvoir du premier ministre, de son cabinet et de la majorité parlementaire – qui est typique d'un bon fonctionnement de la démocratie parlementaire – est particulièrement forte dans le système de Westminster. Le premier ministre occupe donc une position centrale dans le système politique. Sa capacité de diriger se fonde sur son habileté à contrôler l'ordre du jour du Parlement et sur sa relation de symbiose avec son parti. Les premiers ministres canadiens sont mieux parvenus à concentrer le pouvoir exécutif dans leurs propres mains¹⁸ que leurs homologues, les chanceliers de la démocratie allemande (*Kanzlerdemokratie*¹⁹). Les premiers ministres provinciaux ont acquis une position de direction comparable. Cela implique donc que les chefs de gouvernement sont clairement responsables devant leur Parlement.

Troisièmement, les députés canadiens sont élus selon la règle du suffrage majoritaire uninominal à un tour, qui favorise les majorités nettes. Du fait du nombre croissant de partis depuis les années 1990, l'octroi d'une majorité à un seul parti n'est plus une garantie au Canada. Les partis ont préféré des gouvernements minoritaires à des coalitions, de sorte que former des gouvernements de parti unique reste la norme en politique canadienne, que ce soit au fédéral ou provincial. Cela a pour effet de lier les premiers ministres à leur parti, sans pour autant les rendre dépendants d'accords de coalition.

17. Jeremy WEBBER, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2015, p. 60-64.

18. Donald J. SAVOIE, « The Rise of Court Government in Canada », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 32, n° 4, 1999, p. 635. Donald J. Savoie estime que, depuis les années 1990, le pouvoir s'est déplacé entre les mains des premiers ministres et d'un petit groupe de « courtiers », tandis que le cabinet se serait fait dépasser. Les raisons à l'œuvre derrière cette concentration du pouvoir que Savoie décrit peuvent aussi s'appliquer au cas allemand. Dans ce dernier cas cependant, la nécessité de gouverner avec une coalition a empêché le Chancelier d'exploiter lesdites conditions pour concentrer le pouvoir entre ses mains.

19. Karlheinz NICLAUSS, *Kanzlerdemokratie: Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel*, Wiesbaden, Springer VS, 2015.

À cela s'ajoute le fait que le pouvoir du premier ministre et de son cabinet n'est pas limité par une seconde chambre, contrairement aux autres fédérations démocratiques. Le Sénat canadien fut conçu de manière à imiter la Chambre des lords britannique. Mais, les Canadiens n'ayant pas de lords, il fut décidé que les sénateurs seraient nommés par la section exécutive fédérale. Bien qu'il soit doté d'un pouvoir de veto législatif, le Sénat fonctionne *de facto* comme un organe consultatif, c'est-à-dire comme une institution qui examine les projets de loi et donne conseil²⁰. Il est généralement considéré comme une « institution boîteuse²¹ ». Une seconde chambre a existé au provincial dans certains cas. Celle qui connut la plus grande longévité se trouvait au Québec, mais elle fut abolie en 1968. Le bicaméralisme est dès lors très faible au Canada, particulièrement en comparaison avec d'autres régimes fédéraux. Par conséquent, le système parlementaire canadien dénote une démocratie majoritaire marquée par une concurrence partisane intense ne se manifestant quasiment que dans une seule chambre. Une telle concurrence façonne évidemment les débats publics et parlementaires²².

En comparaison avec l'Allemagne où le système parlementaire contraint les gouvernements par des accords de coalition et la concurrence partisane, la démocratie canadienne accroît le pouvoir des premiers ministres (incluant le premier ministre fédéral) qui sont soutenus par un parti majoritaire au sein d'un Parlement souverain. Néanmoins, le fédéralisme exécutif à la canadienne n'est pas étranger à la politique parlementaire. Il fonctionne sous condition : que les exécutifs soient responsables devant le Parlement, ce dernier ayant le dernier mot. Bien que les premiers ministres contrôlent les partis majoritaires, c'est leur position à la tête de leur parti qui en fait des acteurs clés de la politique partisane.

Cela s'applique également à la gouvernance multiniveau. L'apparition et l'augmentation de la coopération fédérale-provinciale ont trouvé une expression dans le concept de « fédéralisme exécutif ». En tant qu'énoncé normatif, cette expression devrait indiquer un déficit démocratique et un déplacement du pouvoir, en contradiction avec la convention constitutionnelle du gouvernement responsable. Les Parlements ont perdu de leur influence dans l'élaboration des politiques publiques à mesure que les

20. David E. SMITH, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*, Toronto : University of Toronto Press, 2003.

21. J. WEBBER, préc., note 17, p. 65.

22. A. LIJPHART, préc., note 4, p. 249.

premiers ministres et leurs ministres s'engageaient dans des relations intergouvernementales²³.

Aux États-Unis, l'élaboration intergouvernementale des politiques publiques dans le contexte du système présidentiel fut longtemps dominée par des bureaucraties professionnelles et des groupes d'intérêts et n'est affectée par la politique partisane que depuis peu²⁴. En comparaison, les exécutifs canadiens engagés dans des négociations fédérales-provinciales sont restés assujettis au contrôle des partis dans les Parlements²⁵. Autrement dit, ils négocient et concluent des accords dans « l'ombre » de leurs groupes parlementaires respectifs. Cela les oblige à être en communication continue avec la majorité parlementaire ou à anticiper ses positions. Cette interconnexion entre la politique exécutive et les procédures parlementaires contribue à la légitimité démocratique des relations intergouvernementales. Par contre, cette interconnexion peut également grever la pratique des ententes fédérales-provinciales (ou interprovinciales) qui peuvent être remises en cause même après avoir été conclues. Ces ententes peuvent ne pas être mises en œuvre ou voir leur trajectoire modifiée par le refus de certains Parlements provinciaux d'y donner suite²⁶.

Par conséquent, le premier ministre fédéral et les premiers ministres provinciaux, de même que leurs ministres, sont soumis aux règles et à la logique tant de la démocratie de concurrence des systèmes parlementaires que de la gouvernance multiniveau du système fédéral. Or, ces deux logiques sont difficiles à harmoniser. L'interférence de la concurrence partisane dans la gouvernance multiniveau est un enjeu récurrent des fédérations dotées d'une démocratie parlementaire. Elle peut venir bloquer des accords élaborés pour coordonner des politiques entre les gouvernements fédéral et provinciaux et peut même empêcher l'institutionnali-

23. Kathy BROCK, « Executive Federalism: Beggar Thy Neighbour? », dans François ROCHER et Miriam SMITH (dir.), *New Trends in Canadian Federalism*, Petersborough, Broadview Press, 2003, p. 67.

24. Timothy CONLAN, « Intergovernmental Relations in a Compound Republic: The Journey from Cooperative to Polarized Federalism », *Publius: The Journal of Federalism* vol. 47, n° 2, 2017, p. 171.

25. Thomas O. HUEGLIN, « Federalism and Democracy: A Critical Reassessment », dans Grace SKOGSTAD, David CAMERON, Martin PAPILLON et Keith BANTING (dir.), *The Global Promise of Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 28-32.

26. Les tensions entre les relations intergouvernementales, le fédéralisme coopératif et la souveraineté parlementaire se reflètent également dans les jugements de la Cour suprême du Canada; voir Johanne POIRIER, « Souveraineté parlementaire et armes à feu: le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 45, 2015, p. 47.

sation de relations intergouvernementales²⁷. Cela étant, la façon dont les acteurs naviguent à travers cette constellation «à deux tranchants» dépend de la structure particulière du fédéralisme et des relations intergouvernementales.

La gouvernance multiniveau par des accords intergouvernementaux négociés ou des adaptations mutuelles

Bien que les Canadiens aient forgé leur démocratie à partir du modèle britannique, leur constitution fédérale est inspirée de l'expérience états-unienne. L'idée d'une répartition claire des compétences y fut empruntée, mais avec un renforcement de l'ordre fédéral, en matières fiscales et économiques, tandis que la responsabilité relative au droit privé et aux services à la population – qui étaient embryonnaires en 1867 – fut laissée aux provinces. Fondé sur un fédéralisme dual de ce type, l'État-providence canadien se développa au provincial, et fut plus tard soutenu par le gouvernement fédéral afin d'assurer que les services soient offerts de manière comparable sur l'ensemble du territoire²⁸. Ce développement explique l'émergence des relations intergouvernementales. L'intensité de la coordination entre les gouvernements fédéral et provinciaux augmenta de manière significative au cours de la seconde moitié du siècle dernier²⁹. Les premiers ministres dominent les processus de coordination, soutenus par les membres de leurs cabinets et leur administration.

Ces acteurs politiques doivent négocier des ententes tout en étant des concurrents dans le contexte partisan. Et apparemment de telles conditions ne sont pas une garantie de gouvernance efficace. Les études empiriques ont démontré qu'en Allemagne les décideurs politiques évitent les menaces de blocage au sein de la constellation institutionnelle au moyen de compromis et d'accords globaux. Ceux-ci sont souvent insuffisants, ne parvenant pas à remédier aux problèmes concrets. Des accords globaux

27. Nicole BOLLEYER, *Intergovernmental Cooperation: Rational Choices in Federal Systems and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 71-91.

28. Keith BANTING, «Canada: Nation building in a welfare state», dans Herbert OBINGER, Stephan LEIBFRIED et Francis C. CASTLES (dir.), *Federalism and the Welfare State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 129-134.

29. Richard SIMEON, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2006; Grace SKOGSTAD, «Canada: Dual and Executive Federalism, Ineffective Problem-Solving», dans Dietmar BRAUN (dir.), *Public Policy and Federalism*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 57.

sont également inefficaces parce qu'ils sont souvent plus dispendieux que les actions unilatérales³⁰.

Malgré tout, ces conséquences de la gouvernance multiniveau sont surtout le résultat des conditions institutionnelles propres au fédéralisme allemand. Ce fédéralisme intégré ou imbriqué émergea de pratiques centenaires de coopération et de partage du pouvoir entre gouvernements, qui se fondent aujourd'hui sur des conventions et un droit constitutionnels. Les gouvernements des *Länder* participent au travail législatif fédéral par la seconde chambre, le « Conseil fédéral » (*Bundesrat*). Ils ont un droit de veto sur un certain nombre de domaines législatifs fédéraux au moyen d'un vote majoritaire. Qui plus est, la Constitution de la République fédérale oblige les gouvernements à coordonner leurs politiques au moyen d'une prise de décision conjointe, non seulement dans le cas de législations qui affectent les domaines propres aux gouvernements des *Länder*, mais également dans certains domaines administratifs (les administrations des *Länder* mettant en œuvre la plupart des lois et programmes fédéraux).

Les gouvernements sont ainsi poussés à négocier des accords afin de remplir leurs tâches, et aucun gouvernement ne peut adopter des politiques publiques qui lui seraient propres. Non seulement la section exécutive fédérale doit-elle négocier des accords entre les partis qui forment un gouvernement de coalition, mais elle doit souvent également trouver des accords avec ses homologues des *Länder*. Par ailleurs, la concurrence partisane affecte les comportements des acteurs négociant au niveau tant parlementaire qu'intergouvernemental. Fritz W. Scharpf a décrit assez justement cette constellation comme mettant en scène une « coopération antagoniste³¹ ». Les exécutifs soumis aux positions partisans tendent généralement à défendre ces positions dans les processus de négociation, lesquels ne laissent que peu de place aux compromis. Par conséquent, les ententes ont tendance à mettre en péril l'élaboration efficace de politiques publiques³².

Les négociations entre exécutifs marquent également l'élaboration intergouvernementale des politiques publiques au Canada, mais sous des conditions institutionnelles différentes. Ici, le fédéralisme dual sépare les compétences et les politiques entre différents ordres de gouvernement.

30. Fritz W. SCHARPF, « The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration*, vol. 66, n° 3, 1988, p. 247-250.

31. Fritz W. SCHARPF, « Der Bundesrat und die Kooperation auf der dritten Ebene », dans *40 Jahre Bundesrat*, Baden-Baden, Nomos, 1989, p. 132.

32. F.W. SCHARPF, préc., note 30.

Puisque le Sénat canadien ne représente pas les intérêts provinciaux, le gouvernement fédéral n'a aucunement besoin d'entreprendre des négociations avec les acteurs provinciaux lorsqu'il introduit un projet de loi au Parlement. De plus, et bien que le besoin d'une coordination politique intergouvernementale dans certains domaines soit réel, les gouvernements provinciaux comme fédéraux sont libres de mettre en place des politiques particulières dans leurs juridictions respectives. Par conséquent, les exécutifs provinciaux et fédéraux coordonnent leurs politiques au moyen de négociations volontaires. Si les négociations échouent, l'adaptation mutuelle des politiques fédérales et provinciales reste toujours possible, tandis qu'en Allemagne les négociations intergouvernementales infructueuses aboutissent à une paralysie en matière de politiques publiques³³.

Qui plus est, et en contraste avec la situation allemande, les relations intergouvernementales canadiennes ne visent pas nécessairement l'adoption d'ententes multilatérales, à l'exception de celles concernant les amendements constitutionnels que nous mentionnerons plus tard. Le gouvernement fédéral peut conclure des ententes bilatérales avec des provinces individuelles, et des provinces individuelles peuvent rester à l'écart de négociations multilatérales plutôt que d'exercer un droit de veto sur un arrangement global. Les accords bilatéraux verticaux renforcent le gouvernement fédéral et ont été critiqués comme constituant une stratégie du «diviser pour mieux régner» visant à isoler certaines provinces. Malgré tout, les options de dérogation (*opting-out*) ont favorisé la décentralisation et ont permis de protéger les intérêts essentiels des provinces (principalement ceux du Québec). Par conséquent, les exécutifs se livrent à une sorte de jeu diplomatique visant à motiver et à convaincre les représentants du plus grand nombre de juridictions possibles à participer aux relations intergouvernementales³⁴. Mais, quoi qu'il en soit et quel que soit le degré de succès ou d'échec de tels efforts, les désaccords ne mènent pas nécessairement à une impasse, étant donné que les gouvernements responsables peuvent aller de l'avant avec leurs propres politiques publiques dans leurs sphères de compétence respectives.

Ces différentes options font en sorte que le fédéralisme canadien fonctionne, bien qu'il se combine à une démocratie incitant à la concu-

33. Martin PAINTER, «Intergovernmental Relations in Canada: An Institutional Analysis», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 24, n° 2, 1991, p. 269.

34. Richard Simeon a décrit la diplomatie fédérale-provinciale en 1972 et il estimait dans l'édition de 2006 de son livre qu'elle était «plus que jamais solidement établie»; R. SIMEON, préc., note 29, p. 316.

rence et à l'affrontement plutôt qu'à la coopération. Ce système, qui favorise l'action politique unilatérale, génère des mécanismes qui semblent s'opposer au fédéralisme³⁵. Pourtant, malgré ces obstacles structurels, une gouvernance multiniveau « collaborative » s'est mise en place dans un certain nombre de domaines politiques³⁶. La coordination intergouvernementale est moins stable qu'en Allemagne ou aux États-Unis puisque les Parlements (provinciaux et fédéraux) conservent un droit de veto sur des ententes négociées entre exécutifs. De forts degrés de coordination politique ont néanmoins été atteints³⁷. La coordination intergouvernementale peut évidemment échouer, tout particulièrement si les politiques publiques des gouvernements provinciaux reflètent des conditions économiques et sociales différentes dans leurs circonscriptions respectives³⁸. Cela étant, une telle coordination infructueuse ne crée pas d'impasse dans l'élaboration de ces politiques, à l'exception de celle concernant les amendements constitutionnels³⁹. Cette coordination requiert des adaptations mutuelles selon un modèle concurrentiel, mais généralement à la condition que les gouvernements communiquent les uns avec les autres ou qu'ils prennent en considération les décisions d'autres juridictions. Cela permet d'éviter les effets indésirables d'un nivellement par le bas des politiques publiques décentralisées⁴⁰.

Cette communication intergouvernementale routinière exclut les Parlements et pose donc la question de l'imputabilité. Pourtant, les relations fédérales-provinciales au Canada sont moins dominées par la bureaucratie que la gouvernance multiniveau dans les autres fédérations. Les négociations d'ententes intergouvernementales incluent fréquemment

-
35. Campbell SHARMAN, « Parliamentary Federations and Limited Government. Constitutional Design and Redesign in Australia and Canada », *Journal of Theoretical Politics*, vol. 2, n° 2, 1990, p. 205.
36. David CAMERON et Richard SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, n° 2, 2002, p. 49.
37. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 11, p. 157 et 158; Herman BAKVIS et Douglas BROWN, « Policy Coordination in Federal Systems: Comparing Intergovernmental Processes and Outcomes in Canada and the United States », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 40, n° 3, 2010, p. 484.
38. Voir, par exemple, H. BAKVIS et G. SKOGSTAD (dir.), préc., note 3.
39. Peter H. RUSSELL, *The Constitutional Odyssey: Can Canada Become a Sovereign People?*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.
40. Kathleen HARRISON (dir.), *Racing to the Bottom? Provincial Interdependence in the Canadian Federation*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2006.

des parties non gouvernementales et l'exécution des ententes est sujette à une surveillance régulière. Les rencontres entre chefs de gouvernement fédéraux et provinciaux sont des « moments clés de la vie politique canadienne et sont largement couverts par les médias⁴¹ ». Les participants à ces rencontres doivent prendre en considération la volonté de leurs partis au Parlement et sont donc sujets à un contrôle parlementaire. Il est certain que, dans les conditions du système de Westminster, les premiers ministres (incluant le premier ministre fédéral) tirent profit de leur position à la tête de leur parti, celui soutenant généralement le gouvernement. Malgré tout, la politique intergouvernementale n'est pas immunisée contre la concurrence partisane qui se déroule au Parlement⁴². Pour cette raison, il est possible de considérer les relations fédérales-provinciales comme faisant partie intégrante des éléments de la démocratie de négociation⁴³, qui est partiellement liée à la démocratie parlementaire. De manière générale, cet agencement accroît la dimension démocratique du fédéralisme, mais également son adaptabilité⁴⁴.

LES DÉFIS DE LA DÉMOCRATIE FÉDÉRALE CANADIENNE

Dans la partie précédente, j'ai détaillé deux mécanismes de base de la démocratie parlementaire et du fédéralisme. Le premier entraîne une concurrence politique entre des acteurs qui, dans l'autre cas, doivent coordonner leurs politiques par la négociation. Dans le système canadien, ces deux domaines sont partiellement associés, contrairement aux États-Unis où ils sont institutionnellement séparés, et à l'Allemagne, où ils se chevauchent au sein d'une constellation institutionnelle de couplages serrés. Cette combinaison particulière de fédéralisme et de démocratie parlementaire au Canada fonctionne malgré des mécanismes incompatibles qui entraînent simultanément une action collective coopérative et

41. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 37, p. 147.

42. Anna LENOX ESSELMONT, « A Little Help from My Friends: The Partisan Factor and Intergovernmental Negotiations in Canada », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 43, n° 4, 2012, p. 701.

43. T.O. HUEGLIN, préc., note 25, p. 38.

44. Herman BARVIS, Gerald BAIER et Douglas BROWN, *Contested Federalism: Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Oxford University Press, 2009 ; Jörg BROSCHEK, *Der kanadische Föderalismus: Eine historisch-institutionalistische Analyse*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009 ; Rainer-Olaf SCHULTZE, « Zur Möglichkeit des Regierens in postnationalen Mehrebenensystemen: Lehren aus dem kanadischen Föderalismus », *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, vol. 39, n° 3, 2008, p. 612.

concurrentielle. Cela est dû au fait que les acteurs ont suffisamment d'espace pour manœuvrer afin d'adapter leurs politiques et parce que la coopération intergouvernementale entre exécutifs reste soumise au pouvoir des Parlements souverains. L'association fluide du fédéralisme et de la démocratie crée un système dynamique permettant aux décideurs politiques d'éviter de tomber dans les pièges de la prise de décision conjointe ou du gouvernement divisé.

On doit insister sur le fait que ces mécanismes de prise de décision politique au sein des institutions existantes guident et contraignent les comportements des acteurs, mais ne les déterminent jamais. Les premiers ministres et leurs cabinets peuvent, sans enfreindre les règles, passer d'un mode de relations intergouvernementales coopératif à un mode concurrentiel, ou peuvent recourir à l'action unilatérale, voire complètement éviter de traiter certains sujets. C'est le prix à payer pour des fédérations démocratiques où les relations intergouvernementales ne sont pas toujours de même nature ou de même intensité. Qui plus est, l'interaction entre politiques intergouvernementales et parlementaires produit souvent des décisions provisoires ne pouvant être protégées des actions unilatérales des gouvernements. Bien que la révision des politiques et leur caractère provisoire soient des conséquences nécessaires de la démocratie, ces dernières peuvent mettre en péril la stabilité du système fédéral si les changements politiques unilatéraux d'une juridiction affectent les politiques publiques d'autres juridictions. De telles externalités démocratiques peuvent avoir de graves conséquences dans une fédération si les partenaires fédéraux sont incapables de renégocier les ententes ou de gérer les conflits par des modifications réciproques. L'adaptation des politiques publiques dans un contexte de démocratie parlementaire et de relations intergouvernementales a souvent été considérée comme un indice d'instabilité ou d'inefficacité. Pourtant, l'incapacité de réaliser de telles adaptations a produit des crises au sein du fédéralisme canadien et a miné la légitimité des gouvernements apparemment incapables de résoudre des problèmes graves. Cela n'est pas surprenant étant donné les défis propres aux sociétés fragmentées, la désintégration du système partisan, le besoin d'inclure les Premiers Peuples dans les relations intergouvernementales et la gouvernance démocratique, de même que les problèmes persistants de politique constitutionnelle.

Société divisée et systèmes de partis en cours de désintégration

Si l'on en croit les modèles théoriques, la démocratie de concurrence fonctionne à son meilleur lorsqu'elle s'accompagne d'un système bipartisan⁴⁵. En théorie, un régime fédéral nécessite un système partisan intégré (entre les divers échelons) à même de créer des clivages transversaux et de prévenir la migration de l'autorité⁴⁶. Le cas canadien ne remplit aucune de ces deux conditions. Cette fédération multinationale trouve une expression politique dans un système partisan pluraliste et des partis « tronqués⁴⁷ », c'est-à-dire des partis organisés aux deux ordres de gouvernement ainsi que des constellations partisans distinctes dans certaines provinces, tout cela venant refléter une structure sociale pluraliste – et territorialement différenciée.

Le système partisan canadien a été dominé par les conservateurs et le Parti libéral depuis les débuts de la fédération. Ce sont tous deux des partis nationaux qui participent aux élections au fédéral. Par ailleurs, les partis libéraux et conservateurs provinciaux sont indépendants de leurs contreparties nationales respectives. Seul le Nouveau Parti démocratique (NPD) – fondé en 1961 – participe aux élections provinciales et générales sous la forme d'un parti intégré, bien que sa cohérence ait perdu de son intensité à la suite de récents conflits entre différents groupes provinciaux qui en sont issus. Le système partisan canadien s'est adapté à l'organisation fédérale du gouvernement grâce à sa structure verticale différenciée⁴⁸.

Des nouveaux partis émergent en Alberta (Crédit social) et en Saskatchewan (Fédération du Commonwealth coopératif – FCC) lors de la première moitié du xx^e siècle. Ils se positionnèrent en faveur du développement de l'État-providence dans ces deux provinces et vinrent donc influencer les politiques fédérales. La FCC fut plus tard remplacée par le NPD, qui entre en concurrence avec les libéraux et les conservateurs au fédéral. Au Québec, des partis nationalistes ou régionalistes militèrent, voire militent encore, en faveur d'une accession à la souveraineté ou au statut de nation distincte au sein de la fédération canadienne. Parmi eux,

45. A. LIJPHART, préc., note 4, p. 13-15.

46. W.H. RIKER, préc., note 7, p. 136.

47. Lori THORLAKSON, « Patterns of Party Integration, Influence and Autonomy in Seven Federations », *Party Politics*, vol. 15, n° 2, 2009, p. 161 et 166.

48. Herman BAKVIS et A. Brian TANGUAY, « Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting? », dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD (dir.), préc., note 3, p. 112.

le Bloc québécois (Bloc) parvint à remporter des sièges au Parlement fédéral, tandis que sa contrepartie provinciale, le Parti québécois, remporta une élection majoritaire dans la province du Québec en 1976 et fut réélu comme parti de gouvernement plusieurs fois par la suite. Il a depuis perdu sa position prédominante au Québec et, au fédéral, le Bloc a vu graduellement son nombre de sièges chuter en même temps que son influence au sein de la concurrence partisane avant de rebondir de façon significative à l'élection générale de 2019 en obtenant 32 sièges. Le Parti réformiste fut fondé en 1987 pour porter la voix des intérêts des provinces de l'Ouest. Il fusionna avec le Parti progressiste-conservateur en 2003 pour former le Parti conservateur du Canada, une organisation fortement engagée en faveur de la décentralisation, de l'autonomie des provinces, et d'un « fédéralisme ouvert ». Ces changements – ainsi que d'autres plus récents – illustrent les dynamiques principales du système partisan ainsi que des clivages régionaux présents au sein de la politique canadienne⁴⁹.

Dans ce système partisan verticalement et régionalement différencié, les liens transversaux entre juridictions – au sein des partis – sont faibles⁵⁰. Pour cette raison, un parti majoritaire dans un Parlement peut évaluer de manière autonome les politiques de l'exécutif qui lui correspond – en incluant les positions et les comportements stratégiques adoptés par ce dernier dans les relations intergouvernementales – sans avoir à se préoccuper des intérêts ni des autres provinces, ni du fédéral, ni même de la fédération dans son ensemble. La souveraineté parlementaire s'en trouve ainsi renforcée, et la relation entre la politique parlementaire et la politique intergouvernementale s'en trouve atténuée. Néanmoins, les partis formant les gouvernements au fédéral et au provincial participent à l'élaboration intergouvernementale des politiques publiques en tant que « joueurs externes dotés d'un droit de veto⁵¹ ». Ils peuvent empêcher la conclusion d'un accord ou peuvent forcer le gouvernement à se tenir à l'écart d'un projet multilatéral. Dans ce cas de figure, n'ayant pas participé aux

49. William CROSS, « Canada: A Challenging Landscape for Political Parties and Civil Society in a Fragmented Polity », dans Klaus DETTERBECK, Wolfgang RENZSCH et John KINCAID (dir.), *Partis and Civil Society in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 70; Lawrence LEDUC, Jon H. PAMMETT, Judith I. MCKENZIE et André TURCOTTE, *Dynasties and Interludes: Past and Present in Canadian Electoral Politics*, Toronto, Dundurn Press, 2016.

50. W. CROSS, préc., note 49, p. 79-82.

51. Arthur BENZ, « Konstruktive Vetospieler in Mehrebenensystemen », dans Renate MAYNTZ et Wolfgang STRECK (dir.), *Die Reformierbarkeit der Demokratie: Innovationen und Blockaden*, Frankfurt, New York, Campus, 2003, p. 213.

négociations, ils ne peuvent réagir qu'à leurs résultats. C'est pour cette raison que les exécutifs doivent anticiper la volonté du parti majoritaire lorsqu'ils négocient dans le cadre des relations intergouvernementales.

Avec l'augmentation de la diversité de la politique partisane tant aux ordres fédéraux que provinciaux, la coordination entre les gouvernements fédéral et provinciaux s'est complexifiée. Pourtant, en raison du « peu de cohérence idéologique⁵² » des partis fédéraux et provinciaux portant le même nom et de la diversité territoriale du système partisan, les relations intergouvernementales sont moins influencées par la concurrence partisane qu'aux États-Unis ou en Allemagne. Ainsi, d'une part, si les gouvernements provinciaux et fédéral négocient un arrangement spécifique, la politique partisane n'entraîne pas de comportements antagonistes. D'autre part, la politique partisane ne crée pas de « clivages transversaux » et ne contribue donc pas à réduire la divergence des intérêts. Les intérêts fédéraux et provinciaux dominent clairement les négociations intergouvernementales. Malgré tout, les compromis atteints lors de ces processus de négociation peuvent être menacés si les élections régionales ou provinciales entraînent un changement au sein du gouvernement.

La régionalisation du système partisan est venue miner un peu plus une des fonctions d'intégration de la politique partisane. Elle a créé de la division entre les gouvernements provinciaux dans les négociations intergouvernementales avec le gouvernement fédéral. L'institutionnalisation des relations interprovinciales au sein du Conseil de la fédération était donc une réponse logique apportée à cette tendance. Le Conseil a amélioré la coopération horizontale entre les provinces et les territoires, mais il a échoué à résoudre d'importants conflits, tels que ceux entourant les politiques en matière de changements climatiques⁵³. Cette tendance à l'intensification de la coopération intergouvernementale a probablement renforcé l'exécutif tout en affaiblissant le couplage déjà tenu entre les relations intergouvernementales et la démocratie parlementaire. Par contre, et à l'image de l'accroissement de la coopération horizontale, le Conseil de la fédération a rendu plus visible l'élaboration politique intergouvernementale pour le grand public. Les tendances récentes en matière de relations intergouvernementales mettent en lumière les efforts constants pour régler des problèmes constitutionnels par des moyens non constitutionnels au sein du fédéralisme canadien. Cela étant, atténuer les tensions entre le

52. W. CROSS, préc., note 49, p. 80.

53. Emmet COLLINS, « Coming Into Its Own? Canada's Council of the Federation, 2003-16 », *IRPP Insight* 15, mars 2017, p. 11-13.

fédéralisme et la démocratie au sein d'une société fragmentée, marquée par un système partisan désintégré, reste un problème constitutionnel d'envergure.

Les relations intergouvernementales et les problématiques autochtones

Une nouvelle variante de gouvernance et de démocratie multiniveaux a émergé avec l'intégration des Premiers Peuples dans le cadre fédéral canadien. Comme Martin Papillon l'a bien décrit, le fédéralisme exécutif canadien a facilité l'inclusion de différents groupes de Premiers Peuples. Papillon a ainsi observé « la stratification de nouveaux régimes de gouvernance multiniveaux (GMN) qui coexistent avec la répartition des compétences et les relations intergouvernementales déjà présentes⁵⁴ ». Considérant la multitude d'organisations autochtones et la diversité de leurs structures de gouvernance et de modes décisionnels, ces nouveaux régimes multiniveaux combinent des négociations exécutives avec différents modèles de démocratie, certains étant enracinés dans des traditions ancestrales de recherche du consensus tandis que d'autres sont adaptés au système de gouvernement canadien.

De manière générale, les groupes autochtones ont développé une autonomie gouvernementale qui ressemble plus à la démocratie de consensus qu'à la démocratie majoritaire. Dans beaucoup de communautés autochtones, les « conseils de bande » – qui sont les structures politiques reconnues par le gouvernement fédéral – prennent les décisions. Dans les Territoires du Nord-Ouest ainsi qu'au Nunavut, on trouve à la place des sortes de systèmes parlementaires. Toutefois, les membres des Assemblées législatives ne sont pas élus à partir de partis qui se font concurrence, mais en tant qu'indépendants. Les élus qui ne sont pas nommés au cabinet sont considérés comme faisant partie de l'opposition. Par contre, les décisions et le calendrier législatif sont fondés sur des ententes négociées. En règle générale, le style de négociation qui est pratiqué est délibératif, afin de permettre aux membres de parvenir à un consensus. Les traités avec les gouvernements fédéral ou provinciaux sont généralement ratifiés par référendum, ce qui concorde avec la tradition de gouvernement par consensus du peuple ou de ses représentants.

54. Martin PAPILLON, « Adapting Federalism : Indigenous Multilevel Governance in Canada and the United States », *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 42, n° 2, 2011, p. 291. Voir aussi le chapitre de Gauvin et Papillon dans le présent ouvrage.

Le « fédéralisme par traités » qui émerge de l'inclusion des Premiers Peuples sort du cadre des relations intergouvernementales concurrentielles et requiert des ententes négociées. Ce phénomène rappelle la prise de décision conjointe en Allemagne. Toutefois, à l'opposé du modèle allemand, l'approche politique de relations avec les peuples autochtones au Canada se matérialise par le truchement de négociations trilatérales entre le gouvernement fédéral, le gouvernement provincial responsable et la communauté autochtone concernée par la problématique qui est discutée. Alors que les représentants des gouvernements peuvent s'appuyer sur leur majorité parlementaire, les représentants autochtones ou les premiers ministres des territoires qui fonctionnent par voie de consensus doivent obtenir un soutien pour chaque décision. Les conflits partisans n'ont donc aucun effet sur ces processus de négociation intergouvernementale. Cela étant, accommoder les préférences des représentants des communautés autochtones n'est pas nécessairement moins long ou moins compliqué. L'interprétation et l'application des droits autochtones peuvent donner lieu à d'intenses conflits, surtout lorsqu'elles remettent en question des intérêts provinciaux et fédéraux. L'intersection entre la démocratie consensuelle autochtone et la démocratie parlementaire des gouvernements fédéral et provinciaux génère des modalités très particulières de relations intergouvernementales négociées et rend l'accommodement de ces diverses communautés encore plus complexe.

Les politiques de changement constitutionnel

De manière générale, le lien entre le fédéralisme et la démocratie parlementaire est souple et les exécutifs comme les députés ont recours à différentes stratégies pour gérer les tensions. La gouvernance multiniveau des politiques liées aux droits et revendications autochtones s'éloigne de ces systèmes de négociation puisqu'elle exclut toute prise de décision unilatérale en cas de désaccord. Mais elle échappe également au modèle de la prise de décision partagée. Par contre, c'est ce dernier type de gouvernance multiniveau qui s'applique aux amendements constitutionnels au Canada comme dans d'autres fédérations. Dans le contexte canadien, les Parlements sont partie prenante et la concurrence partisane influe sur les négociations intergouvernementales.

Comme a pu le constater la population canadienne à l'époque des politiques « méga-constitutionnelles » qui s'est échelonnée du début des années 1970 à la fin de 1992, modifier une constitution fédérale est une

tâche difficile⁵⁵. Le premier ministre fédéral et ses homologues provinciaux avaient réussi à négocier des ententes dans le cadre des relations intergouvernementales. Toutefois, soit les consensus auxquels ils arrivèrent s'avèrent trop précaires pour inclure le Québec, soit la ratification de ces ententes échoua dans certains Parlements provinciaux ou à l'occasion de référendums. Il semble donc que les chefs de gouvernement et des partis ne soient pas en mesure de contrôler entièrement le processus concurrentiel de la ratification, lequel est affecté par les conflits de longue date entre les sociétés distinctes qui coexistent au sein de la fédération canadienne. C'est pour cette raison que la politique constitutionnelle s'est retrouvée coincée dans ce que Fritz W. Scharpf nomme le « piège de la prise de décision partagée⁵⁶ ». La politique constitutionnelle allemande est coincée dans le même piège, quoique pour des raisons différentes. Dans ce cas, les chefs de gouvernement et de partis contrôlent le processus de ratification au Parlement fédéral et au *Bundesrat* puisqu'ils anticipent les intérêts des acteurs dotés d'un pouvoir de veto. Par conséquent, des amendements constitutionnels sont régulièrement entérinés par les pouvoirs législatifs, mais ils restent limités au plus petit dénominateur commun des intérêts propres aux participants aux négociations intergouvernementales⁵⁷.

D'un point de vue comparé, le fédéralisme canadien présente tout de même de notables évolutions, tandis que le fédéralisme allemand tend au contraire à la rigidité constitutionnelle⁵⁸. Au Canada, le moteur de cette dynamique s'est manifesté selon la logique de la démocratie parlementaire au fédéral plutôt que sur celle de la politique intergouvernementale. Lorsqu'il prit le pouvoir en 2006, le gouvernement Harper annonça la

55. Voir P.H. RUSSELL, préc., note 39, p. 72-227.

56. F.W. SCHARPF, préc., note 30, p. 271. Scharpf a défini le piège de la prise de décision partagée comme « un arrangement institutionnel dont les débouchés politiques ont une tendance inhérente (non accidentelle) à être médiocres ou sous-optimaux – surtout s'ils sont comparés au potentiel politique des gouvernements unitaires dotés d'une taille et de ressources similaires. Malgré tout, un tel arrangement est un « optimum local » d'après le calcul coût-bénéfice de tous les participants qui pourraient avoir la capacité de le modifier. Dans un tel cas, il n'existe pas de façon « graduelle » par laquelle les systèmes de prise de décision partagée peuvent s'autotransformer en un arrangement institutionnel doté d'un plus grand potentiel politique ». Notre traduction.

57. Nathalie BEHNKE et Sabine KROPP, « Marble cake dreaming of layer cake: the merits and pitfalls of disentanglement in German federalism reform », *Regional and Federal Studies*, vol. 26, n° 5, 2017, p. 667-686; Fritz W. SCHARPF, *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt, Campus, 2009, p. 69-116.

58. Arthur BENZ, « From Joint-decision Traps to Over-regulated Federalism: Adverse Effects of a Successful Constitutional Reform », *German Politics*, vol. 17, n° 4, 2008, p. 440-456.

mise en place d'un « fédéralisme ouvert », sans pour autant avoir l'intention d'amender la constitution⁵⁹. Ce concept insistait sur la répartition des compétences entre les ordres de gouvernement et avait pour objectif de renforcer l'autonomie provinciale en évitant l'intervention fédérale par le pouvoir de dépenser. Dans les faits, le gouvernement fédéral mit plus ou moins fin à la coordination intergouvernementale, à tout le moins en ce qui concerne les rencontres des premiers ministres. Dans un certain sens, cette stratégie fédérale a limité les tensions avec le Québec. Mais elle laissa également un certain nombre de problèmes en suspens dans le domaine des politiques sociales et environnementales. Le fédéralisme ouvert s'avéra en réalité être davantage une politique de désengagement de l'État plutôt qu'une réponse adéquate aux problèmes sociaux urgents.

Le changement de gouvernement en novembre 2015 mit en lumière l'autre face de ce système fédéral dans lequel les relations intergouvernementales ne possèdent pas de fondement institutionnel ou constitutionnel lorsque le premier ministre libéral Justin Trudeau voulut raviver la coopération avec les provinces. Cela démontre que le principal mécanisme de la démocratie parlementaire, c'est-à-dire les élections, peut laisser de profondes marques sur le fédéralisme canadien, comme il l'a d'ailleurs fait par le passé. Les partis politiques canadiens ont, tout comme aux États-Unis, différentes conceptions du fédéralisme, qu'ils peuvent mettre en œuvre grâce à une constitution particulièrement flexible. Les dernières décennies ont par ailleurs démontré les avantages qu'il pouvait y avoir à instiguer du changement au travers d'un « renouveau non constitutionnel⁶⁰ ».

La Cour suprême du Canada a été l'un des moteurs de ce changement. Plusieurs estiment que la Cour ne dispose pas d'une légitimité suffisante en tant que juge-arbitre des conflits entre le fédéral et les provinces et comme gardienne du fédéralisme⁶¹. Par conséquent, et bien que l'importance de ses décisions ne doive pas être sous-estimée, les choix émanant des autres institutions ainsi que de la vie politique de manière plus générale ont également contribué à façonner le fédéralisme canadien.

59. INSTITUTE OF INTERGOVERNMENTAL RELATIONS (dir.), *Open Federalism: Interpretations, Significance*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2006.

60. Harvey LAZAR, « Non-Constitutional Renewal: Towards a New Equilibrium in the Federation », dans Harvey LAZAR (dir.), *Canada: The State of the Federation 1997: Non-Constitutional Renewal*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, p. 3.

61. Engénie BROUILLET, « The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effects on the Balance of Power », dans Nicolas ARONEY et John KINCAID (dir.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 150-64.

Les Parlements au moyen de lois ou de résolutions, les premiers ministres par le truchement d'ententes intergouvernementales⁶², ou encore – quoique de manière involontaire – l'électorat qui détermine les majorités parlementaires; tous ces acteurs influencent l'interprétation du droit constitutionnel et l'équilibre des pouvoirs entre les ordres de gouvernement. Par conséquent, les transformations au sein de la fédération restent largement tributaires de la démocratie parlementaire, en tout cas plus qu'en Allemagne et aux États-Unis où la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour suprême sont respectivement les moteurs principaux de l'évolution constitutionnelle.

CONCLUSION

Dans ce chapitre, j'ai décrit la démocratie fédérale canadienne comme un cas de « couplage souple » entre démocratie parlementaire et relations intergouvernementales. Cette configuration se distingue du fédéralisme allemand qui représente une combinaison serrée de ces deux dimensions institutionnelles, ou encore du système américain où les Parlements et les relations intergouvernementales sont séparés depuis longtemps⁶³. Au Canada, ces deux dimensions sont sujettes à une logique de concurrence entre des acteurs qui cherchent à acquérir le pouvoir et à influencer l'élaboration des politiques publiques, mais qui peuvent aussi choisir de coopérer. Dans ce système parlementaire, les partis préfèrent la concurrence à la coopération au moyen de coalitions. Simultanément, la coopération intergouvernementale a gagné en popularité, bien qu'elle soit souvent interrompue par des périodes de concurrence et d'unilatéralisme. Le concept de « couplage souple » vise à décrire des processus dialogiques⁶⁴. Ils se manifestent dans l'arène parlementaire sous la forme de débats publics, et ils se matérialisent dans les relations intergouvernementales ainsi que dans la possibilité d'adaptation politique mutuelle entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Selon les conditions institutionnelles, fiscales et politiques, ces processus évoluent au sein d'une structure de pouvoir plus ou moins asymétrique.

62. Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 1, 2009, p. 1-31.

63. A. BENZ et J. SONNICKSEN, préc., note 9, p. 12-17.

64. T.O. HUEGLIN, préc., note 25, p. 38.

Par comparaison, la démocratie fédérale allemande associe de manière serrée deux systèmes de négociations : celui des coalitions de gouvernement qui dépendent du soutien du Parlement et celui de la prise de décision partagée. Par conséquent, les règles institutionnelles et les normes établies imposent aux acteurs qui se font concurrence dans l'arène partisane de coopérer et de négocier des ententes. Aux États-Unis, les relations entre les sections exécutives et législatives sont institutionnellement séparées des relations intergouvernementales informelles, même si dans les deux cas l'affrontement partisan rend la gouvernance par ententes difficile à mettre en œuvre. Au Canada, les relations informelles entre le fédéral et le provincial sont institutionnellement liées à la démocratie parlementaire. Toutefois, ce lien est « souple » en raison des pouvoirs importants des premiers ministres – qui sont moins contraints dans leurs tendances expansionnistes que les exécutifs en Allemagne. Ces derniers ont les mains liées puisqu'ils s'engagent dans des ententes de coalition et sont poussés à coopérer avec leurs homologues dans les relations intergouvernementales, que ce soit pour des raisons juridiques ou politiques.

De manière générale, le « couplage souple » présente un environnement propice à la résolution du conflit structurel existant entre le fédéralisme et la démocratie parlementaire. Il permet d'éviter l'affrontement direct de logiques politiques incompatibles, la logique de la concurrence partisane au Parlement d'une part, et la logique de la coordination intergouvernementale de l'autre. De plus, ce lien ténu entre parlementarisme et fédéralisme reconnaît une marge de manœuvre aux acteurs dans l'adaptation des processus politiques et de la quête d'équilibre entre politique intergouvernementale et parlementaire. Cette adaptation doit se faire au niveau des interactions continues entre les partis et les exécutifs, entre les chefs politiques et les fonctionnaires au sein de l'administration, entre les représentants fédéraux et provinciaux ou ceux s'exprimant au nom des peuples autochtones, et parfois même entre les gouvernements et les organisations représentant des intérêts privés⁶⁵. Dans tous ces processus, le pouvoir vacille entre les arènes intergouvernementale et parlementaire. Comme le démontre l'histoire canadienne, les acteurs politiques ont été en mesure de réconcilier les effets divergents des institutions et des modes décisionnels dans l'élaboration des politiques publiques. Cela remet en cause les théories selon lesquelles le fédéralisme ne peut pas fonctionner dans le cadre de la

65. Julie SIMMONS, « Democratizing Executive Federalism : the Role of Non-Governmental Actors in Intergovernmental Negotiations », dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD (dir.), préc., note 3, p. 255-379.

démocratie parlementaire ou que les relations intergouvernementales viennent saper la démocratie⁶⁶.

Le fédéralisme et la démocratie ont connu des crises profondes au cours de l'histoire canadienne ; il reste de nombreuses zones de tensions et de conflits. Par ailleurs, les changements au sein de la politique partisane, les divisions au sein de la société ainsi que les problématiques constitutionnelles non résolues entraînent de nouveaux défis. Cela étant, malgré la désintégration du système de partis, malgré l'inclusion des nations autochtones qui décident par consensus et malgré la nécessité d'une prise de décision partagée pour amender la constitution, le fédéralisme et la démocratie tendent vers un équilibre entre une coordination intergouvernementale somme toute assez efficace et une légitimité démocratique rendant les exécutifs responsables devant les Parlements ou les conseils. Cet équilibre est le fruit de processus politiques et il ne peut être consolidé par des normes constitutionnelles. La théorie du « couplage » entre fédéralisme et démocratie que nous avons mise de l'avant met en lumière cet aspect nécessairement dynamique de la démocratie fédérale⁶⁷.

Il reste à savoir comment atteindre et maintenir cet équilibre entre le fédéralisme et la démocratie. Le déséquilibre est une menace permanente que les acteurs politiques doivent anticiper puisque le droit constitutionnel ne peut écarter les conflits institutionnels. Dans le cas canadien, il existe un certain risque que les Parlements soient dissociés des relations intergouvernementales. Qui plus est, ces dernières manquent de stabilité et d'efficacité en raison de la concurrence partisane et des potentiels vetos parlementaires. Pour cette raison, le couplage souple devrait être renforcé par un cadre institutionnel à même de stabiliser les relations intergouvernementales et de les lier aux processus démocratiques.

66. T.O. HUEGLIN, préc., note 25 ; voir également Alain-G. GAGNON, « Executive Federalism in Canada », dans Michael BURGESS et Alain-G. GAGNON (dir.), *Federal Democracies*, Abingdon, Routledge, 2010, qui estime que l'élaboration politique intergouvernementale (« le fédéralisme de concertation ») peut protéger les intérêts des sociétés distinctes dans les fédérations multinationales et peut donc être considéré comme étant « l'expression de la santé démocratique au Canada » (p. 246). Voir, du même auteur, *La Raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008, p. 148-149.

67. Arthur BENZ, « Politische Steuerung in lose gekoppelten Mehrebenensystemen », dans Raimund WERLE et Uwe SCHIMANK (dir.), *Gesellschaftliche Komplexität und kollektive Handlungsfähigkeit*, Frankfurt, Campus, 2000, p. 99-126. A. BENZ et J. SONNICKSEN, préc., note 9 ; Martin LANDAU, « Federalism, Redundancy, and System Reliability », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 3, n° 3, 1973, p. 173.

Une réforme du Sénat pourrait s'avérer pertinente pour résoudre cette tension, mais son avènement est peu probable étant donné la rigidité des règles relatives aux amendements constitutionnels. Convertir le Conseil de la fédération en une institution fédérale serait une option sans doute plus facile à mettre en œuvre⁶⁸. Une telle institution pourrait servir de lieu de délibération pour les gouvernements fédéraux, provinciaux et autochtones sur les sujets faisant l'objet de politiques communes. En tant qu'organe consultatif, il permettrait même d'instaurer un dialogue permanent sans contraindre les exécutifs y participant à arriver à des ententes et sans mettre en péril le principe de souveraineté parlementaire.

Une analyse comparée ne peut, en soi, pas justifier des recommandations de réforme institutionnelle, mais elle permet de mettre en valeur des modèles institutionnels alternatifs existant dans d'autres fédérations. Le but est de mettre en lumière des caractéristiques et des développements propres à d'autres régimes fédéraux, leurs forces et leurs faiblesses, y compris en ce qui a trait à l'intersection entre fédéralisme et démocratie. L'enseignement le plus important que nous pouvons retirer d'une comparaison des fédérations démocratiques est leur nature dynamique. Le principal défi est de maintenir ce dynamisme tout en trouvant des moyens de stabiliser les structures de pouvoir non seulement entre les ordres de gouvernement, mais aussi entre les arènes parlementaires et intergouvernementales. Les institutions peuvent limiter les dynamiques, mais les acteurs en restent les moteurs.

De ce point de vue, le Canada constitue indéniablement un cas intéressant. La population constate qu'une constitution fédérale et démocratique établit des principes divergents et que la bonne gouvernance oblige à concilier en même temps des intérêts politiques particuliers et des principes contradictoires institutionnalisés. Les débats récurrents au sujet des solutions imparfaites à ces conflits contribuent à renforcer la démocratie et l'évolution du fédéralisme. Les observateurs étrangers, notamment ceux qui sont issus d'une Allemagne marquée par un système fédéral statique, unitaire et miné par une trop grande régulation, sont fascinés par la capacité canadienne à gérer de graves conflits dans le contexte de conditions institutionnelles qui sont à la fois extraordinairement flexibles et difficiles à modifier. La reconnaissance des conflits et de la diversité et les stratégies pragmatiques face à une constitution particulièrement complexe contribuent à faire du cas canadien un exemple de

68. Cheryl Saunders et Ian Peach développent plusieurs options de réforme sénatoriale et du Conseil de la fédération dans le présent ouvrage.

réussite. Un tel constat ne doit néanmoins pas faire fi des désaccords constitutionnels entre le Québec, les Premiers Peuples et le soi-disant « reste du Canada » ni non plus des conséquences des problématiques constitutionnelles non résolues. Dans ce système complexe, les responsables des politiques publiques, les acteurs politiques ayant l'ambition de résoudre des problèmes et les victimes de conflits non résolus ou de solutions imparfaites ont de bonnes raisons de déplorer plus d'échecs que de succès. Leurs critiques et leur engagement politique sont essentiels, car ils constituent des facteurs d'évolution vers une fédération démocratique plus équilibrée. Ou, pour reprendre les termes de Thomas Hueglin, « si les Canadiens constituent un peuple, c'est principalement du fait de la conversation continue à laquelle ils participent⁶⁹ ».

Traduction : Benjamin Pillet

69. T.O. HUEGLIN, préc., note 25, p. 27. Notre traduction.

CHAPITRE 8

Partis, élections et fédéralisme canadien au XXI^e siècle : revisiter la thèse de Cairns

A. BRIAN TANGUAY

INTRODUCTION

Depuis les années 1920, lorsque les progressistes ont détruit le duopole politique détenu par les libéraux et les conservateurs, le rôle intégratif des partis politiques canadiens dans le système fédéral est limité, à l'exception de la formation du cabinet qui représente parfois un mécanisme efficace du fédéralisme intra-étatique. D'autres institutions du gouvernement central, tels plusieurs mécanismes du fédéralisme exécutif, font la plus grande partie du travail pour amalgamer les différentes sections – régionales, linguistiques et religieuses – du pays¹.

Le rôle des partis politiques fédéraux dans le processus de la construction de la nation est plus difficile avec le mode de scrutin majoritaire uninominal à un tour (MUT). Ce système, comme le mentionne Alain Cairns dans son article marquant publié il y a plus de cinquante ans, « favorise un style politique particulier » qui récompense les stratégies de campagnes régionales ainsi que les appels aux intérêts régionaux dans les programmes des partis². Cairns rejette l'idée convenue selon laquelle

-
1. Pour une discussion plus détaillée de cette thèse, voir Herman BAKVIS et A. Brian TANGUAY, « Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism*, 3^e éd., Toronto, Oxford University Press, 2012, p. 96-115. Les aperçus du rôle important joué par le cabinet pour forger l'unité nationale ont été inspirés par les recherches de Herman Bakvis au sujet des gouvernements de cabinet. En particulier, voir son livre *Regional Ministers: Power and Influence in the Canadian Cabinet*, Toronto, University of Toronto Press, 1991.
 2. Alan C. CAIRNS, « The Electoral System and the Party System in Canada, 1921-1965 », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 1, n^o 1, 1968, p. 64.

les partis politiques canadiens représentent des partis de courtage³ qui agissent en agents de nationalisation en élaborant des compromis afin de maintenir l'unité nationale. Il suggère que cette idée donne de façon erronée une reconnaissance aux partis plutôt qu'au système parlementaire qui «nécessitent des consensus parmi les différents intérêts pour accomplir n'importe quoi⁴». Selon Cairns, les partis nationaux, avec leurs caucus régionaux soumis aux effets du MUT, se sont montrés inefficaces pour résoudre les deux clivages les plus importants en politique canadienne – la tension entre le centre et la périphérie et la division linguistique entre les francophones et les anglophones⁵.

Le 150^e anniversaire du Canada représente l'occasion idéale pour évaluer de nouveau le rôle de notre système électoral dans l'exacerbation ou la mitigation des clivages régionaux et linguistiques qui ont été un élément prédominant de la politique dans ce pays. Gibbins⁶ et Johnston⁷ ont procédé à une telle évaluation il y a une dizaine d'années. La présente

-
3. Les partis de courtage (*brokerage parties*) ont longtemps été perçus par les politologues comme étant un caractère distinct du système partisan canadien. Un parti de courtage ne modère pas simplement ses positions par rapport à des enjeux afin d'avoir de meilleures chances d'obtenir le pouvoir. Autrement, presque tous les partis politiques cherchant à gagner des votes dans les démocraties de style Westminster pourraient être considérés comme des partis de courtage, ce qui diminuerait la pertinence théorique du concept. Comme le mentionne R. Kenneth Carty dans ses travaux sur le système partisan canadien, un parti de courtage cherche plutôt à obtenir les votes de toutes les classes et des différents groupes. Ceux-ci cherchent à trouver les électeurs des deux côtés d'un clivage, que celui-ci soit linguistique, religieux ou régional, dans un pays divisé comme le Canada. Un tel parti cherche donc à renforcer l'unité nationale. Les partis de courtage historiques ont joué un rôle important dans la construction de la nation. Voir R. Kenneth Carty, «Has Brokerage Politics Ended? Canadian Parties in the New Century», dans Amanda Bittner et Royce Koop (dir.), *Parties, Elections, and the Future of Canadian Politics*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, p. 10-21; A. Brian Tanguay, «Canada's Political Parties in the 1990s: The Fraying of the Ties That Bind», dans Harvey Lazar et Tom McIntosh (dir.), *Canada: The State of the Federation 1998/99. How Canadians Connect*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999, p. 217.
 4. A.C. Cairns, préc., note 2, p. 63.
 5. *Ibid.*, p. 64 et 65.
 6. Roger Gibbins, «Early Warning, No Response: Alan Cairns and Electoral Reform», dans Gerald Kernerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders and Outsiders: Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, p. 39-50.
 7. Richard Johnston, «The Electoral System and the Party System Revisited», dans Gerald Kernerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders and Outsiders: Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, p. 51-64.

analyse vise à compléter ces conclusions en se référant à l'expérience particulière du Comité spécial sur la réforme électorale (ERRE)⁸ afin d'examiner l'interrelation entre le système électoral MUT et le système de partis canadien. Le chapitre est structuré autour de quatre questions. Premièrement, quels problèmes mécaniques inhérents aux MUT Cairns décrivait-il dans les années 1960, et ceux-ci sont-ils toujours pertinents aujourd'hui? Deuxièmement, est-ce que les conclusions de Cairns relatives aux biais systématiques du MUT à l'encontre de certains partis mineurs, de même que ses effets perniciose sur la régionalisation, sont encore convaincantes en 2017? Troisièmement, depuis la publication de cet article, est-ce que le système électoral a encouragé ou a entravé les efforts pour résoudre la «question québécoise»? Dans la quatrième et dernière section du chapitre, nous nous demandons si l'échec du Comité spécial sur la réforme électorale signifie qu'une réforme significative du système actuel n'est plus probable dans un futur rapproché. Si cela s'avère le cas, est-ce que d'autres réformes moins fondamentales pourraient limiter certains des effets moins désirables de ce système?

CAIRNS ET LE «TAUX D'ÉCHEC» DU SYSTÈME ÉLECTORAL MAJORITAIRE UNINOMINAL À UN TOUR (MUT)

Cairns soutient qu'une des principales limites du MUT canadien est qu'il ne réussit pas à générer des gouvernements majoritaires stables à un parti jouissant d'une pluralité des votes, ce qui, pourtant, est censé être l'un des attraits principaux d'un tel système selon la littérature de science politique. Pour David Butler, le MUT «encourage les partis forts et décourage les partis faibles; la prédominance de deux partis est probable et celui des deux qui gagne la pluralité des votes va habituellement remporter une majorité claire des sièges. *Les élections choisissent donc les gouvernements*⁹». En examinant les 14 élections fédérales qui ont eu lieu entre 1921 et 1965, Cairns arrive à la conclusion que le MUT réussit à transformer «une minorité des votes en une majorité des sièges dans

8. Le Comité spécial sur la réforme électorale a été créé le 7 juin 2016, afin de «déterminer et étudier d'autres modes de scrutin, pour remplacer le système majoritaire uninominal à un tour, ainsi que pour examiner les questions du vote obligatoire et du vote en ligne»: CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Comité spécial sur la réforme électorale, Mandat*, 1^{re} sess., 42^e Parl. (2016).

9. David BUTLER, «Electoral Systems», dans David BUTLER, Howard R. PENNIMAN et Austin RANNEY (dir.), *Democracy at the Polls: A Comparative Study of Competitive National Elections*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1981, p. 18 (italiques ajoutés).

seulement six des douze cas» et que sa «performance... est donc médiocre¹⁰». Le texte de Cairns a été écrit au cours d'une période d'instabilité sans précédent dans le système politique canadien, laquelle a produit des gouvernements minoritaires après les élections de 1957, 1962, 1963 et 1965, donc ses observations ne sont pas surprenantes.

Tableau 8.1
Pourcentage des votes et des sièges du parti au pouvoir, 1968-2015

ANNÉE SIÈGES/VOTES	GOVERNEMENT	% VOTES	% SIÈGES	RATIO
1968	Lib	45,5	58,7	1,29
1972	Lib	38,5	41,3	1,07
1974	Lib	43,2	53,4	1,24
1979	PC	35,9	48,2	1,34
1980	Lib	44,3	52,1	1,18
1984	PC	50,0	74,8	1,50
1988	PC	43,0	57,3	1,33
1993	Lib	41,3	60,0	1,45
1997	Lib	38,5	51,5	1,34
2000	Lib	40,8	57,1	1,40
2004	Lib	36,7	43,8	1,19
2006	Cons	36,3	40,2	1,11
2008	Cons	37,7	46,4	1,23
2011	Cons	39,6	53,9	1,36
2015	Lib	39,5	54,4	1,38
2019	Lib	33,1	46,4	1,40

Source: Pour les élections de 1968 à 2015, les chiffres proviennent des données de l'annexe A dans Alain-G. Gagnon et A. Brian Tanguay (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 4^e édition, Toronto: University of Toronto Press, 2017.

Pour 2019, les chiffres proviennent d'Élections Canada, Élection fédérale du 21 octobre 2019 : résultats du vote. <https://enr.elections.ca/National.aspx?lang=f>.

Le tableau 1 démontre que, lors des 15 élections nationales qui se sont déroulées depuis la publication de l'article de Cairns, le système électoral

10. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 56. Lors des élections de 1940 et de 1958, le parti qui a remporté l'élection – les partis libéral et conservateur (de manière respective) – a obtenu une majorité des votes, donc le MUT ne devait pas transformer une pluralité des votes dans une majorité des sièges.

a réussi à traduire une minorité des votes dans une majorité des sièges pour un seul parti dans neuf des quatorze occasions, avec des exceptions en 1972, 1979, et lors de la série de gouvernements minoritaires en 2004, 2006 et 2008¹¹. Avec cet échantillon, le « taux d'échec » du MUT, pour utiliser la terminologie de Cairns, serait de 36% (5 sur 14) pour cette période. Donc, pour la période complète entre 1921 à 2015, le système électoral au Canada a échoué à transformer la pluralité des votes en une majorité pour un parti à la Chambre des communes presque 40% du temps (11 élections sur 29). La version canadienne du MUT déroge donc de la description classique du système par Butler et plusieurs autres auteurs.

En effet, le cas canadien représente une exception évidente à la « loi » de Duverger, qui suggère que les « systèmes de majorité simple avec un seul bulletin de vote favorisent les systèmes partisans à deux partis¹² ». Comme l'affirment les auteurs d'un article publié en 2000 au sujet de l'influence des systèmes électoraux sur les clivages ethniques dans une société, « la logique conventionnelle qui suggère une relation causale entre le système électoral et le système partisan est démodée ». Ils fondent leurs conclusions sur le constat que le « système uninominal à un tour a facilité la fragmentation du système partisan dans des démocraties établies, tels l'Inde et le Canada, alors que certains systèmes de représentation proportionnelle ont vécu des élections qui confirment la présence d'un régime dominé par un seul parti politique, tel le cas de la Namibie, de l'Afrique du Sud et ailleurs¹³ ».

Cairns ajoute un deuxième critère comme indicateur de la performance du MUT : il n'est pas suffisant que la formule électorale conduise à des majorités pour un parti, celle-ci doit également permettre « le maintien d'une opposition efficace, *définie de manière arbitraire* comme un tiers des membres de la Chambre ». Or, cela s'est produit seulement quatre

-
11. L'élection de 1984 est exclue de cette analyse pour la même raison que Cairns a exclu les élections de 1940 et de 1958 (voir note précédente) : il s'agit d'une des rares occasions où un parti – celui des conservateurs progressistes de Brian Mulroney – a gagné une majorité absolue des votes (50,03 pour cent), donc une grande majorité (presque 75 pour cent) des sièges.
 12. Maurice DUVERGER, *Political Parties*, traduit par BARBARA et Robert NORTH, Londres, Methuen, 1954, p. 217 : « Of all the hypotheses that have been defined in this book, this approaches most nearly perhaps to a true sociological law. »
 13. Ben REILLY et Andrew REYNOLDS, « Electoral Systems and Conflict in Divided Societies », dans Paul C. STERN et Daniel DRUCKMAN (dir.), *International Conflict Resolution After the Cold War*, Washington, National Academy Press, 2000, p. 435 et 436.

fois entre 1921 et 1965¹⁴. En utilisant ces deux mesures ensemble – donc la présence d’un gouvernement majoritaire stable créé à partir d’une pluralité des votes et une opposition numériquement efficace –, Cairns arrive à la conclusion que, durant cet intervalle de temps, « le taux d’échec du système est de 71 % dans 10 des 14 élections¹⁵ ».

La deuxième mesure du « taux d’échec » du MUT qui exige de maintenir une opposition efficace occupant au moins 33 % des sièges au Parlement est beaucoup plus problématique que la première. Cairns admet qu’un taux de 33 % représente un seuil arbitraire. Il est donc difficile de démontrer de manière empirique qu’une opposition composée de 29 % des sièges au Parlement est nécessairement moins efficace dans un système de Westminster qu’une opposition formée de 38 % des sièges. Lovink remarque qu’en baissant le seuil arbitraire de Cairns de 33 % au nombre raisonnable, mais tout aussi arbitraire de 25 %, le « taux d’échec » du MUT est réduit. Celui-ci passe de 4 sur 14 (28 %) à un sur 14 (7 %) pour la période étudiée par Cairns¹⁶. Entre 1968 à 2015, l’opposition n’a pas réussi à atteindre le seuil de 33 % établi par Cairns seulement une fois en 1984. Les partis d’opposition occupaient alors 25 % des sièges au Parlement, ce qui ne représente même pas un échec du MUT d’après les critères révisés de Lovink.

De manière intéressante, Cairns répond aux critiques de Lovink en acceptant que nous avons besoin de plus de recherches afin de déterminer la taille nécessaire en termes absolus pour qu’une opposition soit capable d’accomplir ses tâches de manière efficace¹⁷. Il admet également que l’objectif de l’article original était « quelque peu polémique¹⁸ » et que la notion d’attacher un seul numéro (élevé) au taux d’échec du MUT était évidemment utile pour élaborer des critiques de notre système électoral. Cependant, les évaluations des mérites relatifs des systèmes électoraux permettent rarement autant de précisions artificielles. Les critiques de Cairns par rapport au MUT auraient été plus persuasives si elles avaient porté davantage attention à deux caractéristiques essentielles de ce système dans le contexte canadien.

14. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 57.

15. *Ibid.*

16. J.A.A. LOVINK, « On Analysing the Impact of the Electoral System on the Party System in Canada », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 3, n° 4, 1970, p. 511.

17. Alan C. CAIRNS, « A Reply to J.A.A. Lovink, “On Analysing the Impact of the Electoral System on the Party System in Canada” », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 3, n° 4, 1970, p. 520.

18. *Ibid.*, p. 517.

Premièrement, Cairns aurait pu explorer de manière plus systématique la nature des gouvernements minoritaires durant la période étudiée, car celle-ci comprenait les années très productives – d'un point de vue législatif – de l'administration de Pearson entre 1963 et 1965 et de 1965 à 1968. Ces gouvernements, d'après l'évaluation de Tom Kent, un des architectes de l'État-providence canadien, ont « transformé le Canada » plus rapidement et de manière plus considérable que presque tous les gouvernements précédents¹⁹. Paul Thomas suggère également que les gouvernements minoritaires – dans ce cas, le gouvernement libéral de Paul Martin fils (2004-2006) – peuvent être « aussi efficace que [leurs] prédécesseurs et démontrent... une plus grande capacité de délibération législative... et font en sorte qu'il est plus facile de garder l'exécutif responsable pour leurs actions²⁰ ».

Dans ce sens, bien que les gouvernements minoritaires dans le contexte canadien représentent un écart de l'idéal-type du MUT, ils servent aussi à démontrer le potentiel que certains systèmes proportionnels ou semi-proportionnels représentent – avoir en fonction de leur conception – pour améliorer la démocratie dans ce pays.

Deuxièmement, les gouvernements majoritaires ne sont pas nécessairement bénéfiques pour les citoyens canadiens, car ils concentrent le pouvoir exécutif de manière excessive entre les mains d'un leader qui est membre d'un parti politique avec des biais géographiques. Pour Peter Russell :

Si vous préférez un gouvernement ministériel qui gère le pays avec un style comparable à un président-directeur général (PDG) et qui gouverne sans débat parlementaire significatif en dépit de l'opinion populaire au pays – alors... utilisez votre vote pour donner au leader d'un des plus grands partis le contrôle du gouvernement pour quatre ans²¹.

Depuis la publication de l'article de Cairns, le MUT a créé des majorités artificielles, en ce sens où elles ont été obtenues en recueillant une proportion décroissante du vote populaire. La formule pour traduire les votes en sièges au Canada est donc devenue *trop* efficace²². Si nous excluons les élections où le parti qui a remporté la victoire a obtenu une majorité des

19. Tom KENT, « When Minority Government Worked: the Pearson Legacy », *Policy Options*, 2009, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/minority-government/when-minority-government-worked-the-pearson-legacy/].

20. Paul E.J. THOMAS, « Measuring the Effectiveness of a Minority Parliament », *Canadian Parliamentary Review*, vol. 3, n° 1, 2007.

21. Peter H. RUSSELL, *Two Cheers for Minority Government*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 4.

22. Cet argument est aussi présenté par R. GIBBINS, préc., note 6, p. 41.

votes (1940 et 1958) entre 1921 et 1965, les partis formant un gouvernement majoritaire ont gagné en moyenne 46,5 % du vote populaire, mais jamais moins que 41 % de celui-ci. Cependant, entre 1968 et 2015, en écartant l'élection de 1984 où le Parti progressiste-conservateur a remporté plus de 50 % des voix – les partis formant des gouvernements majoritaires l'ont fait avec une moyenne de 41,7 % des votes. Pour les quatre derniers gouvernements majoritaires (en 1997, 2000, 2011 et 2015), une moyenne de 39,6 % des votes a été nécessaire pour obtenir plus de 50 % des sièges.

Dans l'ère de campagnes électorales modernes, qui utilisent les nouvelles technologies de l'information, les médias sociaux, l'exploration de données ainsi que des logiciels de marketing qui permettent aux partis politiques de cibler les électeurs au niveau micro dans leur circonscription, une majorité parlementaire produite par le MUT peut être très peu représentative de la population canadienne. Cependant, comme les détracteurs du système électoral l'affirment, ces majorités législatives artificielles possèdent cent pour cent du pouvoir pour une période de quatre à cinq ans pendant laquelle ils peuvent faire passer des lois très partisans. Un exemple de cela est la *Loi sur l'intégrité des élections*, mise en place par le gouvernement conservateur de Stephen Harper en 2014. Les éléments controversés de cette loi comprenaient les compressions au rôle éducatif d'Élections Canada sous le prétexte que cette agence gouvernementale entreprenait seulement des initiatives pour encourager la participation électorale simplement pour augmenter son nombre de « clients²³ ». Autre élément troublant : cette loi retirait au Directeur général des élections du Canada le pouvoir d'entreprendre des enquêtes sur d'éventuelles fraudes. Ce pouvoir a été transféré à la Directrice des poursuites pénales. Pour Peter Loewen, bien que ce transfert ne soit pas « irréprochable de manière abstraite », cette mesure a été mise en place par « un parti, qui a longtemps été engagé dans des disputes avec Élections Canada, avant son élection et lorsqu'il était au gouvernement ». De plus, « on pourrait correctement conclure que l'agence électorale avait été agressive dans sa poursuite des fautes électorales possiblement commises par ce parti²⁴ ».

23. Cet argument est avancé, entre autres, par la sénatrice Linda Frum. Pour une critique de plusieurs dispositions de cette loi, voir cette lettre signée par plusieurs centaines d'académiques, Melissa WILLIAMS et collab., « An open letter on the Fair Elections Act », *Globe and Mail*, 23 avril 2014, [En ligne], [<https://www.theglobeandmail.com/opinion/an-open-letter-from-academics-on-bill-c-23/article18114166/>].

24. Peter LOEWEN, « Making elections fair in the context of a political feud », *Ottawa Citizen*, 20 mai 2014, [En ligne], [ottawacitizen.com/news/national/column-making-elections-fair-in-the-context-of-a-political-feud].

Le MUT a donc contribué à la consolidation excessive du pouvoir exécutif dans un système politique où il y a peu de contraintes institutionnelles efficaces pour le premier ministre. Dans la prochaine section du chapitre, nous allons voir comment le MUT restreint les débats politiques au pays en discriminant contre les partis de gauche et en contribuant à la régionalisation du système politique.

LE MUT, LA GAUCHE ET LE RÉGIONALISME AU CANADA

Un des principaux biais du MUT décrit par Cairns, ainsi que plusieurs autres observateurs, est que le système récompense les petits partis ayant une base régionale et punit les petits partis « qui ont un soutien diffusé à travers le système politique dans son ensemble et qui n'ont pas de base territoriale forte²⁵ ». Au courant de la période étudiée par Cairns, les partis mineurs qui ont souffert le plus à cause du MUT sont la FCC-NPD²⁶ et le Parti de la reconstruction du Canada. Ce dernier représente un mouvement social qui a émergé lors de la Grande Dépression sous le leadership de « H.H. Stevens, un ancien ministre du Commerce dans le gouvernement [conservateur] de Bennet [qui] offrait une solution de rechange modérée à la FCC pour les électeurs préoccupés par le monopole du pouvoir et le prix des entreprises²⁷ ». Le Parti de la reconstruction du Canada a gagné 8,7 % du vote lors de l'élection de 1935, mais a remporté un seul siège avant de disparaître lors du prochain cycle électoral, alors que le parti populiste de l'Ouest, le Crédit social, a remporté 17 sièges avec seulement 4 % du vote et a continué à être une force régionale dans l'Ouest lors des années 1940 et 1950²⁸.

25. R. Kent WEAVER, « Electoral Rules and Governability », *Journal of Democracy*, vol. 13, n° 2, 2002, p. 112.

26. La Fédération du Commonwealth coopératif, ou FCC, a été fondé à Calgary en 1932. En 1961, le parti a fusionné avec le Congrès du travail du Canada pour créer le Nouveau Parti démocratique (NPD).

27. Alain-G. GAGNON et A. Brian TANGUAY, « Minor Parties in the Canadian Political System: Origins, Functions, Impact », dans A. Brian TANGUAY et Alain-G. GAGNON (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 2^e éd., Toronto, Nelson Canada, 1996, p. 114.

28. Voir J.M. BECK, *Pendulum of Power*, Scarborough, Prentice-Hall, 2012, p. 220; A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 59; Alain-G. GAGNON et A. Brian TANGUAY (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 4^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2017, annexe A1, p. 465.

Tableau 8.2

Effet du mode de scrutin majoritaire uninominal (MUT) sur le nombre de sièges obtenus en fonction du nombre de votes au Canada, 1968-2015

Année	CLASSEMENT DES PARTIS EN FONCTION DU POURCENTAGE DE VOTES				
	1	2	3	4	5
1968	Lib 1,29	PC 0,87	NPD 0,49	Créd 1,20	
1972	Lib 1,07	PC 1,16	NPD 0,66	CS 0,75	
1974	Lib 1,24	PC 1,02	NPD 0,40	CS 0,84	
1979	Lib 1,01	PC 1,34	NPD 0,51	CS 0,46	
1980	Lib 1,18	PC 1,12	NPD 0,57		
1984	PC 1,50	Lib 0,51	NPD 0,56		
1988	PC 1,33	Lib 0,88	NPD 0,72		
1993	Lib 1,45	Réf 0,94	PC 0,04	BQ 1,36	NPD 0,44
1997	Lib 1,34	Réf 1,02	PC 0,35	NPD 0,63	BQ 1,36
2000	Lib 1,40	AC 0,85	PC 0,33	BQ 1,18	NPD 0,50
2004	Lib 1,19	Cons 1,08	NPD 0,39	BQ 1,41	PV 0,00*
2006	PC 1,11	Lib 1,10	NPD 0,54	BQ 1,58	PV 0,00*
2008	PC 1,23	Lib 1,09	NPD 0,66	BQ 1,59	PV 0,00*
2011	PC 1,36	NPD 1,09	Lib 0,58	BQ 0,21	PV 0,08
2015	Lib 1,38	Cons 0,92	NPD 0,65	BQ 0,63	PV 0,09
2019	Lib 1,40	Cons 1,04	BQ 1,23	NPD 0,45	PV 0,14

Source: Données en provenance de l'annexe A dans Gagnon et Tanguay, *Canadian Parties in Transition*, annexe A. Pour 2019, les chiffres proviennent d'Élections Canada, Élection fédérale du 21 octobre 2019 : résultats du vote. <https://enr.elections.ca/National.aspx?lang=f>.

Les chiffres dans les cellules représentent le rapport entre le pourcentage de sièges remportés par un parti et le pourcentage de voix obtenues. Les valeurs supérieures à 1 indiquent que le parti bénéficie du MUT, tandis que les valeurs inférieures à 1 indiquent que le système électoral est discriminatoire à l'égard du parti – il obtient moins de sièges que sa part de votes lui permettrait d'obtenir dans un système proportionnel.

* Le Parti vert a remporté 4,3 % des voix en 2004, 4,5 % en 2006 et 6,8 % en 2008, tout en ne remportant aucun siège lors de chacune de ces élections (Bélanger, 2017: 187).

Légende

BQ – Bloc québécois

AC – Alliance canadienne

Cons – Parti conservateur

Créd – Ralliement des créditistes

PV – Parti vert

Lib – Parti libéral du Canada

NPD – Nouveau Parti démocratique

PC – Parti progressiste-conservateur

Réf – Parti réformiste

CS – Crédit social

Éric Bélanger, « Third Parties in Canada: Variety and Success », dans Alain-G. Gagnon et A. Brian Tanguay (ed.), *Canadian Parties in Transition*, 4e édition, Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 187.

La FCC-NPD est sans doute la victime la plus constante de la formule qu'utilise le MUT pour traduire les votes en sièges. Ce parti a obtenu plus de sièges que sa proportion de votes seulement une fois depuis qu'il a commencé à présenter des candidats lors des élections en 1935, lors de la « vague orange » de 2011 (voir le tableau 8.2). Selon Lovink, le système électoral canadien « fait du tort à la gauche politique²⁹ », un constat qui est aussi valide aujourd'hui qu'il l'était en 1970. Dans la dernière décennie, le Parti vert a également été puni sévèrement par le MUT, remportant près d'un million de votes en 2008, mais aucun siège et seulement un siège lors des élections de 2011 et de 2015 en dépit d'avoir obtenu 3,9 % et 3,4 % du vote respectivement. Le parti aurait remporté environ 12 sièges dans un système complètement proportionnel.

Il n'est donc pas surprenant que les personnes qui soutiennent les partis qui n'ont jamais formé un gouvernement au fédéral – comme les Verts, le NPD et le Bloc québécois – sont celles qui soutiennent fortement une réforme électorale significative. Une étude effectuée par l'Institut Broadbent après l'élection fédérale de 2015, avec des données Abacus, démontre que 42 % des Canadiens de 18 ans ou plus étaient en faveur d'une réforme « complète » ou « majeure » du système électoral. Les électeurs conservateurs et libéraux soutenaient la réforme à 36 % : ils étaient les moins susceptibles de soutenir des changements marquants dans le système électoral. Les électeurs du NDP (41 %), des Verts (57 %) et du Bloc québécois (61 %) sont les plus favorables aux changements complets ou en profondeur³⁰.

29. J.A.A. LOVINK, préc., note 16, p. 514.

30. Données ABACUS, *Canadian Electoral Reform: Public Opinion on Possible Alternatives*, Ottawa, Institut Broadbent, 2015, p. 5. L'échantillon complet était de 2986, avec une marge d'erreur de $\pm 1,8\%$, 19 fois sur 20.

Comme Laura Stephenson et ses collègues le soutiennent, ces données sont parfaitement logiques puisque ce sont les petits partis comme les Verts qui bénéficieraient le plus d'un système plus proportionnel³¹. Cela fait en sorte que certains détracteurs d'une réforme sont convaincus qu'un système plus proportionnel au Canada conduirait à la fragmentation du pays dans « un grand nombre de partis politiques aux visées non seulement régionales, mais également ethniques et linguistiques³² ». D'un point de vue plus réaliste, le degré de fragmentation varierait de manière considérable en fonction du design du système qui remplacerait le MUT, un fait qui n'est pas souvent reconnu par les défenseurs du statu quo.

Le tableau 2 montre que le parti qui a bénéficié le plus du MUT dans les 20 dernières années est le parti souverainiste québécois, le Bloc québécois (BQ). En 2006 et en 2008, la part des sièges du BQ était presque 1,6 fois plus importante que sa part des votes, ce qui représente de loin la plus grande distorsion dans le tableau. Le soutien à la réforme électorale des partisans du Bloc semble donc être en désaccord avec les intérêts organisationnels du parti. Le seul autre parti qui a bénéficié d'un aussi grand avantage du système électoral actuel était le Parti progressiste lors des élections de 1926 et de 1930, bien que le Crédit social avec sa base territoriale dans l'Ouest canadien ait aussi tiré certains avantages du MUT³³. De manière surprenante, depuis 1968 le biais en faveur des tiers partis régionaux n'a pas été avantageux pour le Parti réformiste du Canada ou son successeur l'Alliance canadienne (AC) (voir colonne 2 du tableau 8.2). Le Parti réformiste avec son slogan « The West Wants In » n'a obtenu plus de sièges que sa part du vote qu'une seule fois en 1997, et ce, de manière marginale (avec un ratio de sièges-votes de 1,02).

31. Laura STEPHENSON, « How Does Changing the Voting System Impact Voter Preferences? », *Policy Options*, 2016, par. 9: il existe des preuves quasi expérimentales au Canada que les électeurs changeraient leurs comportements électoraux si les règles étaient plus proportionnelles et cela bénéficierait aux petits partis. Voir également André BLAIS, Maxime HÉROUX-LEGAULT, Laura STEPHENSON, William CROSS et Elisabeth GIDENGL, « Assessing the Psychological and Mechanical Impact of Electoral Rules: A Quasi-Experiment », *Electoral Studies*, vol. 31, 2012, p. 829-837.

32. Peter LOEWEN, « Democratic Stability, Representation, and Accountability: A Case for Single-Member Plurality Elections in Canada », dans Andrew POTTER, Daniel WEINSTOCK et Peter LOEWEN (dir.), *Should We Change How We Vote?*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2017, p. 25 et 26.

33. Voir les données dans le tableau 2 dans A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 58.

Dans son analyse de l'article de Cairns, Roger Gibbins souligne que les mécanismes du MUT ont assuré que les Partis réforme-alliance ont gagné très peu de sièges à l'extérieur de l'Ouest en dépit d'un grand nombre de voix dans des provinces telles que l'Ontario. Reprenant l'argument de Cairns, Gibbins affirme que le système électoral a fait en sorte que le Parti « réforme-alliance dans la Chambre des communes a une base plus régionale qu'il l'est dans l'électorat canadien. Cette distorsion fait en sorte qu'il est difficile pour le parti de grandir à l'extérieur de sa base territoriale dans l'Ouest ; il est perçu et attaqué par ses adversaires comme un parti régionaliste, n'ayant que peu d'affinité avec les intérêts pancanadiens ».

Évidemment, la distorsion régionale créée par le MUT dans les caucus parlementaires du Parti réformiste et de l'Alliance canadienne a cessé d'être problématique lorsque ce qu'il restait de ceux-ci a fusionné avec le Parti conservateur en 2004. Le nouveau Parti conservateur du Canada a réussi à gagner une portion substantielle des sièges dans toutes les régions du pays, sauf le Québec, comme le démontrent les données présentées dans le tableau 8.3.

Cairns était intéressé non seulement par les effets mécaniques du MUT sur les partis et les régions, mais également par les effets psychologiques que celui-ci exerce sur les électeurs. Il soutenait que le MUT créait des « déséquilibres » dans la représentation parlementaire de certains partis puisqu'il les empêchait d'obtenir des sièges dans certaines régions du pays où il remportait tout de même un nombre de votes significatifs. Cela fait en sorte qu'après un certain temps les électeurs commencent à associer ces partis avec certaines régions. Les partis sont alors forcés d'établir des programmes politiques qui attirent davantage les personnes résidentes dans la région du pays où se situe leur force électorale. Selon Cairns, la dynamique du MUT a « tiré » le caucus libéral vers le Québec et le caucus conservateur vers l'Ontario, ce qui a créé « des clivages régionaux entre les partis qui sont plus prononcés au Parlement qu'ils le sont au niveau de l'électorat [...] cet effet évident du système électoral [...] entraîne la division et menace l'unité nationale³⁴ ».

34. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 61 et 62.

Tableau 8.3
Représentation régionale au sein du caucus et du cabinet fédéral, 1968-2019

Élection	Parti au pouvoir ¹	% DE SIÈGES EN FONCTION DU NOMBRE DE SIÈGES				Total ³	% DE POSTES AU CABINET EN FONCTION DU NOMBRE DE POSTES AU CABINET			
		Ouest ²	Ont.	Qué.	Atl.		Ouest	Ont.	Qué.	Atl.
1968	LIBÉRAL	18,2 (28)	40,9 (63)	36,4 (56)	4,5 (7)	29	20,7 (6)	34,5 (10)	34,5 (10)	10,3 (3)
1972	LIBÉRAL	6,4 (7)	33,0 (36)	51,4 (56)	9,2 (10)	30	13,3 (4)	40,0 (12)	33,3 (10)	13,3 (4)
1974	LIBÉRAL	9,2 (13)	39,0 (55)	42,6 (60)	9,2 (13)	29	13,8 (4)	34,5 (10)	37,9 (11)	13,8 (4)
1979	CONS	43,4 (59)	41,9 (57)	1,5 (2)	13,2 (18)	30	30,0 (9)	40,0 (12)	13,3 (4)	16,7 (5)
1980	LIBÉRAL	1,4 (2)	35,4 (52)	50,3 (74)	12,9 (19)	33	12,1 (4)	36,4 (12)	36,4 (12)	15,1 (5)
1984	CONS	28,9 (61)	31,8 (67)	27,5 (58)	11,8 (25)	40	32,5 (13)	27,5 (11)	27,5 (11)	12,5 (5)
1988	CONS	28,4 (48)	27,2 (46)	37,3 (63)	7,1 (12)	33	24,2 (8)	33,3 (11)	30,3 (10)	12,1 (4)
1993	LIBÉRAL	16,4 (29)	55,4 (98)	10,7 (19)	17,5 (31)	23	21,7 (5)	43,5 (10)	21,7 (5)	13,1 (3)
1997	LIBÉRAL	11,0 (17)	65,2 (101)	16,7 (26)	7,1 (11)	28	17,6 (5)	42,9 (12)	25,0 (7)	14,3 (4)
2000	LIBÉRAL	9,4 (16)	58,5 (100)	21,1 (36)	11,1 (19)	28	17,6 (5)	42,9 (12)	25,0 (7)	14,3 (4)
2004	LIBÉRAL	11,9 (16)	55,2 (74)	15,6 (21)	17,1 (23)	38	23,6 (9)	39,4 (15)	21,0 (8)	15,7 (6)
2006	CONS	53,2 (66)	31,4 (39)	8,0 (10)	7,3 (9)	27	40,7 (11)	33,3 (9)	18,5 (5)	11,1 (3)
2008	CONS	48,2 (69)	35,7 (51)	7,7 (11)	7,7 (11)	38	42,1 (16)	31,6 (12)	13,1 (5)	10,5 (4)
2011	CONS	44,6 (74)	44,0 (73)	3,0 (5)	8,4 (14)	39	38,5 (15)	38,5 (15)	10,3 (4)	12,8 (5)
2015	LIBÉRAL	17,4 (32)	43,5 (80)	21,7 (40)	17,4 (32)	31	29,0 (9)	35,5 (11)	22,6 (7)	12,9 (4)
2019	LIBÉRAL	10,8 (17)	50,3 (79)	22,3 (35)	16,6 (26)	37	13,5 (5)	45,9 (17)	29,7 (11)	10,8 (4)

1. Majuscule = gouvernement majoritaire; minuscule = gouvernement minoritaire.
2. « Ouest » inclut les Territoires du Nord-Ouest, le Yukon et le Nunavut.
3. La taille du cabinet pour l'année de chaque élection générale prend en considération les changements survenus jusqu'au 31 décembre de la même année (c'est-à-dire qu'elle inclut les derniers remaniements ministériels pour chaque portefeuille, mais n'inclut pas les portefeuilles qui ne sont pas reconduits cette année-là).

Source:

- 1968-2011: Bakvis et Janguay, « Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting », dans *Canadian Federalism*, 3^e édition, Herman Bakvis and Grace Skogstad (dir.), Toronto: Oxford University Press, 2012, 104-106.
- 2015: Élections Canada, Quarante-deuxième élection générale 2015, Tableau 7: Répartition des sièges par appartenance politique et par sexe, [En ligne], <https://www.elections.ca/res/rep/off/ovr2015app/41/table7F.html> (consulté le 19 mars 2017); Parlement du Canada, « Le Conseil des ministres (Cabinet). 29^e Ministère. Remaniement ministériel du 4 novembre 2015 », [En ligne], <http://www.parl.gc.ca/Parliamentarians/en/ministries?ministryNumber=29&precedenceReviewId=78> (consulté le 19 mars 2017).
- 2019: Élections Canada, Élection fédérale du 21 octobre 2019 : résultats du vote, [En ligne], <https://enr.elections.ca/National.aspx?lang=f> (consulté le 18 janvier 2020); Justin Trudeau, Premier ministre du Canada, « L'équipe », [En ligne], <https://prm.gc.ca/fr/cabinet> (consulté le 18 janvier 2020).

Il est vrai que les effets de régionalisation du MUT ont parfois mené à des stratégies électorales où les membres d'un parti ont décidé de manière logique d'investir leurs efforts et leurs ressources organisationnelles dans les régions où ils ont les meilleures chances de gagner. Cairns cite le choix stratégique du Parti progressiste-conservateur lors de l'élection fédérale de 1957 de réduire ses efforts au Québec afin de se préoccuper davantage des autres régions où les gains en nombre de sièges seraient plus élevés qu'ils le seraient au Québec. Cette stratégie a réussi pour le Parti progressiste-conservateur et a mis fin à un règne libéral de vingt-deux ans. Cependant, cette victoire a eu un effet pervers au Québec, où « 8 % des sièges pour le nouveau gouvernement provenaient du Québec alors que celui-ci n'a reçu que trois ministres au cabinet³⁵ ». Cette situation a entraîné des plaintes des journalistes du *Devoir* qui suggéraient que le Québec avait été réduit à une province de deuxième, presque de troisième classe » dans le gouvernement Diefenbaker³⁶.

Presque en même temps, le Parti libéral du Canada a décidé d'utiliser une stratégie similaire après sa défaite importante aux mains de Diefenbaker et du Parti conservateur en 1958. Un groupe de jeunes réformistes urbains, connu sous le nom de « cellule 13 », a fait en sorte que le point focal des efforts électoraux du parti soit dans des zones urbaines en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec, cédant le vote rural au Parti conservateur³⁷. Cela a mené à des résultats tangibles : les gains les plus significatifs pour les libéraux lors de l'élection de 1962 étaient en Colombie-Britannique et en Ontario. Ce facteur, ainsi que la récupération partielle de leurs votes au Québec, a été suffisant pour assurer leur victoire en 1963, avec un gouvernement minoritaire.

Au fil des années, le Parti libéral a vécu des pertes dans l'Ouest, une situation profondément ressentie après l'élection de 1980 qui a ramené Pierre Trudeau et les libéraux à un statut majoritaire après le bref séjour au pouvoir de Joe Clark. Seulement deux membres du caucus libéral, à peine 1,4 % de la délégation parlementaire de ce parti, provenaient des provinces de l'Ouest en 1980 (voir la colonne 3, tableau 8.3)³⁸. Ce gouvernement déséquilibré sur le plan régional a élaboré le Programme énergé-

35. *Ibid.*, p. 66.

36. Référence dans A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 66.

37. A.B. TANGUAY, préc., note 3, p. 223.

38. Toutes les références électorales dans ce paragraphe proviennent de l'annexe statistique dans Alain-G. GAGNON et A. Brian TANGUAY (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 3^e éd., Peterborough, Broadview Press, 2007, tableau B.18, p. 539.

tique national (PEN), une politique qui a généré un fort sentiment d'aliénation dans l'Ouest et qui a nui considérablement à l'unité nationale³⁹. Le Parti libéral était dominé par des représentants du centre du Canada avec 126 des 147 députés libéraux, avec presque 86 % du caucus provenant de l'Ontario et du Québec en 1980. Il n'est donc pas surprenant que l'Ouest comme producteur de pétrole se soit senti marginalisé par la définition de l'intérêt national de Trudeau. Mais est-ce qu'une plus grande délégation libérale de l'Ouest – correspondant aux 25 % du vote que ce parti avait obtenu dans cette région – aurait empêché l'instauration du PEN? C'est certainement possible, puisqu'avec un système électoral proportionnel le Parti libéral aurait été en statut minoritaire ou en gouvernement de coalition. Il aurait donc été forcé de négocier avec un autre parti, comme le NPD dont 80 % (26 des 32 MP) du caucus représentaient les provinces de l'Ouest à cette époque.

En 1980, comme l'illustre la mise en place du PEN, le Parti libéral du Canada n'était plus un parti de courtage cherchant à accommoder les intérêts de *toutes* les régions. Ses faiblesses organisationnelles et électorales dans l'Ouest canadien rappellent les difficultés que rencontre le Parti conservateur au Québec. Pour chaque élection entre 1968 et 1980, celui-ci remportait 13 % du vote, mais gagnait deux à trois sièges au maximum. R. Kent Weaver a noté que la conséquence la plus nocive du MUT est que celui-ci augmente les probabilités qu'une région soit « surreprésentée de manière dramatique dans le parti qui forme le gouvernement, alors qu'une autre région n'aura virtuellement aucun représentant » ni au cabinet ni dans le caucus⁴⁰. Cela renforce la perception que certaines régions sont *exclues* du gouvernement. Ce fut le cas de l'Ouest pendant la majeure partie des années 1970 et au début des années 1980 chaque fois que les libéraux étaient au pouvoir. Ce fut encore le cas lors de l'élection d'un gouvernement libéral en 2019, en l'absence d'un quelconque député libéral de l'Alberta ou de la Saskatchewan. Cette distorsion s'est produite au moment même où des tensions majeures opposaient l'Ouest au centre du Canada quant à l'opportunité de construire de nouveaux pipelines pour exporter le pétrole issu des sables bitumineux. Ce phénomène a même généré un mouvement séparatiste, le « Wexit ».

Un autre exemple d'aliénation est celui des élections de 1979, lorsque le Parti conservateur a formé un gouvernement minoritaire avec seulement deux députés provenant du Québec dans un caucus de 136. La faiblesse

39. Charles DORAN, *Forgotten Partnerships*, Toronto, Fitzhenry & Whiteside, 1984, p. 221.

40. R.K. WEAVER, *préc.*, note 25, p. 112.

des conservateurs au Québec était aussi évidente en 2011 quand Stephen Harper a formé un gouvernement majoritaire avec seulement cinq députés de cette province dans un caucus de 166.

Weaver suggère que ce genre de sous-représentation régionale dans un parti qui forme le gouvernement est moins marqué dans un pays utilisant un système électoral proportionnel ou semi-proportionnel – comme l’Allemagne ou l’Espagne – que dans les pays recourant au MUT ou même au vote alternatif (liste de préférences)⁴¹. Il existe tout de même deux façons importantes de mitiger la sous-représentation régionale dans un système MUT.

Premièrement, en dépit du fait que les partis nationaux canadiens sont très centralisés, dominés par un chef de parti et sujets à la discipline de parti, les caucus régionaux à l’occasion « exercent une pression régionale sur le centre ». Deux exemples de ce processus peuvent être brièvement mentionnés. En 2006, « la présidente du caucus de la Saskatchewan a mis en garde son chef, le premier ministre Stephen Harper, que le Parti conservateur pourrait subir des dommages importants si le gouvernement » brisait sa promesse « d’exclure les ressources non renouvelables comme le gaz et le pétrole de sa formule d’égalisation ». Une situation semblable s’est produite en 2010 lorsque 13 députés conservateurs de la Saskatchewan ont ajouté leurs voix à celle de Brad Wall, le premier ministre de la province, afin de remettre en question l’acquisition de Potash Corporation par BHO Billiton, laquelle a éventuellement réussi⁴². Dans ces deux cas, l’organisation fédérale du parti a été suffisamment flexible pour exercer de la pression sur le gouvernement à Ottawa et empêcher la prise de décisions qui aurait été négative pour l’économie de la Saskatchewan.

Deuxièmement, comme les données dans le tableau 8.3 le démontrent, la formation judicieuse du cabinet peut également rectifier les effets de la sous-représentation créés par le MUT : « Quand le parti gouvernemental

41. *Ibid.* Le vote alternatif, tout comme le MUT, est utilisé pour faire élire un représentant par circonscription. Le bulletin de vote est similaire à celui qui est utilisé lors des élections canadiennes, sauf que les électeurs placent les candidats dans l’ordre de leurs préférences. Si aucun candidat ne reçoit 50 % du vote lors du premier décompte, le candidat en dernière place est éliminé et les deuxièmes préférences sont redistribuées parmi les candidats restants. Ce processus est répété jusqu’à ce qu’un candidat obtienne une majorité (50 % plus 1) des votes dans la circonscription. Comme le MUT, les résultats de ce système électoral sont rarement proportionnels. Voir : Commission du droit du Canada, *Voting Counts: Electoral Reform for Canada*, Ottawa, 2004, p. 21, 79 et 80.

42. H. BAKVIS et A.B. TANGUAY, préc., note 1, p. 104. Je remercie Herman Bakvis pour ces deux exemples.

a une représentation régionale déséquilibrée, le cabinet a tendance à être beaucoup plus équilibré [...]. Dans le contexte canadien, [...] les partis politiques sont encore la source principale pour le recrutement des membres du cabinet⁴³. » Il est cependant vrai que ce processus était particulièrement efficace dans les périodes de gouvernements *ministériels* des années 1940 et 1950, quand des chefs régionaux forts servaient dans le cabinet et limitaient le pouvoir du premier ministre.

Le MUT a donc des effets mitigés sur la régionalisation de l'État canadien. D'une part, celui-ci crée un déséquilibre régional au sein des caucus des deux principaux partis. Il a aussi eu un effet négatif sur certains partis politiques mineurs : par exemple la FCC, qui a été incapable de traduire ces votes en sièges en Ontario, et avec le temps a commencé à être perçue comme un parti rural par plusieurs électeurs⁴⁴. Un processus similaire s'est produit pour le Parti réformiste et pour l'Alliance canadienne, comme nous l'avons mentionné ci-dessus. Ce phénomène a eu une grande influence sur l'unité nationale, ainsi que l'illustre le Programme énergétique national du début des années 1980. D'autre part, les chefs de partis disposent néanmoins de mécanismes institutionnels, comme la formation des cabinets équilibrés et plus régionalement représentatifs que les caucus, ce qui peut atténuer les effets du MUT.

La prochaine section du chapitre explore le rôle du MUT dans un pays traversé par des clivages linguistiques, tel le Canada. Est-ce que notre système électoral exacerbe les tensions entre les groupes linguistiques dominants et influence l'unité nationale ainsi que les mouvements séparatistes ? Est-ce qu'un système électoral plus proportionnel constituerait une méthode plus efficace de favoriser l'unité nationale ?

LE MUT ET LA QUESTION QUÉBÉCOISE

Cairns, à l'instar d'autres experts, soutient que le MUT peut ébranler l'unité nationale de deux manières. Premièrement, les simples mécanismes du système électoral favorisent les petits partis avec une forte base régionale. R. Kent Weaver souligne l'exemple du Bloc québécois qui devient populaire auprès de l'électorat québécois après sa création dans les années 1990 : « Les règles du MUT peuvent décourager les partis séparatistes au départ, mais peuvent les encourager une fois que ceux-ci deviennent suffisamment

43. *Ibid.*, 104 et 106.

44. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 61.

grands pour remporter un nombre substantiel de victoires dans des circonscriptions individuelles⁴⁵. » Ce qui s'est produit au fédéral pour le Bloc québécois peut aussi être observé au provincial avec le Parti québécois. Celui-ci était puni par le MUT lors des élections provinciales de 1970 et 1973, alors que le parti venait d'être créé, mais a profité des biais du système dans la majorité des élections subséquentes. Il est donc vrai que le MUT a contribué aux crises constitutionnelles qui se sont produites au pays entre 1970 et 2000 en exagérant la puissance législative du BQ et du PQ. Cependant, cette variable institutionnelle ne représente qu'un facteur parmi plusieurs. Le rôle du système pour l'unité nationale est donc ouvert aux débats.

Le MUT a aussi des effets psychologiques importants sur les électeurs et les stratégies politiques. Selon Cairns, les « avantages sectoriels » inhérents au MUT font en sorte que les deux partis principaux ont à plusieurs occasions alimenté les conflits linguistiques et ethniques au Québec en période électorale : « Les preuves suggèrent que les élections ont revitalisé les peurs raciales et les insécurités plutôt que de les réduire⁴⁶. » Il cite l'exemple de la campagne électorale de 1925, quand « des organisateurs payés (par le Parti libéral) ont fait du porte-à-porte et mis en garde les électeurs, en particulier les femmes, que, si Meighen devenait premier ministre, une guerre avec la Turquie serait déclarée et que les entrailles de leurs fils seraient répandues dans les rues de Constantinople⁴⁷ ». Il n'y a pas une si grande différence entre l'évocation du sang dans les rues de Constantinople en 1925 et la publicité télévisée devenue célèbre du Parti réformiste lors de la campagne électorale de 1997. Celle-ci montrait des photos de plusieurs politiciens québécois – Jean Chrétien, Jean Charest, Gilles Duceppe, Lucien Bouchard – avec des cercles rouges barrés suggérant qu'il n'y aurait « plus de politiciens du Québec » dominant le reste du Canada si Preston Manning arrivait au pouvoir. Selon le journaliste Hugh Windsor, « M. Manning a réclamé, et essaie encore de nous

45. R.K. WEAVER, préc., note 25, p. 123. Cf. R. Kent WEAVER, « Electoral Rules and Party Systems in Federations », dans Ugo AMORETTI et Nancy BERMEO (dir.), *Federalism and Territorial Cleavages*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2004, p. 227.

46. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 65. Cairns, comme André Siegfried dans son texte classique, *The Race Question in Canada*, Toronto, McClelland and Stewart, 1966 (publié pour la première fois en 1906), utilise le mot « race » lorsqu'un chercheur contemporain utiliserait le terme « groupe linguistique (ou ethnique) ».

47. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 65. Cairns prend cet exemple du volume 2 de la biographie de Roger GRAHAM, *Arthur Meighen: And Fortune Fled*, Toronto, Clarke, Irwin & Co., 1963.

convaincre que le message de la publicité n'était pas anti-Québec. Il aurait dû le savoir, ou il en était conscient et a fermé les yeux⁴⁸. D'après le *Washington Post*, la rhétorique anti-Québec durant l'élection de 1997 était si présente que «le leader du parti de gauche, le NPD, a dit que celle-ci pourrait conduire le Canada à une guerre civile⁴⁹».

Selon Cairns, ce genre de «sectionnalisme» agressif est un résultat mécanique du fonctionnement du MUT, puisque celui-ci pénalise systématiquement certains partis dans certaines régions, comme le Parti conservateur au Québec, en les privant de la part des sièges auxquels ils pourraient prétendre en vertu de leurs soutiens électoraux. De plus, les effets psychologiques de ce processus contribuent au sectionnalisme. La thèse de Cairns est que le Parti conservateur aurait été moins porté à adopter une stratégie électorale anti-Québec lors des élections s'il avait eu plus de députés québécois travaillant avec ceux du Canada anglais dans le caucus du parti. Ces derniers auraient alors pu «perdre leurs perspectives paroissiales à travers des contacts intra-parti avec leurs coéquipiers francophones au Parlement⁵⁰».

En 1995, Bakvis et Macpherson ont remis en question le postulat de Cairns selon lequel les systèmes de représentation proportionnelle sont plus favorables à l'unité nationale que le MUT. Ils suggèrent que dans certaines circonstances le MUT donne aux petits partis minoritaires, comme le BQ, des «occasions de représentation supérieures à celle qui est retrouvée avec un système de représentation proportionnelle et contribue donc à la *stabilité plutôt qu'à l'instabilité*⁵¹». La tendance des électeurs québécois à se rallier derrière un même parti, à des moments précis, est une prédisposition qui a créé les conditions de domination partisane. Jusqu'aux élections de 1993, ce parti était habituellement celui qui formait le gouvernement, «par rapport au soutien plus modéré par des groupes et des régions pour le plus grand parti ailleurs» au pays. Ce comportement

48. «Manning blew chance to admit big mistake», *The Globe and Mail*, 14 juin 2000, [En ligne], [www.theglobeandmail.com/news/national/manning-blew-chance-to-admit-big-mistake/article768257/].

49. Howard SCHNEIDER, «Quebec Unsettles Canadian Race», *The Washington Post*, 27 mai 1997, [En ligne], [www.washingtonpost.com/archive/politics/1997/05/27/quebec-unsettles-canadian-race/9917446d-f179-4e19-8721-16c77304e72c/?utm_term=.583ef5e07f81].

50. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 70.

51. Herman BAKVIS et Laura G. MACPHERSON, «Quebec Block Voting and the Canadian Electoral System», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 28, n° 4, 1995, p. 660 (italiques ajoutés).

a permis à la province d'envoyer à Ottawa un groupe de représentants disciplinés et conscients de « l'identité unique » du Québec et de ses revendications pour la préservation culturelle⁵². Une fois à Ottawa, cette délégation de députés francophones a été particulièrement habile à naviguer les institutions du gouvernement central afin d'influencer l'élaboration des politiques publiques⁵³. Ce constat amène les auteurs à conclure que « les mécanismes institutionnels comme le MUT, que Cairns décrit comme encourageant le sectionnalisme et semant la discorde, constituent plutôt un *mécanisme intégratif* important⁵⁴ ».

Bakvis et Macpherson décrivent une variété de façons utilisées par les électeurs québécois afin de tirer des avantages du MUT. D'autres chercheurs ont confirmé la tendance des Québécois à donner leur soutien *en masse* à certains partis lorsque ceux-ci sont « capables de se présenter comme distincts et compétents afin de parler pour le Québec et de faire entendre sa voix distincte comme nation minoritaire⁵⁵ ». Par contre, la proposition de Bakvis et Macpherson selon laquelle le MUT constituerait une force stabilisatrice et intégratrice des différents groupes au Canada est peu convaincante. Surtout lorsque leur article a été publié à peine quelques mois avant la tenue du deuxième référendum au Québec qui a presque abouti à une séparation du Québec du reste du Canada.

En somme, le système électoral canadien a des effets contradictoires sur l'unité nationale. D'un côté, comme Bakvis et Macpherson le suggèrent, les mécanismes institutionnels du MUT ont permis aux Québécois de défendre leurs intérêts collectifs. Jusqu'en 1993, c'était en votant de manière disproportionnée pour le *natural governing party*, le Parti libéral du Canada, un des partis ayant le meilleur bilan électoral dans une démocratie avancée⁵⁶. Pour Johnson, un élément clé du succès du Parti

52. *Ibid.*, p. 664.

53. *Ibid.*, p. 684 et 686.

54. *Ibid.*, p. 687.

55. Alain-G. GAGNON et François BOUCHER, « Party Politics in a Distinct Society: Two Eras of Block Voting in Quebec », dans Alain-G. GAGNON et A. Brian TANGUAY (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 4^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 278.

56. Richard JOHNSTON, « The Structural Bases of Canadian Party Preference: Evolution and Cross-National Comparison », dans Mebs KANJI, Antoine BILODEAU et Thomas J. SCOTTO (dir.), *The Canadian Election Studies: Assessing Four Decades of Influence*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2012. Voir également R. Kenneth CARTY, *Big Tent Politics: The Liberal Party's Long Mastery of Canada's Public Life*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2015.

libéral est qu'à l'extérieur du Québec il était considéré comme le « parti le plus porté à accommoder le Québec, alors qu'au Québec il est considéré comme le plus porté à accommoder le Canada⁵⁷ ».

Cela étant, le MUT exagère de manière importante la force électorale du Bloc québécois au fédéral et du Parti québécois au provincial. Cela permet à un parti indépendantiste de former un gouvernement majoritaire au provincial. Le système a aussi encouragé certains partis, comme le Parti réformiste de l'Ouest en 1997, à exploiter les tensions ethniques et linguistiques lors des campagnes électorales fédérales. Ce processus a, à certains moments, nui aux relations entre le Québec et le reste du Canada. Néanmoins, il semble que Cairns ait exagéré les effets du MUT sur l'unité nationale : peu importe le système électoral en vigueur dans les années 1960, le *projet de société* articulé par une variété de partis et de mouvements sociaux au Québec à la Révolution tranquille aurait certainement mené à des conflits entre le Québec et le reste du Canada⁵⁸. Sur cet enjeu, nous ne partageons pas l'avis de Cairns qu'un système proportionnel aurait été plus adéquat pour un pays comme le Canada, marqué par des « tendances fortes vers le sectionnalisme⁵⁹ ». Des recherches ultérieures ont également remis en cause ces conclusions. Par exemple, Reilly et Reynolds observent que la conception de divers systèmes électoraux depuis l'après-guerre n'a pas constitué une « panacée » pour les conflits dans des sociétés traversées par des clivages ethniques, ce qui soulève des doutes sur la « primauté du système électoral comme “outil de résolution des conflits”⁶⁰ ».

CAIRNS, LE MUT ET L'ÉTAT CANADIEN 150 ANS PLUS TARD

Roger Gibbins note que l'article novateur d'Alan Cairns sur l'influence du système électoral sur le système partisan canadien est une contribution théorique importante pour l'évolution du néo-institutionnalisme en science politique au Canada. Il a également encouragé des débats « vigou-

57. R. JOHNSTON, préc., note 57, p. 175.

58. Pour une analyse intéressante des projets nationaux alternatifs au Québec et dans le reste du Canada, voir Alain-G. GAGNON et Raffaele IACOVINO, *Federalism, Citizenship, and Quebec: Debating Multinationalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2007. A.C. CAIRNS, préc., note 2, p. 80. Cairns utilise la Belgique comme exemple d'un pays où la représentation proportionnelle (RP) a « adouci le conflit entre les Flamands et les Wallons » – un postulat qui a été réfuté par des événements ultérieurs.

59. B. REILLY et A. REYNOLDS, préc., note 13, p. 425.

60. R. GIBBINS, préc., note 6, p. 39.

reux» au sujet des mérites d'une réforme électorale⁶¹. Notre analyse suggère que certaines des critiques de Cairns à l'endroit du MUT restent pertinentes aujourd'hui, mais que certaines autres doivent être nuancées.

En premier lieu, le MUT au Canada ne correspond pas à l'image typique de ce système tel qu'il est décrit dans les manuels de sciences politiques puisqu'il maintient un système partisan multipartite qui a continué à évoluer depuis la publication de l'article de Cairns dans les années 1960. Bien que les gouvernements minoritaires ne soient pas aussi fréquents qu'ils l'étaient entre 1921 et 1965, ils se sont quand même produits lors de 4 des 15 élections depuis 1968 (27 %). De plus, ces gouvernements minoritaires ont été aussi productifs sur le plan législatif que les gouvernements majoritaires convoités par les chefs de partis au Canada, ce qui suggère qu'un système proportionnel *pourrait* fonctionner, si tous les députés de tous les partis formant une coalition gouvernementale acceptaient les nouvelles règles du jeu. L'expérience récente du Comité spécial sur la réforme électorale (ERRE) démontre cependant qu'il est peu probable que cela se produise dans un futur rapproché. Et cela en dépit des défauts des gouvernements majorités, soulignés entre autres par Peter Russell. Une consolidation excessive du pouvoir exécutif dans le système parlementaire de Westminster qui impose peu de contraintes au premier ministre est tout de même une pathologie du système actuel.

Deuxièmement, nous avons vu que le MUT comporte des mécanismes mécaniques et psychologiques contribuant à la régionalisation du pays et encourageant le clivage linguistique entre francophones et anglophones. Cependant, il est fort probable que Cairns ait surestimé le rôle du système électorale à cet égard. Il avait tendance à ignorer ou à minimiser les caractéristiques du MUT qui mitigent ces effets, en particulier le rôle du cabinet pour pallier les déséquilibres régionaux ou linguistiques au sein du caucus du parti⁶². Des recherches effectuées après la publication de l'article de Cairns ont soulevé des doutes sur le postulat de Duverger, de Lijphart⁶³, de Cairns ainsi que d'autres auteurs qui suggèrent qu'un système

61. Cet argument est fait par R. JOHNSTON, préc., note 7, p. 51.

62. Arend Lijphart, un chercheur influent en science politique comparée, a noté des liens entre les systèmes électoraux et les systèmes de partis. Il affirme que les systèmes proportionnels sont plus efficaces pour «accommoder les différences ethniques» que les systèmes majoritaires: «Constitutional Choices for New Democracies», *Journal of Democracy*, vol. 2, n° 1, 1991, p. 83.

63. Voir, par exemple, Mona Lena KROOK, «Electoral Systems and Women's Representation», dans Erik S. HERRON, Robert J. PEKKANEN et Matthew S. SHUGART (dir.), *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, Oxford, Oxford University Press,

de représentation proportionnel pourrait agir comme outil de gestion de conflits. En effet, les partisans et les opposants du MUT ont tendance à attribuer trop d'importance à l'influence de celui-ci, en particulier face à l'enjeu important que représente la « protection de la nation. »

Il existe tout de même des raisons convaincantes pour adopter un système plus proportionnel au Canada, notamment le potentiel de générer une plus grande diversité à la Chambre des communes, ce qui pourrait enrichir les débats politiques. Plusieurs auteurs du livre *Should We Change How We Vote* (Devons-nous changer la façon dont on vote ?) reconnaissent que le MUT n'est pas un système très efficace pour élire un corps législatif très diversifié. Les femmes, les minorités et les communautés autochtones sont toutes sous-représentées à la Chambre des communes. Quoique la représentation proportionnelle (RP) ne soit pas la seule façon d'augmenter la diversité parmi les représentants : des lois au sujet du financement des campagnes électorales représentent une solution de rechange moins dramatique pour augmenter la diversité. Cependant, la recherche en politique comparée suggère que la promotion de la diversité constitue bien un des avantages principaux des systèmes de RP⁶⁴. Cela étant, en dépit de ces avantages potentiels, une réforme pourrait également compliquer l'imputabilité des représentants auprès de leur électorat. Dans les systèmes de RP, les électeurs ont plus de difficulté à déceler quel parti dans une coalition est responsable de certaines actions. Un système de RP pourrait aussi créer un régime où les libéraux, qui représentent le parti centriste, sont présents en permanence dans tous les gouvernements, un argument qui est souvent soulevé par les opposants de la réforme électorale au Canada.

Certains observateurs admettent être surpris que la réforme électorale se soit retrouvée dans le programme politique de la campagne électorale de 2015. Il n'est toutefois pas très surprenant que les libéraux soient devenus les champions d'un nouveau système électoral (que, de manière stratégique, ils n'ont jamais précisé). Lors des élections de 2006, 2008 et 2011, lorsque le parti a été dirigé par trois chefs différents, les libéraux

2017, p. 175-192. L'argument de Krook au sujet de l'influence des règles électorales sur la représentation des femmes peut aussi être appliqué à la sous-représentation d'autres groupes telles les minorités visibles et les Premières Nations. Au sujet de la sous-représentation de ces groupes à la Chambre des communes (et de leur présence relativement plus marquée au sein du Sénat), voir le chapitre de Linda Cardinal dans le présent ouvrage.

64. R. JOHNSTON, préc., note 7, p. 59 et 60.

ont gagné 30 %, 26 % et 19 % du vote populaire. La force électorale du parti était en déclin rapide et, pendant la quête d'un nouveau leader, l'enjeu d'une réforme électorale est apparu dans le programme du parti. Par contre, une fois élu en 2015, il était peu probable que le parti qui avait profité du MUT continue de favoriser une réforme électorale. L'inexpérience de Justin Trudeau s'est révélée lorsqu'il a confié le portefeuille de la réforme démocratique à une personne ayant peu d'expérience politique et qu'il a cédé la majorité au Comité spécial pour la réforme électorale à l'opposition. Ces erreurs de jugement ont fait en sorte que l'enjeu soit pratiquement disparu après la première année du mandat libéral.

Il est important de se rappeler que les efforts les plus récents en faveur d'une réforme électorale étaient liés au malaise politique découlant du déclin des partis « nationaux » dans les années 1990. Richard Johnston soutient que chaque échec ou « choc » dans l'histoire électorale canadienne est suivi d'une phase de « reconsolidation ». Les élections de 2015 et de 2019 représentent peut-être la fin d'un tel processus de reconsolidation, avec un parti centriste de nouveau dominant et des partis plus régionaux à gauche (NPD) et à droite (Parti conservateur du Canada). Les vieilles questions au sujet de la place du Québec dans la Confédération et des relations entre le centre et la périphérie pourraient de nouveau émerger. Si la réforme électorale n'est pas possible, comme le dernier échec du comité ERRE le suggère, la seule façon de résoudre ces enjeux serait avec le fédéralisme inter-étatique⁶⁵. La réforme du Sénat pourrait être un bon début⁶⁶, mais cette option semble encore moins probable que les réformes électorales dans le climat politique actuel.

Traduction : Danielle Anne Mayer

65. Voir, à cet égard, le chapitre de Jörg Broschek dans le présent ouvrage.

66. Voir les contributions de Ian Peach et de Linda Cardinal dans ce volume.

Partie 4
Les relations
intergouvernementales

CHAPITRE 9

Ensemble, dans la même direction : relations intergouvernementales et élaboration horizontale du droit par les cantons suisses

EVA MARIA BELSER¹

INTRODUCTION : L'ÉLÉPHANT DANS LA PIÈCE

Le fédéralisme repose sur la répartition constitutionnelle des pouvoirs entre des ordres de gouvernement nationaux et infranationaux et la garantie constitutionnelle de la participation des gouvernements infranationaux à la prise de décision nationale. Cet équilibre entre autonomie et action conjointe génère de multiples centres d'influence au sein d'une fédération : les gouvernements nationaux et infranationaux procèdent à des échanges d'informations et coopèrent afin de produire conjointement des règles et des décisions communes. Ils définissent ainsi avec plus de précision la répartition constitutionnelle des fonctions et des moyens financiers dans la vie quotidienne de la fédération et coordonnent les normes et les politiques qui concernent les mêmes personnes sur un même territoire. De même, les gouvernements infranationaux collaborent horizontalement pour délimiter entre eux leurs pouvoirs, pour s'unir afin de protéger leur autonomie face à un risque de centralisation, ou pour influencer sur les mécanismes de partage des pouvoirs dans les institutions fédérales. Les relations intergouvernementales représentent un mécanisme important et puissant dans tous les États où coexistent de nombreux centres d'influence juridique et politique.

1. Je suis très reconnaissante envers mon assistante de recherche, M^Law, Esq. Liliane Denise Minder, pour son aide précieuse dans la rédaction et la révision de ce chapitre.

La plupart des ouvrages sur le fédéralisme comportent de longs développements décrivant les modalités de répartition et de partage des pouvoirs d'un État fédéral et son évolution, mais ils sont en général plutôt brefs et concis en ce qui concerne les relations intergouvernementales. Tout comme « Le Grand Inquisiteur » dans la fable d'Ivan Krylov², les experts et les amateurs du fédéralisme qui en visitent les musées – ou qui analysent les États fédéraux – ont tendance à examiner judicieusement sa structure architecturale globale et à inspecter soigneusement ses différentes expositions, sans tenir compte de l'*éléphant dans la pièce*, que sont les acteurs et les institutions des relations intergouvernementales.

Cette carence est tout aussi surprenante que problématique. Tout comme les éléphants dans les pièces, les relations intergouvernementales dans les États fédéraux sont, en fait, trop monumentales pour être ignorées. Néanmoins, les spécialistes des études fédérales ont tendance à les négliger. Paradoxalement peut-être, des animaux aussi massifs que les éléphants peuvent effectivement parfois être perdus de vue. Dans la nouvelle de Marc Twain, « L'éléphant blanc volé³ », l'éléphant blanc siamois portant l'impressionnant nom « Hassan Ben Ali Ben Selim Abdallah Mohammed Moïse Alhammal Jamsetjeebhoy Dhuleep Sultan Ebu Bhudpoor » – et le surnom plus pratique « Jumbo » – était en route depuis le Siam en direction de la Grande-Bretagne. En cadeau à la reine, « Jumbo » était destiné à influencer les relations entre le Siam et la Grande-Bretagne. Mais l'éléphant s'est fait voler dans le New Jersey ! On pourrait supposer que l'inspecteur en chef Blunt, chargé de trouver le cadeau royal, avait un travail plutôt facile vu la taille de celui-ci. Mais, même avec l'aide de la police locale, la recherche pour résoudre le mystérieux crime s'est avérée coûteuse et se termina tragiquement.

Ces sombres événements du New Jersey nous rappellent que même les dispositifs qui sont importants par nature et cruciaux pour le fonctionnement des relations inter- et intra-étatiques nécessitent – à l'instar des éléphants dans une pièce – qu'on leur consacre une attention entière et permanente. C'est le cas des relations intergouvernementales dans les États fédéraux. Si nous les perdons de vue, les choses risquent de mal tourner.

Heureusement, de plus en plus de chercheurs ont commencé à s'intéresser aux relations intergouvernementales et à examiner et apprécier leur

2. William Ralston SHEDDEN-RALSTON, *Krillof and his fables*, Londres, Strahan and Co., 1869, p. 43 et 44.

3. Mark TWAIN, *The Stolen White Elephant*, Frankfurt am Main, 2018, p. 3.

rôle crucial tant dans le fédéralisme concurrentiel que coopératif⁴. Ils sont cependant aux prises avec de nombreux défis : les difficultés considérables d'avoir accès à l'information relative aux interactions abondantes et souvent opaques des acteurs gouvernementaux, les efforts monumentaux pour saisir ces relations fluides et évolutives, la capacité et la patience nécessaires pour ouvrir les portes et les rideaux des administrations publiques et des salles de réunion, la modestie peu habituelle requise pour reconnaître que les appels téléphoniques et les discussions pendant les pauses café peuvent être plus décisifs que les dispositions constitutionnelles et les décisions judiciaires, etc.

De nouvelles études sur les relations intergouvernementales rendent hommage au fait que les interactions entre les entités gouvernementales prennent des formes différentes, servent à des fins diverses et utilisent de nombreux canaux formels et informels. Elles sont vitales dans les États fédéraux et dans tous les autres États fondés sur la division et le partage⁵. Ces études ont pu montrer que la façon dont les relations intergouvernementales sont organisées et vécues nous en dit souvent plus sur la réalité de la prise de décision dans un pays que les normes constitutionnelles relatives au partage et à la division du pouvoir. En inscrivant les relations intergouvernementales et leurs acteurs à l'ordre du jour d'une conférence internationale et interdisciplinaire, puis d'un volume consacré à l'avenir du fédéralisme, l'éléphant dans la pièce reçoit ici plus d'attention qu'il le mérite.

Au Canada, la plupart des relations entre les ordres de gouvernement sont verticales et ont trait à des négociations entre le gouvernement fédéral à Ottawa, les provinces en général – et le Québec en particulier – et les peuples autochtones⁶. Au contraire, en Suisse, les relations intergouverne-

-
4. Par exemple, en Suisse : Nicole BOLLEYER, « Federal Dynamics in Canada, the United States, and Switzerland : How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations », *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 36, 2006, p. 471 ; Daniel BOCHSLER, « Neighbours or friends ? When Swiss cantonal governments cooperate with each other », *Regional and Federal Studies*, vol. 19, 2009, p. 349 ; Daniel KÜBLER, Walter SCHENKEL et Jean-Philippe LERESCHE, « Bright lights, big cities ? Metropolisation, intergovernmental relations, and the new Federal urban policy in Switzerland », *Swiss Political Science Review*, vol. 9, 2003, p. 261.
 5. John KINCAID, « Préface », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, Toronto, Oxford University Press, 2015, p. XIII.
 6. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada : Competing Visions and Diverse Dynamics », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 4, p. 135.

mentales horizontales entre les vingt-six cantons sont au moins aussi importantes que les relations verticales. Les relations intercantoniales ont donné naissance à de nouveaux acteurs et mécanismes intergouvernementaux puissants qui remettent en question ou réduisent le rôle des autres acteurs en place. Plus important encore, les relations intergouvernementales horizontales sont devenues des instruments essentiels, mais largement paraconstitutionnels, de l'élaboration de la législation et de l'harmonisation intercantonale du droit. D'une part, cette évolution est considérée comme le seul mécanisme disponible pour surmonter les problèmes de gouvernance à petite échelle du fédéralisme suisse et pour empêcher une centralisation accrue. D'autre part, l'harmonisation horizontale du droit en Suisse se retrouve principalement entre les mains des exécutifs et des fonctionnaires, réduisant ainsi le rôle des Parlements et des peuples des cantons à celui d'acquiescer à des engagements pris à huis clos. Ces développements sont souvent considérés comme allant à l'encontre de la tradition de démocratie (directe) du pays.

Le présent chapitre soulève la question critique de savoir si le rôle dominant des relations intergouvernementales dans l'harmonisation horizontale du droit, aussi avantageux ou inévitable soit-il d'un point de vue fédéral, est souhaitable ou acceptable d'un point de vue démocratique. L'objectif est d'analyser le rôle des relations intergouvernementales et de leurs acteurs dans l'élaboration du droit et d'évaluer le compromis entre autonomie cantonale, participation cantonale et démocratie. En premier lieu, j'aborderai le rôle croissant des relations intergouvernementales dans l'élaboration horizontale du droit par les cantons suisses et j'évaluerai le lien entre harmonisation du droit par les exécutifs et participation démocratique. Mais, auparavant, il convient de commenter brièvement l'utilité de comparer les fédéralismes canadien et suisse, de même que la connexion essentielle entre les modalités de division et de partage du pouvoir au sein d'une fédération, d'une part, et les relations intergouvernementales qui s'y déploient, d'autre part. Je tirerai ensuite quelques conclusions.

COMPARER LE CANADA ET LA SUISSE : QUAND L'ORIGNAL RENCONTRE LA SOURIS

La taille est importante

Quel sens y a-t-il à comparer les relations intergouvernementales au sein du fédéralisme canadien avec celles ayant cours en Suisse? Les différences fondamentales entre les deux États ne font-elles pas obstacle à toute

conclusion significative ? Pour ce qui est de la taille géographique d'abord, un de ces pays est véritablement un orignal, tandis que l'autre est une souris. La Suisse est 242 fois plus petite que le Canada et 37 fois plus petite que le Québec⁷. Ces différences géographiques ont évidemment une incidence considérable sur les relations intergouvernementales, notamment en ce qui concerne la commodité, la fréquence et le coût des rencontres. Les acteurs du fédéralisme suisse peuvent se rencontrer facilement et à peu de frais à Berne. Ils n'ont pas besoin d'avion ou d'hôtel ; ils montent dans un train le matin, l'utilisent comme bureau pendant le trajet, se rencontrent et repartent en train l'après-midi. Depuis de nombreuses capitales cantonales, les fonctionnaires du gouvernement peuvent atteindre Berne en moins d'une heure. Ceux qui ont le trajet le plus long, les Tessinois italophones ou les Grisons trilingues, ont besoin de deux à trois heures pour atteindre la capitale. En raison des caractéristiques géographiques de la Suisse et de la densité de son réseau de transports, les relations intergouvernementales en Suisse reposent sur des rencontres régulières et des relations personnelles. Les personnes travaillant dans les mêmes domaines politiques ont généralement des contacts face à face réguliers et ont tendance à se connaître personnellement. Lorsqu'on se demande qui fait quoi, pourquoi, comment et quand, les gens décrochent le combiné de téléphone avec peu d'hésitation ou de réticence, parce qu'ils sont susceptibles de connaître la personne qui répondra.

Mais il existe également des similitudes entre le Canada et la Suisse : ces deux États fédéraux comportent des entités infranationales extrêmement différentes qui entretiennent des relations intergouvernementales dans un contexte de grandes disparités de pouvoirs de négociation entre les partenaires concernés. Alors qu'en Suisse la population des cantons s'étend de 16 000 habitants à Appenzell Rhodes-Intérieures, à plus de 1,44 million d'habitants à Zurich⁸, les différences démographiques entre l'Ontario et l'Île-du-Prince-Édouard sont tout aussi accentuées au Canada. On constate également des inégalités tout aussi marquées en ce qui concerne les forces économiques des acteurs. Si ces énormes inégalités, au Canada, semblent favoriser des relations intergouvernementales verticales

7. Jeffrey PARKER, *Comparative Federalism and Intergovernmental Agreements. Analyzing Australia, Canada, Germany, South Africa, Switzerland and the United States*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 134.

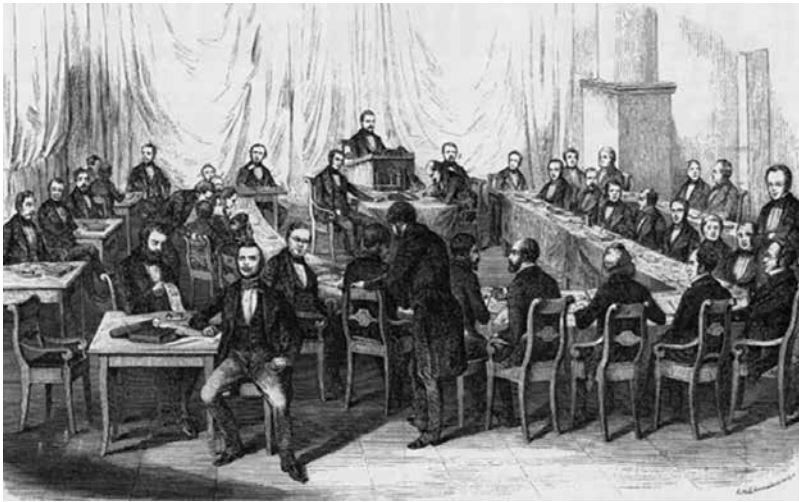
8. Voir *Portraits des cantons*, 2016, [En ligne], [www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/statistique-regions/portraits-regionaux-chiffres-cles/cantons.html] ; le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures est le canton le moins peuplé, le plus peuplé étant celui de Zurich.

à travers lesquelles Ottawa négocie des accords spécifiques avec chacune des dix provinces, l'inégalité des vingt-six cantons suisses n'a pas empêché le développement d'une coopération horizontale très étroite et profonde. Les cantons ont tendance à s'entendre d'abord entre eux avant de frapper à la porte du gouvernement fédéral – aussi appelé la Confédération.

Les différences manifestes dans le nombre d'entités infranationales pourraient expliquer en partie cette différence dans l'évolution des relations intergouvernementales entre les deux pays. La répartition et le partage du pouvoir entre dix provinces, trois territoires et l'ordre fédéral, d'une part, et entre vingt-six cantons et un gouvernement fédéral, d'autre part, exigent effectivement des mécanismes différents. Cela crée également des possibilités distinctes. Un groupe plus restreint d'entités infranationales permet plus facilement une coopération verticale bilatérale : Ottawa peut raisonnablement conclure une entente distincte pour chacune des dix provinces. Toutefois, un nombre important d'entités constituantes nécessite généralement une normalisation des procédures et des résultats, de même qu'une combinaison de coordination verticale et horizontale : Berne préfère des solutions harmonisées pour l'ensemble de ses vingt-six contreparties, qui s'accordent souvent horizontalement sur des positions communes avant de négocier verticalement. Cette situation en Suisse, où l'histoire du confédéralisme trouve encore une certaine emprise et où les entités infranationales continuent d'insister sur la symétrie des droits et des responsabilités pour tous les membres, a donc pour effet que des accords verticaux distincts sont considérés avec un certain scepticisme.

L'histoire en dit long

Mais il existe des similitudes encore plus fascinantes entre le Canada et la Suisse. Il ne s'agit pas seulement du fait que les deux pays sont des États fédéraux anciens qui ont vu le jour au milieu du XIX^e siècle, principalement par agrégation, mais aussi du fait que les deux processus de négociation de la formation du nouvel État et de sa constitution peuvent, à certains moments, sembler très comparables.



La Diète de Berne en 1847



La Conférence de Québec de 1864

La Diète de Berne de 1847 et la Conférence de Québec de 1864⁹, toutes deux illustrées ci-dessus, présentent une ressemblance déconcertante: de 30 à 40 hommes âgés et aisés s'assoient ensemble, dans une pièce, et négocient un accord. Les deux groupes d'hommes établissent ainsi le cadre d'un régime de répartition du pouvoir entre un nouvel ordre national et les entités infranationales. Ce faisant, ils détermineront

9. J. PARKER, préc., note 6, p. 66-135.

l'évolution de leur pays pour de nombreuses années à venir¹⁰. Alors qu'à la Conférence de Québec de grandes fenêtres ouvertes semblent éclairer le processus de construction de l'État, qui se déroule dans un salon noble, les rideaux sont tirés dans la salle plus rustique de Berne. Sinon, l'image de la Conférence de Québec, qui fut le point de départ du Canada fédéral, et celle de la Diète de Berne, qui a produit la première Constitution fédérale de la Suisse, comportent des parallèles si évidents qu'on croirait presque que le même groupe d'hommes y faisait la même chose.

Le processus de construction étatique, dans les deux pays, était visiblement aussi affaire d'exclusion. De nombreux acteurs importants, comme des représentants des Premières Nations ou d'autres groupes minoritaires, n'y étaient pas présents. Leurs intérêts, par conséquent, n'ont pas été pris en considération lors de la conclusion des accords constitutionnels. La première Constitution fédérale de la Suisse, par exemple, limitait les droits de l'homme, tels que le droit à l'égalité, la liberté de religion et la liberté de résidence, aux hommes chrétiens¹¹. L'histoire de l'exclusion des femmes est encore plus déprimante. Alors que les Canadiennes ont relativement rapidement acquis le droit de vote dans certaines provinces et que, avec l'aide du Conseil privé de Londres, elles ont brisé le bastion du Sénat en 1929, les Suissesses ont dû attendre 1971 pour que le vote des femmes soit introduit au fédéral, grâce au suffrage exclusivement masculin¹².

La réforme pointe à l'horizon

Tout comme la taille du pays et l'élaboration de sa constitution (qui sert généralement au meilleur des intérêts politiques de ceux qui l'ont négociée), la rigidité ou la flexibilité d'une constitution a un effet décisif sur le fonctionnement des relations intergouvernementales. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, étape ultime vers la pleine souveraineté,

-
10. Voir Eugénie BROUILLET, Alain-G. GAGNON et Guy LAFOREST (dir.), *La conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard : comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016.
 11. Eva Maria BELSER, Bernhard WALDMANN et Eva MOLINARI, *Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren / Droits constitutionnels I, Doctrines générales*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2012, p. 46-54.
 12. Le Tribunal fédéral a rejeté un certain nombre d'affaires portées devant lui par des militantes et a refusé de réinterpréter le terme constitutionnel « Suisses » comme incluant les hommes et les femmes. Ce n'est qu'en 1990 que le tribunal a obligé le canton d'Appenzel Rhodes-Intérieures à introduire le vote des femmes au niveau cantonal (voir la décision du Tribunal fédéral BGE 116 Ia 359).

a été la seule réforme en profondeur de la longue histoire constitutionnelle du Canada¹³. Voilà une admirable stabilité – la Constitution célébrée en 2017, bien qu'elle soit légèrement poussiéreuse, existe toujours. Dans un tel contexte, d'autres moyens de permettre l'évolution constitutionnelle, notamment par des relations intergouvernementales, jouent cependant un rôle de premier plan¹⁴.

La situation est bien différente en Suisse. La Constitution de 1848 a été remplacée par une nouvelle constitution dès 1874, puis a subi plus de 150 révisions partielles jusqu'à son remplacement par une troisième constitution, en 2000. Depuis le nouveau millénaire, le peuple et les cantons ont accepté plusieurs grandes réformes (dont une réforme du fédéralisme) et de nombreuses autres révisions lors de référendums obligatoires. Depuis 2000, plus de la moitié des dispositions de la Constitution ont déjà été modifiées ou ont été récemment ajoutées¹⁵. De manière générale, les modifications constitutionnelles ont un effet centralisateur et limitent la compétence résiduelle des cantons. Depuis 1848, le pays connaît effectivement un processus de centralisation, ce que plusieurs déplorent, mais que personne n'arrête. Le principal objectif de la réforme du fédéralisme, adoptée en 2004 et mise en œuvre en 2008, était de mieux intégrer les compétences fédérales et cantonales et de mettre en œuvre le principe de l'équivalence fiscale – réduisant ainsi le besoin de relations intergouvernementales verticales et le manque de transparence qu'on lui reproche souvent. La réforme visait également à mettre un terme à la centralisation et à mieux respecter le principe de subsidiarité¹⁶. La réforme a été profonde, mais n'a pas pleinement atteint ses objectifs¹⁷.

13. J. PARKER, préc., note 6, p. 65-69.

14. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 5, p. 135 et suiv.; Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Conclusions », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 4, p. 481 et suiv.

15. Wolf LINDER, *Schweizerische Demokratie, Institutionen, Prozesse, Perspektiven / Institutions, Processus, Perspectives*, Berne, Haupt Verlag, 2005, p. 247-251; Eva Maria BELSER, « Einleitung », *Kommentar zur Bundesverfassung / « Introduction »*, Commentaire sur la Constitution, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 14 et suiv. et 24 et suiv.

16. W. LINDER, préc., note 14, p. 353-360.

17. Andreas LADNER, « Switzerland », dans Michael J. GOLDSMITH et Edward C. PAGE (dir.), *From Localism to Intergovernmentalism: Changing Government Relations in Europe*, New York, Routledge, 2010, p. 210.

La Suisse semble avoir l'une des constitutions les plus flexibles au monde et la modifie, en moyenne, plus d'une fois par an. En raison d'une grande souplesse constitutionnelle, et contrairement à la situation canadienne, l'ingénierie et la réingénierie constitutionnelles suivent les procédures officielles de modification et il est peu nécessaire de recourir à des mécanismes informels ou paraconstitutionnels¹⁸.

La langue parle d'elle-même

La diversité linguistique et culturelle est un autre point commun évident entre les deux fédérations, même s'il importe de garder à l'esprit des différences importantes. Ces pays ont tous deux de puissants voisins fédéraux, les États-Unis et l'Allemagne, dont les institutions de gouvernance conjointe ont pour objectif de limiter le pouvoir du gouvernement central. Pour leur part, le Canada et la Suisse partagent également le pouvoir entre différentes nations, pour protéger la diversité culturelle et pour accommoder les communautés linguistiques. Alors que le Canada est une fédération multinationale, fonctionnant avec deux langues officielles, la Suisse, souvent perçue comme une fédération sans nation, reconnaît quatre langues nationales¹⁹ et en parle officiellement trois et demie – l'allemand, le français et l'italien, ainsi que le romanche dans ses communications avec les personnes de langue romanche²⁰. Ces éléments communs et distinctifs ont une grande influence sur la façon dont la Suisse et le Canada sont imaginés et gouvernés, en plus d'avoir un effet décisif sur la dynamique fédérale et les relations intergouvernementales au sein de ceux-ci²¹.

Les trois langues officielles de la Confédération suisse sont de rang égal. En conséquence, toutes les lois fédérales et tous les documents officiels doivent être accessibles dans ces trois langues et toutes les versions linguistiques ont la même autorité. Aujourd'hui, 63 % de la population parle

18. Sur le recours à des mécanismes paraconstitutionnels pour modifier la Constitution canadienne, voir Johanne POIRIER et Jesse HARTERY, « L'ingénierie para-constitutionnelle : modifier la Constitution par la bande et par contrat », dans Patrick TAILLON, Marc VERDUSSEN et Dave GUÉNETTE (dir.), *La modification constitutionnelle dans tous ses états : expériences belge, canadienne et européenne*, à paraître.

19. *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, art. 4 (ci-après « *Constitution* »).

20. *Ibid.*, art. 70 (1).

21. Pour le Canada, voir Alain-G. GAGNON, *La Raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

principalement l'allemand (suisse), 23 % le français, 8 % l'italien et 0,5 % le romanche. Si l'ordre fédéral tient compte de cette diversité linguistique, tous les cantons ne le font pas. Selon la Constitution²², les cantons choisissent la langue officielle de leur territoire – et la plupart ont choisi d'être monolingues. Dix-sept cantons sont germanophones, quatre franco-phones, un italo-phonie (Tessin), trois officiellement bilingues (Bern/Berne, Fribourg/Freiburg, Valais/Wallis) et un trilingue (Graubünden/Grischun/Grigioni). Les frontières intérieures de la Suisse sont historiques (et religieuses) et – à l'exception du canton du Jura – beaucoup plus anciennes que la frontière linguistique. Du fait de l'évolution historique, il n'existe pas de canton « Romandie », qui serait comparable au Québec. Par ailleurs, de nombreuses sources de clivage et de nombreuses alliances se chevauchent. La Suisse se distingue probablement aussi du Canada dans la mesure où le clivage linguistique y est moins marqué que celui, par exemple, qui oppose les régions urbaines et rurales du pays. Historiquement, le fédéralisme a été adopté pour accommoder les petits cantons conservateurs et majoritairement catholiques de la Suisse centrale, qui avaient perdu la guerre du *Sonderbund* de 1847. Tous étaient de langue allemande et craignaient d'être dominés par les grands cantons libéraux et protestants de la même communauté linguistique. Bien que le fossé linguistique, le *Röstigraben* (ou barrière des Röstli), fasse l'objet d'une attention accrue depuis quelques décennies, les divisions les plus profondes de la Suisse se trouvent encore ailleurs.

Les nations et les communautés linguistiques du Canada et de la Suisse vivent traditionnellement dans des régions géographiquement concentrées et peuvent être accommodées efficacement par une autonomie territoriale. Mais la diversité linguistique ne se limite pas à une ou plusieurs entités et des mécanismes supplémentaires de protection et de promotion des groupes dispersés sur le territoire, de même que des minorités au sein de minorités, sont donc nécessaires. Tout comme les provinces canadiennes, les cantons suisses peuvent, dans le cadre de la Constitution fédérale, décider de leur politique linguistique. Comme nous l'avons vu, ils peuvent choisir d'être monolingues (comme la plupart l'ont fait), mais doivent veiller « à la répartition territoriale traditionnelle des langues » et prendre « en considération les minorités linguistiques autochtones » afin « de préserver l'harmonie entre les communautés linguistiques²³ ». Certaines évolutions fédérales, tant au Canada qu'en Suisse, peuvent être comprises

22. *Constitution*, art. 70 (2).

23. *Ibid.*

comme résultant de négociations entre les principales nations et communautés linguistiques. Il n'est ainsi pas surprenant que ces négociations ne tiennent pas nécessairement compte des intérêts d'autres groupes linguistiques, notamment ceux qui sont arrivés au pays plus récemment grâce à l'immigration. Alors que les italophones et les romanches de la Suisse peuvent compter sur des mécanismes institutionnels assez élaborés et sur les fonds nécessaires pour protéger et promouvoir leur identité linguistique, les lusophones et les albanophones, bien qu'ils soient importants en nombre, ne sont pas en mesure de faire de même²⁴.

La diversité linguistique constitue un défi particulier pour la coopération horizontale entre les cantons. Alors que l'ordre fédéral fonctionne dans les quatre langues nationales et que les cantons fonctionnent essentiellement dans une seule langue, la coopération intercantonale est aux prises avec certaines questions de nature linguistique. Est-il acceptable que la langue de la majorité prévale dans les relations intergouvernementales? Est-il concevable de fonctionner sans traduction simultanée dans les réunions intercantionales et de ne pas traduire systématiquement tous les documents officiels ou importants qui en émergent? Si les publications et les communiqués officiels suggèrent que les conférences intercantionales font des efforts considérables pour fonctionner en tant qu'organes multilingues, il n'en est pas moins évident qu'au niveau intercantonal l'allemand et le français sont les langues dominantes et que les traductions ne sont pas aussi systématiquement effectuées qu'au sein de l'ordre fédéral²⁵. Au Canada, bien que les réunions multilatérales de haut niveau puissent se tenir en français et en anglais, dans la pratique, une grande partie des relations intergouvernementales utilisent la langue de la majorité.

Malgré ces similitudes linguistiques et culturelles, la dynamique fédérale évolue généralement de manière différente au Canada et en Suisse. Le Québec d'expression francophone cherche à obtenir et, dans une certaine mesure, reçoit une reconnaissance particulière, et ajoute certaines touches d'asymétrie au système fédéral du Canada. En revanche, les cantons romands ne suivent pas particulièrement un programme politique de non-centralisation. En fait, ce sont surtout les petits cantons ruraux et germa-

24. Eva Maria BELSER, «Accommodating National Minorities in Federal Switzerland», dans Alain-G. GAGNON et Michael BURGESS (dir.), *Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries. Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities*, Leiden et Boston, Brill et Nijhoff, 2018.

25. Voir, par exemple, MAISON DES CANTONS, «Bienvenue», [En ligne], [www.haus-derkantone.ch/fr].

nophones, qui font partie de la majorité linguistique, qui assument le rôle de défenseurs acharnés des autorités cantonales. Bien que les caractéristiques linguistiques de la Suisse soient importantes pour la structure fédérale, elles ne s'avèrent pas aussi décisives que celles au Canada. Comme au XIX^e siècle, les clivages politiques et culturels les plus profonds divisent les zones urbaines du pays, qui prônent une Suisse libérale et internationalisée, et les cantons ruraux, défendant un programme politique plus conservateur et identitaire. En raison de ces clivages, le système fédéral suisse est généralement resté assez symétrique. Il n'accorde pas de régimes spéciaux aux cantons ou aux communautés linguistiques minoritaires et laisse peu de place aux accords bilatéraux verticaux.

En somme, comparer le fédéralisme et les relations intergouvernementales au Canada et en Suisse est une tâche tout aussi inspirante que difficile. Le fait que le Canada mobilise le fédéralisme, entre autres, pour partager le pouvoir entre deux nations vivant ensemble dans un très vaste pays, régi par une constitution fédérale qui traverse les époques, entraîne des défis très particuliers pour les relations intergouvernementales. Divers éléments du système fédéral canadien favorisent des relations et des arrangements paraconstitutionnels qui sont souvent bilatéraux et verticaux. Ce n'est pas le cas en Suisse. Les vingt-six cantons jouissent d'obligations et de droits égaux, mais sont d'une très petite taille. Aux prises avec de fortes tendances centralisatrices et des niveaux élevés de flexibilité constitutionnelle, ils sont contraints de coopérer intensivement les uns avec les autres. En harmonisant leurs ordres normatifs et leurs politiques, ils réduisent ainsi la nécessité de solutions fédérales (centralisées) et préservent leur autonomie dans un cadre constitutionnel en pleine évolution. En outre, comme nous le verrons dans la prochaine section, d'autres différences conceptuelles et pratiques influencent l'évolution et la dynamique des relations intergouvernementales dans les deux pays.

LES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES ET LA RÉPARTITION DES POUVOIRS ET DES RESSOURCES

Contextualiser la coopération

Dans tous les États fédéraux, les modalités des relations intergouvernementales sont déterminées, d'une part, par l'étendue de l'autonomie et la répartition constitutionnelle (et paraconstitutionnelle) des pouvoirs et des ressources et, d'autre part, par les mécanismes mis en place pour produire et appliquer des règles communes. Au Canada, le compromis

fédéral repose essentiellement sur un modèle dualiste, combinant une séparation claire des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement et la responsabilité de chacun d'eux de légiférer et d'appliquer ses lois respectives²⁶. Au fil du temps, la portée des compétences exclusives a été réduite et les zones de chevauchement entre les deux niveaux se sont accrues, ce qui a entraîné une multiplication des contacts entre Ottawa et les provinces et a renforcé le rôle du centre. De plus, les relations fiscales ont fortement contribué à s'éloigner du modèle dualiste original. Les interventions financières fédérales dans les domaines de compétence provinciale ont contribué au développement de relations intergouvernementales verticales et ont eu une incidence importante sur leur dynamique²⁷.

En revanche, le système fédéral suisse repose depuis le début sur la coopération et l'intégration. Même si le principe de subsidiarité n'a été formellement codifié dans la Constitution qu'en 2004, il a toujours servi de principe directeur. Premièrement, la Confédération ne peut « unifier » le droit que si – et dans la mesure où – l'uniformité s'avère nécessaire. Deuxièmement, les cantons sont habilités (et parfois obligés par la loi) à mettre en œuvre les lois fédérales : les compétences de l'ordre fédéral se limitant à l'activité législative, sauf disposition contraire. Troisièmement, la Confédération doit laisser aux cantons « une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités²⁸ ». La Constitution suisse reconnaît très peu de compétences fédérales exclusives ; la plupart sont concurrentes. Plus important encore, les lois fédérales ne sont pas seulement appliquées par les cantons, mais aussi généralement financées par ceux-ci²⁹. La mise en œuvre des lois fédérales (en plus des lois cantonales) pèse ainsi évidemment sur les cantons et requiert une partie non négligeable de leurs ressources humaines et financières. Cependant, elle leur donne également un levier politique et économique important et renforce leur influence sur la législation et l'élaboration des politiques fédérales. Si les cantons s'opposent fermement à une loi fédérale (par

26. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 5, p. 138.

27. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 391 ; N. BOLLEYER, préc., note 3, p. 476 ; David CAMERON et Richard SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, 2002, p. 49.

28. Voir *Constitution*, art. 5a, 43a, 46.

29. *Ibid.*, art. 47.

exemple en raison de ses conséquences financières), les institutions fédérales ne sont pas en mesure d'ignorer cette préoccupation. Contrairement à la plupart des autres États fédéraux, l'ordre fédéral suisse ne dispose pas de l'essentiel des deniers publics et ne peut donc pas imposer ses priorités au moyen de transferts financiers et de conditions. L'importance des recettes fiscales cantonales et le principe de l'équivalence fiscale augmentent donc le pouvoir de négociation des cantons et rendent plus difficile, pour l'ordre fédéral, d'étendre ses compétences. C'est pourquoi, si certains cantons, ayant de sérieuses réserves à l'égard d'une initiative législative fédérale, demandent une certaine souplesse et un respect plus strict du principe de subsidiarité, ou encore se montrent réticents à la mise en œuvre d'une telle initiative, la Confédération a tendance à prendre ces réserves au sérieux.

Les cantons peuvent adopter un certain nombre de mesures pour résister à une action de la Confédération qui affecterait leur autonomie. Premièrement, huit cantons peuvent demander un référendum facultatif et tenter de mettre leur veto à une loi fédérale par une votation populaire³⁰. Deuxièmement, puisque la Confédération dépendra ultimement des cantons pour la mise en œuvre rapide et efficace de la mesure qu'elle propose, elle a tout intérêt à ce que les cantons soient en accord avec celle-ci. Pour ces raisons, la Confédération a l'obligation constitutionnelle de permettre aux cantons (et pas seulement à leurs délégués au Conseil des États, sa Chambre haute) de participer aux processus décisionnels fédéraux, de les informer pleinement de ses intentions en temps utile et de les consulter³¹. C'est également dans son intérêt de le faire. En ce sens, le droit fédéral harmonise plus qu'il unifie. Par conséquent, il existe souvent vingt-six variantes cantonales de la mise en œuvre du droit fédéral, chaque canton utilisant son autonomie pour l'adapter aux circonstances et aux priorités locales.

Une autre différence importante tient au fait que l'ordre fédéral suisse n'a pas de pouvoir de dépenser, s'il n'a pas la compétence correspondante pour légiférer³². L'ordre fédéral n'a donc pas la possibilité de s'immiscer dans les affaires cantonales par des subventions et des financements condi-

30. *Ibid.*, art. 141. Les cantons n'ont fait usage de ce droit qu'une seule fois, en 2003, et ont contesté avec succès les nouvelles normes fiscales fédérales qu'ils considéraient comme préjudiciables aux intérêts cantonaux. Dans la plupart des cas antérieurs et ultérieurs, la résistance des cantons contre une loi fédérale a été plus volontairement prise en compte par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale.

31. *Ibid.*, art. 45, 55, 147.

32. J. PARKER, préc., note 6, p. 142.

tionnels : ce n'est que dans le domaine des compétences communes que les négociations verticales sur les arrangements financiers sont décisives. Dans les domaines politiques limités où la Confédération finance l'application des lois fédérales par les cantons – tel celui du droit d'asile –, les cantons font souvent preuve d'une volonté surprenante de se plier aux règles fédérales, ou de sobrement parer aux ingérences possibles de la Confédération.

Enfin et surtout, les ressources naturelles et leur gestion, ainsi que les arrangements fiscaux, ont une incidence sur les relations intergouvernementales. Alors que l'économie canadienne peut compter sur des ressources naturelles comme les minéraux et les métaux, la Suisse est un pays pauvre en ressources qui s'est industrialisée de façon très décentralisée. En outre, la plupart des impôts sont prélevés au niveau cantonal – même les impôts fédéraux sont perçus par les cantons et ensuite transférés à la Confédération. Cela, en plus des règles constitutionnelles, permet d'éviter les dépenses excessives de la part du gouvernement fédéral. Si la plupart des systèmes fédéraux, y compris le Canada, sont caractérisés par des déséquilibres verticaux (et un centre financièrement dominant), ce n'est pas le cas en Suisse, où les déséquilibres horizontaux entre les centres urbains et les zones rurales ou montagneuses sont les caractéristiques dominantes. En 2014, seulement 32,9 % des dépenses publiques passaient par l'administration fédérale, le 67,1 % restant étant géré par les cantons et les communes³³. Les cantons ne dépendent que dans une très faible mesure du financement fédéral. Généralement, c'est même plutôt l'inverse. Le gouvernement fédéral s'appuie sur les ressources des cantons urbains riches, comme Genève, Bâle ou Zurich, qui sont les centres économiques du pays et qui prélèvent les impôts dont dépendent l'ordre fédéral et les cantons les moins riches. Ces cantons urbains et riches ne sont pas enclins à accepter des ingérences de la Confédération dans leur sphère d'autonomie qui, en outre, entraînent des charges financières. La position économique forte des cantons et le strict respect du principe de « celui qui paie commande » constituent ainsi la trame de fond des relations intergouvernementales en Suisse³⁴.

33. Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, « Statistique financière 2015 de la Suisse. Rapport annuel », [En ligne], [www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/publications.assetdetail.3602573.html].

34. Wolf LINDER et Isabelle STEFFEN, « Swiss Confederation », dans Katy LE ROY and Cheryl SAUNDERS (dir.), *A Global Dialogue on Federalism. Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, Montréal et Kingston, McGill Queen's University Press, 2006, p. 289.

Constitutionnaliser la coopération

Alors que les relations intergouvernementales canadiennes sont surtout verticales et informelles, en Suisse, elles sont surtout horizontales et formelles. Alors qu'elles n'ont aucune assise constitutionnelle au Canada, elles sont partiellement constitutionnalisées en Suisse. La Constitution fédérale suisse oblige expressément la Confédération et les cantons à coopérer entre eux et à se soutenir mutuellement³⁵. En affirmant que la Confédération et les cantons «se doivent mutuellement considération et soutien», cette «norme fédérale sur le partenariat» utilise la même terminologie que le droit suisse du mariage pour décrire les devoirs réciproques des époux. Ces obligations, qui imposent à tous les acteurs du fédéralisme suisse de se comporter avec respect et de bonne foi et d'appuyer les autres acteurs dans l'exercice de leurs fonctions, s'appliquent tant verticalement qu'horizontalement. L'obligation constitutionnelle de respect et de soutien est souvent considérée comme l'huile qui permet au rouage très complexe du fédéralisme suisse de bien fonctionner³⁶. Comme les conflits sont résolus par le dialogue et la médiation, les tribunaux n'interviennent que rarement dans les différends fédéraux. Et lorsqu'ils le font, ils peuvent difficilement être considérés comme des arbitres neutres : s'ils sont libres de contrôler la constitutionnalité des lois et des actes cantonaux, ils sont constitutionnellement tenus d'appliquer les lois fédérales – même s'ils les considèrent comme contraires à la Constitution fédérale³⁷. Le fait que les lois fédérales (ainsi que les traités internationaux) soient à l'abri du contrôle de constitutionnalité a des répercussions sur les relations intergouvernementales. Comme les cantons ne peuvent pas compter sur le pouvoir judiciaire pour invalider des lois qui seraient contraires à la Constitution, ils sont fortement incités à intervenir de manière préventive et, en cas de besoin, à s'opposer conjointement à leur adoption.

35. *Constitution*, art. 44 ; voir Jean-François AUBERT et Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2003, art. 44, n. 1 et suiv. ; Bernhard WALDMANN et Raphael KRAEMER, *Basler Kommentar zur Bundesverfassung / Commentaire sur la Constitution*, Bâle, Helbling Lichtenhahn Verlag, 2015, art. 44, n. 1 et suiv.

36. Giovanni BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft / Constitution de la Confédération suisse*, 2^e éd., Zurich, Orell Füssli, 2017 ; *Constitution*, art. 44, n. 7 et 8.

37. *Constitution*, art. 190, voir J.-F. AUBERT et P. MAHON, préc., note 34, art. 190, n. 1 et suiv. ; B. WALDMANN et R. KRAEMER, préc., note 34, art. 190, n. 1 et suiv.

La Constitution est plus explicite en ce qui concerne l'instrument le plus important de la coopération intercantonale : les conventions intercantionales³⁸. Elle mentionne tout d'abord que les cantons sont autorisés à conclure des accords entre eux, à créer des organisations et des institutions communes et à entreprendre ensemble des tâches d'importance régionale³⁹. Même en l'absence de cette norme, les cantons décideraient tout de même de manière autonome de la manière de remplir leurs tâches, seuls ou en collaboration avec d'autres cantons. Les accords, conventions ou traités intercantonaux (souvent appelés « concordats ») sont contraignants et ont toujours été utilisés pour régler des questions transfrontalières. Avec le temps, ils sont devenus de plus en plus importants dans la mise en place d'institutions communes, en particulier les conférences intercantionales, et dans l'harmonisation du droit. Ces dernières années, les concordats et les conférences intercantionales sont également de plus en plus utilisés pour structurer la péréquation des ressources financières et des responsabilités, pour coordonner l'application des lois fédérales et pour influencer conjointement les décisions fédérales.

Si les accords horizontaux sont nombreux, les accords verticaux, eux, restent rares. Ils existent d'abord dans les domaines politiques où les deux ordres de gouvernement jouissent de compétences concurrentes qui peuvent être exercées de manière coordonnée. Dans une telle situation, surtout dans le domaine de l'enseignement supérieur, la Constitution permet à la Confédération de participer à des organisations ou institutions intercantionales, mais uniquement dans le cadre de ses compétences propres. Il existe une deuxième situation de coopération verticale, soit celle de l'application du droit fédéral par les cantons. Selon une disposition constitutionnelle relativement récente, la Confédération et les cantons « peuvent convenir d'objectifs que les cantons réalisent lors de la mise en œuvre du droit fédéral ; à cette fin, ils mettent en place des programmes soutenus financièrement par la Confédération⁴⁰ ». Les concordats relatifs à ces programmes existent principalement dans le domaine de la protection de l'environnement, du droit d'asile et d'intégration et des domaines politiques connexes, et servent à réglementer les subventions fédérales.

38. Voir LUZIUS MADER, « Intergovernmental Relations in Switzerland », Alberto LÓPEZ-BASAGUREN et Leire ESCAJEDO SAN EPIFANIO (dir.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, p. 2 ; J. PARKER, préc., note 6, p. 147-149.

39. *Constitution*, art. 48.

40. *Ibid.*, art. 46 (2).

Les accords intercantonaux peuvent être de nature administrative et définir les droits et les devoirs des cantons contractants (par exemple : l'ajustement des frontières ou l'achat de prestations administratives). Ils peuvent également avoir un caractère législatif et rendre les lois uniformes directement applicables ou obliger les cantons à adopter les normes harmonisées. Leur élaboration est très similaire à celle des traités internationaux : les concordats législatifs sont négociés par les membres des gouvernements cantonaux et les fonctionnaires, souvent sous les auspices d'une conférence intercantonale. Lorsqu'un accord est conclu, toutes les parties, conformément aux dispositions du droit interne (le droit cantonal), doivent ratifier le traité. Les constitutions et lois cantonales déterminent ainsi si le gouvernement a le pouvoir de ratifier de manière autonome un concordat, si une approbation du Parlement cantonal est nécessaire ou si le concordat est soumis à un référendum cantonal obligatoire ou facultatif. Les concordats législatifs doivent être publiés comme toute autre norme législative ; les concordats administratifs sont régis par les lois cantonales sur la publicité de l'administration⁴¹. Les concordats peuvent être conclus dans n'importe quel domaine de compétence cantonale et avoir la portée que les cantons souhaitent leur donner. La Constitution se borne à déclarer que les accords entre cantons ne doivent pas être contraires à la loi, aux intérêts de la Confédération ou aux droits des autres cantons⁴². Afin de mettre en œuvre cette limitation et dans un souci de transparence, les cantons sont tenus d'informer la Confédération de l'établissement de concordats. Le Conseil fédéral ou tout canton peut s'opposer à un concordat s'il estime qu'il a un effet négatif sur les bonnes relations entre la Confédération et les cantons ou qu'il désavantage indûment un ou plusieurs cantons. Lorsque le Conseil fédéral ou un canton soulève une telle objection à un concordat intercantonal, il appartient à l'Assemblée fédérale de décider de sa validité⁴³.

Le statut constitutionnel des concordats et les règles claires régissant leur adoption et leur mise en œuvre semblent être parmi les principales différences entre les relations intergouvernementales en Suisse et au Canada. Bien qu'il existe au Canada de nombreux accords intergouvernementaux qui sont indéniablement d'application sur le terrain, leur statut

41. Bernhard WALDMANN et Zero SCHNYDER VON WARTSEE, *Basler Kommentar zur Bundesverfassung / Commentaire sur la Constitution*, Bâle, Helbling Lichtenhahn Verlag, 2015, art. 48, n. 18 et suiv.

42. *Constitution*, art. 48 (3).

43. *Ibid.*, art. 172.

juridique et les règles régissant leur conclusion et leur respect demeurent étonnamment opaques et ambigus⁴⁴.

MODULER LA GOUVERNANCE PARTAGÉE

Les parlementaires suivent leur propre voie

La multiplication des chevauchements de compétences, observée dans tous les États fédéraux, a tendance à renforcer la position du gouvernement fédéral dont les lois (et les moyens financiers) prévalent en cas de conflit. Il en résulte un intérêt accru des entités infranationales à participer à la prise de décision fédérale et, tout en défendant leur autonomie, à avoir une influence plus directe sur la gouvernance partagée (*Mitwirkungs-federalismus*)⁴⁵. Ni le Parlement bicaméral du Canada ni celui de la Suisse ne répondent de manière satisfaisante à ce besoin. Si le Sénat du Canada ne garantit pas, par sa conception, une représentation adéquate des provinces, le Conseil des États suisse, dans la pratique, ne le fait pas davantage.

Contrairement au Canada, le Parlement bicaméral suisse s'inspire du modèle américain. Le Conseil national et ses 200 membres représentent le peuple, tandis qu'au Conseil des États deux délégués par canton (mais un seul pour les six anciens demi-cantons) expriment les préoccupations des cantons et défendent leurs intérêts⁴⁶.

En raison d'une population importante et d'élections proportionnelles, les centres urbains sont représentés par une diversité importante de partis à la Chambre basse, le Conseil national. Comme il n'y a pas de seuil minimal légal, même les petits partis et les politiciens polarisants ont des chances d'être élus. En revanche, les candidats dans les petits cantons, qui n'envoient qu'un ou deux représentants à cette chambre, doivent attirer des électeurs de partis différents pour être élus et font typiquement valoir des opinions plus modérées⁴⁷. Le grand nombre de membres représentant les cantons les plus peuplés étouffe cependant souvent leur voix. Ce n'est pas le cas de la deuxième chambre, le Conseil

44. Voir J. POIRIER et C. SAUNDERS, préc., note 13, p. 451 et suiv.

45. Pour le degré de chevauchement au Canada et en Suisse, voir J. PARKER, préc., note 6, p. 138-139 et 70-71.

46. *Constitution*, art. 149 et 150; voir W. LINDER, préc., note 14, p. 201-203.

47. Alors que les citoyens d'Appenzell Rhodes-Intérieures (environ 16 000 habitants) ne peuvent élire qu'un seul parlementaire, le canton de Zurich (presque un million et demi d'habitants) élit trente-trois représentants au Conseil national.

des États, où les cantons plus petits et plus ruraux ont davantage de poids proportionnellement à leur taille⁴⁸. Toutefois, malgré le rôle initialement dévolu à la seconde chambre, les membres du Conseil des États ne représentent pas nécessairement les intérêts cantonaux. Ils n'ont même pas à voter en accord avec les préoccupations cantonales : une fois élus, ils agissent et votent sans instruction⁴⁹. L'analyse de leur comportement de vote montre d'ailleurs, la plupart du temps, qu'ils votent en fonction de leur appartenance politique⁵⁰.

Lorsque les délégués des cantons suivent leur propre voie et ne défendent que les intérêts cantonaux qui correspondent à leurs propres priorités politiques, ils ne contribuent pas à la gouvernance partagée au sein du régime fédéral. Cela dit, le Conseil des États est néanmoins d'une certaine utilité : des partis plus modérés et des acteurs politiques plus expérimentés peuvent avoir pour effet de ralentir et de calmer le jeu, ce qui, lors de processus législatifs turbulents et émotifs, peut être un avantage⁵¹.

Le Conseil des États ne remplissant pas véritablement une fonction de représentation cantonale, les cantons doivent recourir à des mécanismes intergouvernementaux formels et informels pour faire entendre leur voix à Berne. Ils peuvent, par exemple, utiliser l'initiative cantonale pour mettre à l'ordre du jour de l'Assemblée fédérale une question qu'ils jugent importante. Comme tout membre du Conseil ou groupe parlementaire, les cantons ont le droit de soumettre des initiatives au Parlement fédéral⁵². Ces initiatives cantonales, relatives à la modification de la Constitution fédérale, à l'élaboration ou à la refonte d'une loi fédérale ou à toute autre décision relevant de la compétence du Parlement fédéral, sont traitées de la même manière que les initiatives prises par les parlementaires. Les initiatives cantonales sont donc des instruments de communication formelle intéressants, que les Parlements cantonaux peuvent utiliser pour entamer ou empêcher l'élaboration de normes fédérales. Elles sont utilisées jusqu'à vingt fois par an et permettent aux cantons, souvent les premiers

48. Voir W. LINDER, préc., note 14, p. 184.

49. *Constitution*, art. 161 (1); voir J.-F. AUBERT et P. MAHON, préc., note 34, art. 161, n. 1 et suiv.

50. Voir « Base de données des votes à l'Assemblée fédérale », [En ligne], [www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/abstimmungen/abstimmungs-datenbank-nr].

51. Eva Maria BELSER, « The Swiss Ständerat : a Model of Perfect Bicameralism », *Perspectives on Federalism*, vol. 10, 2018.

52. *Constitution*, art. 160 (1).

à devoir satisfaire de nouveaux besoins législatifs, d'exercer une influence sur la législation en dehors de leur domaine de compétence⁵³.

Les cantons ont également le droit constitutionnel d'être informés de toutes les activités de la Confédération, de même que celui d'être entendus⁵⁴. Par conséquent, chaque fois qu'une loi fédérale est préparée ou que la ratification d'un traité international est prévue, des consultations formelles et transparentes ont lieu. Par ailleurs, sous l'influence d'une coopération approfondie avec l'Union européenne, la participation cantonale s'est étendue aux relations internationales. Au départ, les cantons étaient tellement préoccupés par l'effet des traités bilatéraux avec l'UE sur leurs domaines de compétence qu'ils ont ouvert une sorte d'ambassade à Bruxelles afin d'obtenir des informations cruciales et de défendre leurs intérêts. Berne a d'abord été irrité par cette action. Mais les choses se sont institutionnalisées depuis. Les cantons ont le droit constitutionnel de participer aux relations internationales et aux relations avec l'UE et une loi fédérale clarifie les procédures à cet effet. De nombreuses équipes de négociation sont désormais mixtes, non seulement à Bruxelles, mais aussi à Genève et à New York⁵⁵.

Enfin et surtout, divers processus informels existent. Un de ceux-ci est le « dialogue fédéral », introduit en 1997 (bien que des discussions fréquentes aient déjà eu lieu dès 1978). Il s'agit de réunions semestrielles entre les exécutifs fédéraux et leurs homologues cantonaux, qui permettent d'échanger des idées et des préoccupations concernant les relations fédérales et leurs évolutions. Ces dialogues, qui ne sont pas ouverts au public, permettent aux conseillers fédéraux (l'exécutif) de rencontrer de manière informelle une délégation de la Conférence des gouvernements cantonaux. La plateforme est utilisée comme moyen de communication intergouvernementale et peut servir de système d'alerte rapide en cas de difficultés ou de malentendus.

53. Pierre TSCHANNEN, *Staatsrecht [Droit constitutionnel]*, § 24, n. 14 et suiv.

54. *Constitution*, art. 45 ; *ibid.*, § 24, n. 1 et 23 et suiv. ; Pierre TSCHANNEN, *Constitutional Law*, § 24, n. 14 et suiv.

55. Eva Maria BELSER et Simon MAZIDI, « Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen bei der Einhaltung völkerrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz » / « La coopération entre la Confédération et les cantons dans le respect des obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme au regard du droit international », dans EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUS FORSCHUNG TÜBINGEN (EZFF), *Jahrbuch des Föderalismus 2018*.

Les menaces de veto

Le contraste entre les chambres parlementaires du Canada et de la Suisse est frappant : alors que le Parlement canadien est basé sur un système de Westminster avec un parti au pouvoir d'un côté et l'opposition de l'autre, les membres du Conseil national suisse (mais aussi du Conseil des États) sont assis en cercle⁵⁶.



Le Parlement canadien



Le Conseil national suisse

56. J. PARKER, préc., note 6, p. 67.

Les parlementaires suisses de tous les milieux (ce ne sont pas des politiciens à plein temps) s'assoient ensemble et doivent trouver des accords acceptables pour la plupart des représentants et pour le peuple. Il s'agit d'établir un consensus : dans un système qui repose fortement sur la démocratie directe, le pur « majoritarisme » n'est pas une recette à succès. Si l'on veut empêcher le veto permanent des lois, toutes les communautés et tous les groupes suffisamment puissants pour lancer un référendum (ou une initiative populaire) doivent être entendus et inclus dans le processus législatif.

La démocratie directe, en particulier la menace d'un référendum, affecte le régime constitutionnel et toutes les relations gouvernementales de multiples façons. Les révisions constitutionnelles sont automatiquement soumises à un référendum et toutes les lois fédérales peuvent être contestées par un référendum facultatif lorsque 50 000 personnes ou huit cantons le demandent⁵⁷. L'importante influence des référendums sur le travail parlementaire et les relations intergouvernementales en Suisse ne doit pas être sous-estimée. Tout groupe de cantons ou tout autre groupe (y compris les minorités très petites, mais bien organisées, ou même les groupes d'intérêts) peut menacer de recourir à la démocratie directe pour bloquer une loi fédérale. Il peut être sûr qu'on l'écouterà.

Le risque imminent d'un référendum influence énormément le processus législatif fédéral. Si les partis politiques, les communautés linguistiques ou religieuses, les femmes ou les groupes environnementaux soulèvent de sérieuses préoccupations au cours des processus de consultation, la loi fédérale sera normalement adoptée en tenant compte de celles-ci et de nombreux efforts seront déployés pour trouver un consensus afin d'empêcher la tenue d'un référendum. Si plusieurs cantons critiquent une loi fédérale, leur préoccupation sera généralement entendue, car ils peuvent demander un référendum, en retarder l'adoption et éventuellement la rejeter aux urnes. Des consultations formelles ont lieu lorsque le Conseil fédéral a décidé de proposer une loi fédérale ; les avant-projets de loi sont envoyés en consultation avant que le projet final, qui tient compte des préoccupations soulevées, soit transmis au Parlement. Les réponses concertées des cantons aux propositions de la Confédération ayant un poids significatif, les conférences intercantionales jouent un rôle de plus en plus important dans l'élaboration d'observations et de propositions cantonales communes. En raison de ce puissant mécanisme de

57. *Constitution* art. 141 ; W. LINDER, préc., note 14, p. 247-251.

participation (et d'ingérence) dans le processus législatif fédéral, les cantons sont de plus en plus souvent associés aux processus législatifs à un stade encore plus précoce. C'est pourquoi il est devenu courant que des représentants cantonaux participent aux groupes de travail de l'administration fédérale et aient une voix importante lors de la planification de la législation fédérale.

La participation accrue des cantons à l'élaboration de la législation fédérale est considérée comme une évolution importante du fédéralisme suisse et comme un moyen essentiel pour les cantons de défendre leurs intérêts et de compenser la réduction de leurs compétences. L'influence renforcée et polymorphe des cantons sur le centre renforce le rôle de la coopération horizontale. Elle renforce également le rôle de l'exécutif dans l'élaboration du droit – au détriment des Parlements cantonaux et de l'Assemblée fédérale, qui sont de plus en plus souvent aux prises avec des accords soigneusement négociés et qui ne peuvent être modifiés qu'au prix d'un risque référendaire. C'est l'une des raisons pour lesquelles on reproche à la forte augmentation des relations intergouvernementales horizontales de limiter la démocratie (directe) et de défendre l'autonomie cantonale au détriment de la participation populaire.

HARMONISER L'AUTONOMIE CANTONALE

L'adoption de conventions intercantionales

La répartition des compétences, les évolutions dans le domaine de la coopération verticale et la forte augmentation des demandes d'harmonisation ont contribué à la multiplication et à l'intensification des relations intergouvernementales horizontales en Suisse. Les principaux instruments des relations intergouvernementales horizontales sont les conventions intercantionales. Ces « concordats » ont toujours été la pierre angulaire du fédéralisme coopératif suisse. Ils sont souvent considérés comme la continuation de la période pré-fédérale (confédérale), pendant laquelle les cantons suisses ont coopéré sur la base d'un dense réseau d'accords et d'alliances bilatéraux et multilatéraux. La coopération horizontale s'est intensifiée après la Seconde Guerre mondiale et un certain nombre d'institutions intercantionales ont été créées et dotées d'un pouvoir de gouverner.

La norme constitutionnelle actuelle sur les « conventions intercantionales » permet explicitement aux cantons de conclure des accords entre eux, de créer des organisations et des institutions communes et

d'entreprendre ensemble des tâches d'importance régionale⁵⁸. Elle indique clairement que la coopération régionale entre les cantons – où des conditions sociales, économiques et culturelles (en particulier linguistiques) comparables prévalent – est encouragée par la Constitution et n'est pas considérée comme une menace pour l'unité du pays. Si la norme se réfère à des tâches d'importance *régionale*, les accords intercantonaux peuvent également être utilisés pour entreprendre conjointement des tâches d'importance *nationale*. Alors que les accords bilatéraux et régionaux sont en forte augmentation, on observe également une croissance des concordats auxquels sont associés les vingt-six cantons.

La disposition constitutionnelle permettant aux cantons de conclure des accords entre eux et de créer des organisations et des institutions communes a une valeur purement déclaratoire. Si elle n'existait pas, le même régime s'appliquerait. Lorsque les cantons sont compétents dans un domaine, ils sont également compétents pour choisir librement la manière de remplir leurs tâches – seuls ou en collaboration avec d'autres acteurs. Toute directive fédérale sur la manière dont les cantons s'acquittent de leurs devoirs et responsabilités serait considérée, à juste titre, comme une ingérence indue dans l'autonomie cantonale. Ainsi, même en l'absence de cette norme constitutionnelle, les autorités fédérales devraient respecter la décision des cantons, que ces derniers gouvernent seuls, ou en collaboration avec un, plusieurs ou tous les autres cantons. De même, Berne doit accepter l'intensité de la collaboration – mineure ou intense – que souhaitent les cantons, ainsi que leur décision de limiter cette coopération à l'administration et à l'exécution des lois, ou de viser également une coopération dans le domaine législatif et judiciaire.

Aujourd'hui, la fonction principale des relations intergouvernementales suisses est l'harmonisation législative intercantonale. De plus en plus souvent et de plus en plus intensément, les cantons ont recours à des processus législatifs communs pour surmonter certaines difficultés. L'harmonisation législative horizontale est largement considérée comme un mécanisme destiné à prévenir ou à ralentir la centralisation. Son objectif principal est de répondre à la demande de moins de *diversité*, considérée de plus en plus comme une complication inutile aux pratiques commerciales transfrontalières et à la vie quotidienne qui s'étend au-delà des frontières cantonales. Ce processus a l'avantage de laisser intactes les compétences cantonales et d'empêcher que des modifications constitu-

58. *Constitution*, art. 48

tionnelles transfèrent les compétences cantonales à l'ordre fédéral. L'harmonisation intercantonale du droit est donc souvent présentée comme un moindre mal, car la solution de remplacement à celle-ci n'est pas la diversité cantonale, mais l'unification fédérale. Certaines dispositions constitutionnelles, en particulier dans le domaine de l'éducation, menacent effectivement explicitement de mener à la centralisation si l'harmonisation législative horizontale échoue. Dans ces domaines, les cantons doivent coopérer horizontalement et harmoniser leur législation dans les domaines énumérés; s'ils ne parviennent pas à atteindre cet objectif, l'ordre fédéral acquiert le droit d'agir à leur place⁵⁹.

Comme nous l'avons vu précédemment, les relations intergouvernementales canadiennes offrent des solutions souples et informelles et compensent la rigidité relative du cadre constitutionnel. En revanche, les relations intergouvernementales en Suisse ne sont pas utilisées pour modifier la répartition formelle des compétences ou pour accommoder certaines entités constitutives, mais plutôt pour éviter les modifications de la Constitution de nature centralisatrices⁶⁰. Des questions constitutionnelles cruciales demeurent toutefois. La législation intercantonale, tout en empêchant l'unification fédérale, crée-t-elle un déficit démocratique et affaiblit-elle les Parlements cantonaux créés pour exprimer et protéger les priorités régionales? Existe-t-il un risque que les plus puissants cantons dominent les relations horizontales entre les cantons et la coopération intergouvernementale, augmentant ainsi les différences *de facto* de capacité entre les acteurs infranationaux? L'harmonisation intercantonale remet-elle en cause l'«entreprise fédérale» suisse qu'elle vise justement à atténuer?

Le nombre de concordats a explosé au cours des deux dernières décennies. Il en existe actuellement plus de 760. Certains réglemementent les détails de la coopération interculturelle; d'autres harmonisent de vastes domaines de politiques publiques, établissent des règles contraignantes pour tous les signataires ou créent des organisations et des institutions intercantionales chargées de planifier, de superviser ou de contrôler des

59. *Ibid.*, art. 62 (4) et Eva Maria BELSER, «Concurrent Powers as Doors to Legislative Innovation, Conditional Power as Gates to the Blind Alley: Some Swiss Illustrations», dans Nico STEYTLER (dir.), *Concurrent Powers in Federal Systems*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 49.

60. En ce qui concerne la gouvernance multiniveau en Suisse, voir Hannah Kauz, *Multi-Level-Government Schweiz, Aspekte der Zusammenarbeit im Bundesstaat, in Föderalismus 2.0 – Denkanstöße und Ausblicke / La gouvernance multiniveau en Suisse. Aspects de la coopération dans l'État fédéral, dans le fédéralisme 2.0 – Des idées et des perspectives qui suscitent la réflexion*, Berne, Stämpfli Verlag AG, 2011, p. 30-46.

activités coordonnées. Il existe également un nombre croissant d'organes intercantonaux ayant compétence pour édicter des normes intercantionales contraignantes pour les parties. Étant donné que ce travail législatif intercantonal, généralement effectué par des représentants non élus, peut constituer une menace pour la participation démocratique et la légitimité générale du droit harmonisé, la Constitution fédérale a limité son utilisation. Les cantons peuvent, par un accord intercantonal, autoriser les organes intercantonaux à édicter des dispositions législatives d'exécution de l'accord si deux conditions sont remplies. Premièrement, l'accord doit être approuvé suivant la même procédure que celle s'appliquant aux autres lois (c'est-à-dire approbation parlementaire, référendum obligatoire ou facultatif). Deuxièmement, l'accord lui-même doit déterminer le contenu de base de la disposition ne laissant aux organes intercantonaux que le pouvoir d'en régler les détails⁶¹.

Les nombreux accords intercantonaux, les organismes influents qu'ils établissent et les normes abondantes adoptées par ces organismes créent un réseau de coopération si dense que certains annoncent la création d'un nouvel ordre de gouvernement inter ou supra-cantonal⁶². Les concordats constituent un élément essentiel du fédéralisme suisse et probablement son évolution la plus profonde⁶³. Les concordats traitent de toutes les questions de compétence cantonale (y compris l'application des lois fédérales) et peuvent régler des questions administratives, financières ou législatives. Ils existent dans tous les domaines : de la fiscalité et de la police aux infrastructures et aux transports, en passant par la santé et l'éducation. Ils peuvent être rédigés en termes très larges ou spécifiques et harmoniser directement le droit cantonal ou obliger les cantons à modifier leur législation. Les concordats sont également utilisés pour régler la participation des cantons à la prise de décisions fédérales et aux relations internationales, dans le but d'accroître l'effet cantonal. Si la Constitution fédérale est plutôt fragmentaire et vague lorsqu'il s'agit de déterminer la relation hiérarchique entre le droit national et le droit international, elle indique clairement que le droit intercantonal l'emporte sur le droit cantonal. Selon la Constitution, les cantons doivent respecter le droit intercantonal, qu'il s'agisse du droit primaire des traités ou du droit dérivé des organes intercantonaux⁶⁴. Des règles similaires s'appliquent aux quelques accords

61. *Constitution*, art. 48 (4).

62. L. MADER, préc., note 37, p. 57, parle même de 800 contrats intercantonaux et intercommunaux.

63. D. BOCHSLER, préc., note 3, p. 6.

64. Voir *Constitution*, art. 48 (5) : « Les cantons respectent le droit intercantonal ».

verticaux existant dans le domaine des compétences parallèles ou concurrentes : ces accords ne doivent pas violer le droit international et national et priment sur le droit cantonal contractuel.

Bien que la Constitution mette l'accent sur la coopération intercantonale bilatérale et régionale, elle n'exclut pas une coopération à l'échelle nationale entre les cantons. Ces dernières années, les accords omni-cantonaux sont devenus très courants et ont donné lieu à un nouvel ensemble d'actes législatifs adoptés par les différents cantons, mais ayant la portée géographique d'une loi fédérale⁶⁵. De tels accords ont également créé des organisations et des institutions omni-cantoniales, certaines ayant des mandats de grande envergure pour coordonner, superviser et mettre en œuvre les accords intercantonaux. Leur portée et leur dynamique ont évolué de façon aussi spectaculaire que leur nombre. Les concordats qui harmonisent le droit cantonal pour l'ensemble de la Suisse couvrent un large éventail de questions juridiques, politiques, économiques et culturelles et ne laissent en fait aucun domaine de compétence cantonale intouché.

Pourquoi les cantons ont-ils décidé de légiférer conjointement et de déléguer une partie de leur autonomie à des traités et à des organes supracantonaux ? Il semble évident que la plupart des cantons suisses sont trop petits pour servir efficacement une population plus mobile. En fait, les entités historiques, les cantons, ne correspondent plus à la réalité de la vie et des affaires. De plus en plus de personnes vivent, travaillent et socialisent dans différents cantons, franchissent facilement quelques frontières cantonales entre le petit déjeuner, le bureau, l'école, les sorties et le sommeil et vivent la diversité, bien qu'elle soit fondamentale pour l'idéal fédérale, comme une complication. Dans un pays aussi petit et fragmenté, les exigences en matière d'harmonisation intercantonale tendent à être très élevées et les besoins de coopération horizontale, particulièrement palpables. Mais la résistance à la simple « fédéralisation » de l'action l'est aussi. La coopération intercantonale apparaît donc comme le meilleur compromis. Elle élimine les différences cantonales qui compliquent parfois la vie des citoyens et des entreprises, tout en préservant l'autonomie cantonale. On ne peut cependant pas ignorer que l'élaboration du droit intercantonal se fait au prix d'un renforcement du pouvoir exécutif au détriment des Parlements cantonaux et des droits de la démocratie directe.

65. Thomas PFISTERER, « Intergovernmental Relations in Switzerland : An Unfamiliar Term for a Necessary Concept », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 4, p. 393-395.

Les cantons se « fédèrent » par voie intergouvernementale

En Suisse, comme au Canada, la volonté de jouer un rôle plus affirmé à Berne et à Ottawa a favorisé le développement d'une coopération horizontale plus stratégique – intercantonalisme et interprovincialisme. L'influente Conférence des gouvernements cantonaux de la Suisse a été officiellement créée en 1993. Elle s'appuie sur un accord intercantonal ratifié par les vingt-six cantons et sert de plateforme politique pour les relations intergouvernementales horizontales et pour la coordination des relations intergouvernementales verticales⁶⁶. Son rôle apparaît semblable à celui du Conseil de la fédération au Canada, créé en 2003 : réunir les premiers ministres provinciaux et territoriaux et faire front commun entre eux lorsqu'ils interagissent avec le gouvernement fédéral⁶⁷. Elle est cependant beaucoup plus « institutionnalisée » que son homologue canadienne.

En 2008, l'inauguration de la Maison des cantons, à Berne, a mis en évidence le fait que la coopération intercantonale avait franchi une nouvelle étape dans le système fédéral suisse. La nouvelle Maison des cantons abrite aujourd'hui plus d'une douzaine d'acteurs très puissants⁶⁸. Outre la Conférence des gouvernements cantonaux, quinze conférences de directeurs cantonaux spécifiques utilisent la Maison des cantons pour rassembler les voix cantonales, convenir de stratégies et de concordats et faire pression dans les salles de la Confédération. La Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances, la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police, etc., sont devenues des acteurs incontournables lorsque des politiques et des lois relevant de leur domaine de compétence sont planifiées, élaborées ou appliquées. Dans le même ordre d'idées, six Conférences régionales des gouvernements cantonaux réunissent les cantons de la Suisse occidentale, de la Suisse du Nord-Ouest, de la Suisse orientale, de la Suisse centrale, des cantons alpins et de l'espace métropolitain zurichois⁶⁹. Ces organes « régionaux » viennent tous se réunir à Berne, où ils ont trouvé leur lieu d'attache à la Maison des cantons.

66. *Ibid.*, p. 147.

67. Voir [En ligne], [www.pmprovincesterritoires.ca].

68. L. MADER, préc., note 37, p. 58.

69. Voir « Vue d'ensemble Conférences des directeurs », [En ligne], [kdk.ch/fr/collaboration/conferences-des-directeurs/vue-densemble-conferences-des-directeurs/].

La création de ces institutions et leur réunion sous un même toit – pour exploiter les synergies et accroître leur influence dans la capitale – ont créé une certaine agitation. La Maison des cantons, située dans un bâtiment prestigieux exprimant la confiance des cantons, a été examinée avec scepticisme ou désapprobation par le gouvernement fédéral et les membres du Conseil des États. Les premiers estimaient que les exécutifs cantonaux n'avaient aucune raison de s'immiscer dans l'exercice des compétences fédérales, tandis que les seconds se considéraient comme les véritables représentants des intérêts cantonaux à Berne. Aujourd'hui, les usagers de la Maison des cantons sont des acteurs très réputés et, ironiquement, les membres de la Confédération espèrent souvent être invités à leurs réunions. La Maison des cantons a également généré un changement des mentalités : les cantons n'ont pas à frapper à la porte du Palais fédéral lorsqu'ils ont des préoccupations ; ils invitent les acteurs fédéraux chez eux. De plus en plus, dans les affaires fédérales, les cantons parlent d'une seule voix : une voix très influente qui ne manquera pas d'être entendue. À certains égards, la Maison des cantons semble se transformer lentement en une troisième chambre du Parlement dans laquelle les représentants des cantons (comme le Bundesrat allemand) défendent avec force leurs intérêts. Selon la Constitution, les lois fédérales doivent être approuvées par les deux Chambres du Parlement. Dans la pratique, l'approbation (implicite) de la Chambre des cantons est aussi souvent nécessaire : si les cantons s'opposent conjointement à un plan fédéral, un projet de loi ou un traité international, leur opposition équivaut presque à un droit de veto paracconstitutionnel. S'il est vrai que les positions cantonales ne sont pas formellement contraignantes et ne prévalent pas toujours, leur poids pratique est néanmoins considérable.

Le déficit démocratique

La plupart des acteurs reçoivent très favorablement l'ingérence coordonnée des cantons dans la prise de décision de la Confédération. Les actions intergouvernementales conjointes sont largement considérées comme une réaction appropriée à la centralisation en cours et comme une compensation de la réduction de l'autonomie cantonale. Alors que les cantons, individuellement, perdent des domaines d'action autonomes, ils participent conjointement et plus fortement à la prise de décision de la Confédération. La situation est évaluée différemment lorsqu'il s'agit d'élaborer des normes intercantionales touchant tous les domaines de compétences cantonales et s'étendant souvent très profondément dans

les sphères de la gouvernance cantonale. De nombreux concordats se lisent comme des traités internationaux – ou des lois fédérales – et ne laissent qu'une marge de manœuvre limitée aux différents cantons pour utiliser de manière indépendante leur autonomie garantie par la Constitution. En outre, comme on l'a vu plus haut, ces concordats permettent également aux conférences intercantionales de produire un droit intercantonal contraignant.

En renforçant la place et le rôle l'exécutif, un tel processus législatif intercantonal affecte non seulement l'équilibre des pouvoirs institutionnels au sein des cantons, mais aussi les relations de pouvoir entre les cantons. Bien que l'unanimité soit requise pour conclure un accord, les inégalités de pouvoir de négociation sont évidentes et ont une influence sur le résultat. Les cantons les plus vastes et les plus puissants auront probablement davantage leur mot à dire dans la coopération intercantonale. Il est clair que tous les cantons ne sont pas aussi présents à Berne que les autres. Les petits cantons ont du mal à concurrencer les grands acteurs et prétendent que les normes négociées les affectent négativement, car leur pouvoir de négociation est inférieur à celui des grands cantons, plus puissants sur le plan économique. Par conséquent, les petits cantons ont plus de mal à influencer sur les règles intercantionales et à préserver leurs différences, même dans les domaines où elles sont garanties par la Constitution fédérale. Dans un certain nombre de cas, les petits cantons ont même commencé à affirmer qu'ils préféreraient, dans certaines matières, la centralisation à l'harmonisation horizontale – autrement dit, ils préféreraient obéir à Berne plutôt qu'à Zurich.

Quels sont les avantages de l'harmonisation des législations intercantionales, voire de l'unification, vu leurs effets néfastes sur la démocratie et la diversité? Premièrement, la coopération cantonale empêche la centralisation des compétences et la poursuite de l'harmonisation par l'ordre fédéral. Deuxièmement, elle respecte les compétences cantonales et n'affecte pas les institutions officielles de partage du pouvoir. En harmonisant le droit, les concordats réduisent les effets négatifs de la diversité juridique et diminuent ainsi la pression pour la fusion des cantons. En bref, le droit intercantonal permet de préserver une situation où des entités infranationales «déraisonnablement petites» disposent d'une grande autonomie. La coopération horizontale permet également d'établir avec souplesse des réglementations et des compétences fonctionnelles, concurrentes et qui se chevauchent, et de résoudre certains problèmes de gouvernance.

Mais il y a aussi des inconvénients. Si les accords bilatéraux sont relativement faciles à négocier⁷⁰, les accords omni-cantonaux conduisant à une harmonisation juridique à l'échelle nationale sont difficiles à conclure. Seuls ces derniers sont susceptibles d'empêcher la centralisation, mais ils nécessitent l'accord des vingt-six cantons. Selon la question en jeu, l'approbation du gouvernement peut être suffisante. Mais les concordats qui ont un statut « législatif » (c'est-à-dire qui peuvent lier des tiers) nécessitent généralement l'approbation des Parlements cantonaux, et parfois même la tenue de référendums cantonaux. Concrètement, cela confère un droit de veto *de facto* à chaque canton⁷¹.

Pour éviter que des « fauteurs de troubles » menacent l'harmonisation horizontale de la législation, la Constitution prévoit un nouvel instrument : la coopération forcée. Dans les domaines énumérés, par exemple les universités, la médecine de pointe, la gestion des déchets, etc., le Parlement fédéral peut déclarer que les accords intercantonaux sont contraignants ou exiger la participation des cantons⁷². L'*obligation de participer* à des concordats peut être utilisée pour obliger les cantons à partager le fardeau de certaines responsabilités et pour empêcher le phénomène du passerager clandestin (par exemple, par des contributions forcées aux institutions culturelles d'importance suprarégionale). La *déclaration d'applicabilité générale*, destinée à contribuer à l'harmonisation juridique, est encore plus radicale : à la demande de dix-huit cantons, le Parlement fédéral peut décréter qu'un traité intercantonal ratifié par certains cantons est également

70. Armin SCHÖNI, « Le contrôle parlementaire des conventions intercantionales à l'exemple des conventions créant la HE ARC et la HES-SO », *Working paper, Institut de hautes études en administrations publiques*, 2005, [En ligne], [edudoc.ch/record/29551/files/98.pdf] ; Thomas D. ZWEIFEL, *Democratic deficit? Institutions and regulation in the European Union, Switzerland, and the United States*, Lanham, Lexington Books, 2002 ; Martin SCHULER et Michel REY, « Les grandes régions suisses : simple outil statistique ou mise en cause du fédéralisme ? », dans Alain THIERSTEIN, Martin SCHULER et Daniel WÄCHTER (dir.), *Grossregionen – Wunschvorstellungen oder Lösungsansatz?*, Berne, Haupt, 2000 ; Peter HÄNNI, « Vor einer Renaissance des Konkordates? Möglichkeiten und Grenzen interkantonaler Vereinbarungen » / « Avant la renaissance du concordat ? Possibilités et limites des accords intercantonaux », dans Bernhard EHRENZELLER et Philippe MASTRONARDI (dir.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner / L'État de droit est confronté à de nouveaux défis : mélanges pour le professeur Yvo Hangartner*, Lachen, Dike Verlag AG, 1998, p. 659.

71. D. KÜBLER, W. SCHENKEL et J.-P. LERESCHE, préc., note 3, p. 273-276.

72. *Constitution*, art. 48a.

contraignant pour les autres, même pour ceux qui y sont opposés. Ce procédé assez inhabituel n'a jamais été utilisé jusqu'à présent⁷³.

Un autre problème – le plus crucial selon plusieurs – est le déficit démocratique du processus de création de normes juridiques horizontales. Le processus de création de normes intercantionales – tout comme le processus de création de normes internationales – est centré sur le pouvoir exécutif. Les ministres et les directeurs, et non les parlementaires, se réunissent à Berne, négocient et se mettent d'accord⁷⁴. Les concordats importants nécessitent l'approbation parlementaire, mais les Parlements se sentent souvent contraints de les approuver, en particulier dans les domaines où il existe une forte pression, voire une obligation d'harmonisation. Au lieu de légiférer dans un domaine de compétence cantonale, les Parlements cantonaux ont un rôle qui se réduit alors à dire « oui » ou « non » à des concordats législatifs négociés par les exécutifs cantonaux et, le plus souvent, par des fonctionnaires non élus. Comme un « non » a souvent un prix politique élevé, les Parlements cantonaux se considèrent comme victimes du principe *TINA* (*There Is No Alternative*: « il n'y a pas de solution de rechange ») et cèdent aux développements juridiques intercantonaux qui échappent à leur contrôle. Certains accords ont fait l'objet de votations (par la population) afin d'accroître leur légitimité démocratique⁷⁵. Cependant, cela n'a pas résolu le problème, mais l'a plutôt compliqué. Que se passe-t-il si le Parlement ou le peuple d'un ou de plusieurs cantons n'approuve pas? Les autres peuvent-ils alors demander une coopération forcée? Ou bien l'harmonisation du droit a-t-elle échoué et les compétences en question doivent-elles être transférées au gouvernement fédéral?

C'est exactement ce qui s'est passé dans le domaine de l'harmonisation scolaire. Dix-sept cantons ont ratifié l'accord; d'autres l'ont refusé, certains d'entre eux lors de votations populaires. Quelle est la prochaine étape? Personne ne semble savoir⁷⁶. Mais il y a un niveau relativement élevé de frustration au sein des parlementaires cantonaux. Ils se plaignent de la référence de plus en plus fréquente au principe *TINA* par les gouverne-

73. Voir Bernhard WALDMANN, « Föderalismus unter Druck: Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz », dans *Festschrift für Peter Hänni zum 60 Geburtstag I* « Le fédéralisme sous pression: une esquisse des domaines problématiques et des défis pour le fédéralisme en Suisse », dans *Mélanges pour le 60^e anniversaire du professeur Peter Hänni*, Bern, 2010, p. 3.

74. T. PFISTERER, préc., note 64, p. 399-400.

75. Voir également L. MADER, préc., note 37, p. 57.

76. E.M. BELSER, préc., note 58.

ments. Nombreux sont ceux qui se sentent dépouillés de leurs rôles de législateurs et réduits à celui de ratifier des accords préalablement négociés conjointement par divers gouvernements.

Le déficit démocratique de l'élaboration du droit intercantonal se ressent encore plus fortement lorsque les conférences intercantionales sont chargées d'élaborer des normes juridiques pour mettre en œuvre les concordats. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la Constitution fédérale limite ces mandats législatifs : ils ne sont valides que lorsqu'ils sont explicitement prévus dans le concordat, lorsqu'ils se limitent à la mise en œuvre des règles convenues dans le concordat et lorsque le concordat a été approuvé par chaque canton conformément à la règle applicable à son droit cantonal. Pourtant, même si, d'un point de vue technique, les processus législatifs des organes intercantonaux sont conformes à la Constitution fédérale et aux règles cantonales en matière législative, on considère qu'ils affaiblissent encore la légitimité démocratique.

Ce débat très controversé nous amène à ce qu'on appelle la « chaîne de la légitimité démocratique ». Cette chaîne, qui lie l'action gouvernementale à la volonté populaire, est courte lorsque la population décide directement par référendum. Dans le contexte suisse, un tel processus jouit de la plus haute légitimité démocratique. Lorsque le peuple élit les membres d'un Parlement, qui prennent ensuite les décisions en son nom, la chaîne de légitimité démocratique est plus longue ; la représentation du peuple peut conduire à des distorsions de la volonté populaire. La chaîne de légitimité est encore plus longue – et le risque de distorsion de la volonté populaire encore plus grand – lorsque des membres de l'exécutif cantonal ou des directeurs et fonctionnaires cantonaux non élus négocient des traités avec d'autres exécutifs cantonaux et concluent des accords que les Parlements et le peuple ne peuvent modifier.

De nombreux acteurs considèrent que la chaîne reliant les populations cantonales à la loi qui leur est applicable est trop tendue lorsqu'un concordat confère aux organes intercantonaux des compétences législatives. Il n'est donc pas surprenant que les parlementaires cantonaux soient sceptiques à l'égard du droit supra-cantonal et qu'ils ne puissent pas facilement accepter que ces normes soient contraignantes. Récemment, les programmes scolaires élaborés par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique et les organes d'experts mandatés par elle se sont donc heurtés à une forte résistance des populations et des Parlements cantonaux. La question de savoir si les garanties prévues par la Constitution fédérale sont suffisantes fait l'objet d'une controverse. Les

expériences en matière d'harmonisation scolaire ont amplement illustré le fait que les acteurs intercantonaux et cantonaux ne s'accordent pas nécessairement sur l'application d'un concordat. Les compétences législatives des organes intercantonaux se limitent-elles à la réglementation des détails ou peuvent-elles harmoniser ou unifier d'autres domaines politiques liés au concordat et conformes à son objectif? Comme les conférences intercantionales tendent à développer une dynamique que les Parlements cantonaux et les populations cantonales ne peuvent pas facilement contrôler, la conciliation d'un processus législatif horizontal efficace avec l'autonomie cantonale et les droits démocratiques continue de poser des défis. L'avenir pourrait consister en un système d'harmonisation plus flexible permettant aux cantons de choisir entre l'harmonisation partielle et l'*opt-in* ou l'*opt-out* des normes supra-cantoniales. De telles formes d'harmonisation plus souples garantiraient également que les innovations en provenance de la base restent possibles et que la fonction de *laboratoire juridique* des cantons ne céderait pas la place à des considérations d'efficacité (à court terme).

CONCLUSIONS : L'UNION DU CYGNE, DU BROCHET ET DU CRABE

Compte tenu de la taille inégale (mais, somme toute, toujours limitée) des cantons, leur fusion constituerait une stratégie raisonnable pour adapter le fédéralisme suisse à la mobilité et à l'interconnectivité. Elle est évoquée de temps à autre, mais des identités cantonales fortes l'empêchent. La poursuite de la centralisation semble donc presque inévitable. Pour préserver l'importance des cantons, les nouvelles délégations de compétences au niveau central doivent être compensées par une participation accrue des cantons à l'ordre fédéral – ce qui est le cas. Lorsque tous les cantons ont des préoccupations similaires, ils sont généralement entendus. Mais ce fait même met les cantons sous une forte pression pour qu'ils se mettent d'accord entre eux, malgré d'importantes différences d'intérêts et de priorités.

Les relations gouvernementales horizontales rappellent donc aux observateurs un autre écrit d'Ivan Krylov, la fable du cygne, du brochet et du crabe⁷⁷. À première vue, une harmonisation et une coopération efficaces

77. Borowky KAY, *Russische Lyrik, von den Anfängen bis zur Gegenwart / La poésie russe, de ses débuts à nos jours*, Stuttgart, Reclam, 2006, p. 98-100.

entre les cantons distinguent ces derniers des trois compagnons de la fable. Toutefois, lorsqu'ils ne parviennent pas à s'entendre, la fable nous enseigne qu'ils ne parviennent à rien, malgré leurs efforts respectifs :

Un jour, un cygne, un brochet, un crabe,
 Étaient résolus à transporter un chargement ;
 Tous les trois étaient attelés à la charrette,
 Et tous ensemble tirèrent.
 Mais bien qu'ils aient tiré de toutes leurs forces,
 Le charriot chargé est resté coincé.
 Le cygne a tiré vers le ciel ;
 Le crabe a rampé à reculons ;
 Le brochet s'est dirigé droit vers l'eau –
 Tout ça n'a servi à rien du tout !

Si des cantons aussi différents que les cygnes, les brochets et les crabes doivent tirer ensemble une charrette chargée, la charrette est susceptible de rester immobile. Tant que tous traînent le charriot dans des directions différentes, tous leurs efforts sont perdus et « la charge demeure en place jusqu'à ce jour ». Lorsque les partenaires ne sont pas d'accord, « leurs relations ne mènent à rien et les ennuis sont le seul fruit de leur travail », conclut Krylov.

Cette histoire illustre parfaitement les difficultés des relations intergouvernementales horizontales. Il est évident qu'elles sont nécessaires pour déplacer le charriot, pour s'attaquer ensemble aux problèmes communs et pour résister ensemble à la pression de la centralisation. Mais qui devrait donner le ton et décider de l'orientation ? Faut-il forcer le cygne à marcher lentement sur terre avec les autres ? Le brochet doit-il vivre sur terre et le crabe doit-il aller de l'avant ?

À bien des égards, la coopération horizontale entre cantons semble tout aussi nuisible à la diversité que les actions centralisatrices. De plus, elle est, comme nous l'avons vu, moins démocratique. Tout comme le droit international, le droit intercantonal est principalement l'œuvre des pouvoirs exécutifs en présence. Il affaiblit le rôle des Parlements élus dans l'adoption de règles que les gouvernements sont censés appliquer. Le droit intercantonal, de plus en plus présent et important dans tous les domaines de compétence des cantons, a de graves répercussions sur la séparation des pouvoirs au sein de ceux-ci. Les populations cantonales et les parlementaires, quoiqu'ils soient bien équipés en instruments de démocratie

directe, semblent privés de la possibilité de déterminer les règles qui les encadrent. Les conventions intercantionales étant négociées sous la pression de la nécessité d'en venir à un accord, les grands cantons, égaux en droit, mais pas en fait, sont susceptibles d'influencer davantage les petits. À l'avenir, les Parlements cantonaux devront probablement trouver un nouveau rôle. Ils ne peuvent plus s'en tenir à celui de légiférer, ni dans leur domaine de compétence ni dans celui de la mise en œuvre. Ils devront s'adapter aux nouveaux rôles de planification, de mandat, de suivi et de supervision. Certains Parlements cantonaux ont innové à cet égard, en donnant à leurs ministres et directeurs des mandats de négociation, et demandé des mises à jour régulières ; d'autres ont établi de nouvelles normes obligeant le gouvernement à informer et à consulter le Parlement ou ont créé des commissions parlementaires spéciales participant aux premières étapes des négociations intercantionales⁷⁸.

Cela laisse toutefois ouverte la question de savoir qui détermine la direction du charriot et comment cette direction peut être modifiée. Le fait que le droit intercantonal l'emporte sur le droit cantonal fait en sorte qu'il est difficile pour tous les cygnes, brochets et crabes d'un canton agissant conjointement d'influer sur les déplacements du charriot. Ainsi, même une modification de la Constitution cantonale fondée sur un vote populaire ne l'emporterait pas sur un acte intercantonal (qu'il soit le fait de gouvernements ou d'institutions intercantionales). Et qui peut décider d'abandonner le chargement du charriot et d'investir la main-d'œuvre nécessaire pour le déplacer à une autre tâche plus importante ? Tout comme le droit international, le droit intercantonal, une fois adopté, déploie souvent une dynamique de haut en bas (*top down*, qu'il est difficile d'influencer depuis la base (*bottom up*)).

À long terme, il semble donc nécessaire d'améliorer la nature démocratique – et la flexibilité – du droit intercantonal. Pour ce faire, il faudra transformer la coopération intercantonale en coopération supra-cantonale : élection directe des organes supra-cantonaux, ressources supra-cantoniales et responsabilité supra-cantonale. En l'état actuel des choses, le système tend à brouiller la séparation des pouvoirs et à rendre plus difficile pour les citoyens de comprendre quelle entité a pris quelle décision, comment et pourquoi. Cette diffusion générale des pouvoirs et des responsabilités a un effet négatif sur la participation et le contrôle démocratiques et peut engendrer frustration et aliénation. Elle peut aussi inciter les politiciens à

78. Voir, pour un panorama de tous les mécanismes cantonaux : [En ligne], [www.kantonsparlamente.ch/stadlin_tables/14?lang=fr].

recourir à des stratégies de déflexion du fardeau et du blâme. Qui est réellement responsable lorsque le droit intercantonal ne tient pas ses promesses et ne correspond pas aux priorités cantonales ? Une coopération intercantonale opaque permet aux politiciens de trouver des boucs émissaires et de blâmer les acteurs intercantonaux ou d'autres cantons pour les échecs de gouvernance et l'incapacité à répondre à la volonté populaire. Une autre stratégie possible consisterait à assouplir l'harmonisation du droit intercantonal et à permettre aux cantons des possibilités d'*opt-in* ou d'*opt-out* des accords. Cela rendrait le système plus fédéral et plus démocratique – mais aussi plus complexe. Il est, à cet égard, frappant de constater que les difficultés et les défis du fédéralisme suisse sont très similaires à ceux de l'UE. Le fédéralisme « multiniveau » semble être la seule réponse à l'existence de compétences composites qui se chevauchent, mais les mécanismes permettant à ce fédéralisme de fonctionner de façon juste, transparente et démocratique ne sont pas encore en place.

Compte tenu de leur taille, les cantons suisses ne peuvent raisonnablement s'attendre à être « souverains » dans les limites de la Constitution fédérale, en dépit du texte de cette dernière. Ils doivent s'adapter à toutes sortes de contraintes juridiques et de pressions socioéconomiques. L'échec des fusions peut être considéré comme la preuve que les identités cantonales sont toujours importantes et ne peuvent être négligées par souci d'efficacité. Mais si les gens veulent s'identifier à leur canton et le considérer comme unique, leur tolérance aux inégalités semble en même temps diminuer. Le fédéralisme et la gouvernance multiniveaux doivent donc s'éloigner encore plus de l'idée de compartiments étanches et trouver de nouveaux moyens de protéger l'unité dans la diversité dans des situations de profondes interconnexions verticales et horizontales. Cependant, cette transformation des compartiments en réseaux denses et le flou qu'il entraîne eu égard aux compétences et aux responsabilités de tous ont un prix. Les réseaux interconnectés remettent en question la séparation soigneusement conçue des pouvoirs horizontaux et verticaux, établie pour garantir l'autonomie, protéger la diversité et prévenir la concentration et les abus de pouvoir. Les réseaux tendent à manquer de transparence et à rendre plus difficile la responsabilisation des acteurs étatiques individuels en cas d'actions ou d'omissions fautives. Des relations intergouvernementales denses peuvent donc réduire la responsabilité et la reddition de comptes de l'État. En outre, la diffusion de la responsabilité politique ouvre de nouvelles portes aux abus de pouvoir. Le fait que les décisions soient préparées et parfois prises dans un cadre informel et au moyen de processus opaques crée de nouvelles possibilités de lobbying non

réglémentées et permet à de puissants groupes d'intérêts économiques et politiques d'influer sur les décisions d'une manière difficilement traçable. La mise en place de réseaux au sein des États remet donc profondément en question les mécanismes traditionnels des contre-pouvoirs et génère une nécessité de trouver de nouveaux moyens de renforcer les responsabilités juridiques et politiques⁷⁹.

Le fait que le rôle des frontières internationales et intérieures diminue rapidement affecte le pouvoir de l'État et la manière dont ce pouvoir est partagé. Aujourd'hui, presque toutes les compétences s'étendent à toutes sortes de juridictions, y compris les juridictions supranationales et internationales. Les objectifs généraux, les stratégies et les cibles, ainsi que les normes relatives aux droits de l'homme et à la protection de l'environnement sont de plus en plus négociés au niveau international et produisent des effets contraignants pour tous les ordres de gouvernement dans un État fédéral. Dans ce cadre, les autorités fédérales – en collaboration avec les entités constituantes – utilisent l'espace disponible pour appliquer ces objectifs, cibles et normes au contexte du pays, à ses besoins et à ses priorités. Ce faisant, la séparation constitutionnelle des pouvoirs et le principe de subsidiarité doivent être respectés et une harmonisation excessive doit être rejetée. Ce respect de la diversité permet aux entités infranationales d'appliquer de manière autonome le droit international et national, de les adapter aux contextes régionaux et d'y ajouter leurs propres priorités. Enfin, le niveau local a son mot à dire et complète également le système par un autre niveau d'autonomie gouvernementale. Le fédéralisme se transforme ainsi en un système à plusieurs niveaux dans lequel tous les niveaux dépendent les uns des autres, mais suivent leur propre dynamique⁸⁰.

Dans un tel système, cependant, le principe de la gouvernance partagée devrait également s'appliquer à tous les niveaux et garantir des boucles de rétroaction transparentes dans les deux sens. Étant donné qu'en Suisse – contrairement au Canada ou à la Belgique, par exemple – l'ordre local et régional est subordonné aux ordres juridiques nationaux et internationaux, leur participation à l'élaboration des règles à force

79. Alain-G. GAGNON, « Multilevel Governance and the Reconfiguration of Political Space: Theoretical Considerations from a Multinational Perspective », dans Francesco PALERMO et Elisabeth ALBER (dir.), *Federalism as Decision-Making: Changes in structures, procedures and policies*, Boston et Leiden, Brill/Nijhoff, 2015, p. 7-19.

80. Thomas COTTIER, « Towards a Five Storey House », dans Joerges CHRISTIAN et Ernst-Ulrich PETERSMANN (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 495.

obligatoire n'est pas suffisamment bien garantie. Les systèmes de gouvernance multinationaux de l'avenir devraient donc évoluer de manière à mieux garantir que les acteurs régionaux et locaux influent sur les processus décisionnels à tous les niveaux, afin de protéger leur identité et de faire en sorte que les besoins, les priorités et les expériences régionales et locales alimentent les nouveaux projets législatifs. Les processus de haut en bas, axés uniquement sur l'harmonisation, menacent l'innovation par la base et remettent en question les idées mêmes que défend le fédéralisme. Il va sans dire qu'une telle évolution, qui rendrait les ordres centralisés de gouvernement plus sensibles aux citoyens et aux communautés, révolutionnerait les relations intergouvernementales.

En résumé, il semble évident que les relations intergouvernementales dans les États fédéraux doivent encore faire l'objet d'une réflexion plus approfondie. Leur mode de fonctionnement affecte profondément l'autonomie des acteurs régionaux et locaux et leur capacité à agir en tant qu'organes d'autogestion. De même, les relations intergouvernementales sont décisives pour la participation, la consultation et l'information, ainsi que pour la possibilité qu'ont les ordres décentralisés de gouvernement d'influer sur l'élaboration de règles de la gouvernance partagée. Si les acteurs régionaux et locaux n'ont pas leur mot à dire sur l'harmonisation et l'unification juridiques aux niveaux national et international, la diversité est perdue au profit de l'unité, et l'innovation dans la gouvernance et l'élaboration des politiques s'en trouvent sévèrement affectées.

Alors qu'en Suisse l'affaiblissement de la participation démocratique est la principale critique formulée à l'endroit de la forte augmentation des relations intergouvernementales, au Canada, le manque de transparence doit être considéré comme tout aussi préoccupant. Permettre la mise en place d'instruments de gouvernance efficaces qui ne sont pas entièrement ouverts à l'examen du public peut sembler tentant pour les acteurs gouvernementaux, car ils offrent une certaine souplesse pour résoudre des questions d'intérêt commun. Cependant, cette « flexibilité » empêche les citoyens d'évaluer pleinement la responsabilité des différents acteurs concernés et d'exprimer leur appréciation ou leur critique des décisions politiques en période électorale. Des relations intergouvernementales opaques affectent donc non seulement le fédéralisme, mais aussi l'État de droit et la démocratie. Il semble donc crucial, en Suisse comme au Canada, que l'éléphant dans la pièce soit mis en lumière. Il faut l'empêcher d'éclipser, par imprudence, les droits constitutionnels et les règles du jeu établies par le dompteur le plus puissant. Les relations intergouvernementales sont légitimes dans la mesure où elles renforcent

les principes constitutionnels tels que la transparence, la responsabilité et la subsidiarité, et peuvent être considérées, à juste titre, comme nuisibles lorsqu'elles font le contraire.

Traduction : Dave Guénette

CHAPITRE 10

Fédéralisme coopératif et souveraineté parlementaire : 150 ans de cohabitation

NOURA KARAZIVAN¹

INTRODUCTION

Les relations intergouvernementales (RIG) au Canada sont florissantes. Bien qu'elles ne furent pas conçues dans la Constitution canadienne, elles en « émergèrent de façon organique² ». Elles sont souvent le résultat d'accords intergouvernementaux (AIG), nombreux au Canada³. Dans les dernières années, d'autres ententes asymétriques entre partenaires fédéraux et provinciaux se sont multipliées. Des accords entre les gouvernements locaux et les communautés autochtones ont aussi vu le jour de façon croissante⁴.

-
1. Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Montréal. J'aimerais remercier Johanne Poirier, Alain-G. Gagnon, Alexander Pless, Jean Leclair et Han-Ru Zhou pour leurs commentaires sur une première version de ce chapitre, de même que les co-organiseurs du Symposium *New Frontiers in Canadian Constitutional Law*, tenu à McGill et à Laval en mars 2017. Je remercie aussi les participants à ce symposium. Finalement, merci aussi à Bradley Wiseman et Marc-Antoine Gignac, mes assistants de recherche, pour leur diligence exceptionnelle. Toute erreur qui se serait glissée dans ce texte m'est imputable.
 2. Thomas O. HUEGLIN et Alan FENNA, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2015, p. 37 (notre traduction).
 3. Gregory J. INWOOD, *Understanding Canadian federalism: An Introduction to Theory and Practice*, Toronto, Pearson, 2013, p. 113. Selon Inwood, en 2013, il existait plus de 1500 accords intergouvernementaux, dont 85 % étaient bilatéraux.
 4. Christopher ALCANTARA et Jen NELLES, *A Quiet Evolution: The Emergence of Indigenous-Local Intergovernmental Partnerships in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2016. De 2010 à 2014, les auteurs ont contacté 2262 municipalités au Canada; selon un taux de réponse de 80 %, ils ont recensé 332 accords formels entre les municipalités

Selon Simeon et Nugent, les AIG sont le quatrième pilier de l'architecture institutionnelle canadienne, aux côtés du gouvernement parlementaire de type Westminster, du fédéralisme et de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵.

Une étude approfondie sur la cause de leur multiplication est au-delà de la portée du présent chapitre. Quelques auteurs avancent que les AIG sont le produit d'un déficit fédératif inhérent aux institutions parlementaires canadiennes. Selon Jean Leclair, par exemple, « [l]e fédéralisme ayant, à toutes fins utiles, déserté le Sénat, la Chambre des communes et le cabinet, il a fait son nid dans les relations intergouvernementales⁶ ». Dans cette optique, les AIG pourraient être considérées comme un contrepoids au gouvernement parlementaire de type Westminster.

Dans ce chapitre, je vais me concentrer non pas sur les causes, mais plutôt sur les conséquences des AIG sur le fédéralisme canadien, dans sa conception autant dualiste que coopérative. Alors que les relations entre partenaires fédéraux se traduisent en AIG, ces instruments, à leur tour, deviennent un élément essentiel à la pratique du fédéralisme coopératif, que l'on oppose souvent au fédéralisme dualiste classique.

Le fédéralisme dualiste canadien s'ancre dans le respect de l'exclusivité des compétences⁷, et se fonde sur la croyance selon laquelle certains objectifs législatifs ne peuvent être atteints que par le Parlement, alors que d'autres ne peuvent être atteints que par les législatures provinciales. Le

et les différentes communautés autochtones, dont 118 en Colombie-Britannique seulement (p. 16 et 17).

5. Richard SIMEON et Amy NUGENT, « Parliamentary Canada and Intergovernmental Canada: Exploring the Tensions », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, 3^e éd., Don Mills, Oxford University Press, 2012, p. 59.
6. Jean LECLAIR, « Tolstoï et les juges Beetz et Laskin », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversités: mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 135. À propos de « l'échec institutionnel », voir David E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, aux p. 36 (sur le Sénat et la Chambre des communes) et 108 (sur le « déclin des partis politiques en tant qu'instrument du fédéralisme » et la « montée des conférences fédéral-provincial »).
7. Voir, par exemple, *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749: « Si ce pouvoir est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents, mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément [...]. La règle de l'exclusivité est absolue [...] » (opinion du Juge Beetz, par. 251). Voir aussi *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 R.C.S. 467, par. 47.

fédéralisme coopératif, de son côté, est perçu comme une avenue plus flexible, moins hermétique, dans la division entre les juridictions provinciales et fédérale. La réalité de la coopération (bien illustrée dans le chapitre de Gauvin et Papillon dans le présent ouvrage) a poussé des auteurs à affirmer que la fédération canadienne est peut-être dualiste en théorie, mais bien plus coopérative et collaborative en pratique.

Toutefois, d'un point de vue juridique, l'attachement au dualisme perdue, tout comme celui envers la souveraineté parlementaire, qui a cohabité avec le fédéralisme dualiste canadien d'une manière plutôt harmonieuse depuis 150 ans. Le principe de souveraineté parlementaire permet aux Parlements d'exercer leur juridiction comme bon leur semble. Il permet aux législatures d'adopter toute mesure *intra vires*, y compris une loi qui porterait préjudice aux régimes coopératifs négociés et acceptés par des acteurs intergouvernementaux.

La question que ce chapitre cherche à approfondir est de savoir s'il est possible de réconcilier, d'une part, l'attachement persistant envers le dualisme et la souveraineté parlementaire et, d'autre part, la pratique grandissante de la coopération.

En effet, si la cohabitation entre souveraineté parlementaire et fédéralisme dualiste a été pacifique, qu'en est-il alors du « nouveau » paradigme du fédéralisme coopératif? Est-il incompatible avec la souveraineté parlementaire? Qu'arrive-t-il lorsque les accords en vigueur entre les acteurs intergouvernementaux comme les provinces, le gouvernement fédéral, les gouvernements des communautés autochtones ou les municipalités tournent au vinaigre? Ces accords devraient-ils être contraignants? Les tribunaux devraient-ils imposer aux parties contractantes une obligation d'agir de bonne foi? Les tribunaux devraient-ils imposer la mise en œuvre de ces obligations, et ainsi limiter la souveraineté parlementaire afin de protéger les attentes légitimes des partenaires fédéraux, ou bien cette vulnérabilité dans la coopération intergouvernementale est-elle inhérente à notre système fédéral parlementaire?

En particulier, je me penche sur les rôles respectifs du Parlement, du gouvernement et des tribunaux dans la résolution des tensions entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif.

Toute amorce de réponse à ces questions commence avec les principes de souveraineté parlementaire et de fédéralisme, tous deux entrés en droit canadien par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (L.C. 1867), qui exprime à la fois le souhait que la Constitution canadienne repose sur

les « mêmes principes » que la Constitution britannique, et que les provinces forment une « Union fédérale ».

Avant d'aller plus loin, nous devons faire le point sur une précision terminologique. L'expression « fédéralisme coopératif » est polysémique. Le concept est difficile à définir : il a déjà été décrit, alternativement, comme un principe qui « permet l'interaction ainsi que le chevauchement entre les lois fédérales et provinciales⁸ », un principe directeur⁹, un principe (constitutionnel) sous-jacent¹⁰, un concept faisant « office de simple présomption en matière d'interprétation¹¹ », une pratique exécutive¹² et une modalité du principe fédéral¹³. Par le passé, j'ai trouvé utile de distinguer les deux sens du terme « fédéralisme coopératif¹⁴ ». Le premier est un principe interprétatif développé par les tribunaux lorsque vient le temps de trancher sur la question du partage des compétences, ce qui influence la manière dont les différentes doctrines en la matière, comme l'immunité intergouvernementale ou la prépondérance fédérale, sont appliquées par les juges. Le principe de fédéralisme coopératif opère en particulier en rendant plus onéreux le fait de déclarer invalide une disposition provinciale ou fédérale, immuniser la législation fédérale de tout empiètement d'une loi provinciale et déclarer inopérante une loi provinciale en vertu de la prépondérance fédérale¹⁵. L'utilisation du terme « fédéralisme coopératif », dans ce scénario, est détachée de la coopération *dans les faits* entre partenaires au sein de la

-
8. *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, par. 66 (opinion majoritaire).
 9. *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, par. 21 (opinion majoritaire).
 10. *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 119 (opinion dissidente de la juge Deschamps).
 11. *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, préc., note 7, par. 185 (opinion dissidente de la juge Côté et du juge Moldaver).
 12. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, par. 17 (opinion majoritaire).
 13. Warren J. NEWMAN, « The Promise and Limits of Cooperative federalism as a Constitutional Principle », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 76, 2016, p. 67.
 14. Noura KARAZIVAN, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières », *Revue générale de droit*, vol. 46, n° 2, 2016, p. 419, aux pages 440-447.
 15. Je donne des exemples des effets du fédéralisme coopératif sur chacune de ces doctrines dans Noura KARAZIVAN, « Cooperative Federalism in Canada and Quebec's Changing Attitudes », dans Richard ALBERT, Paul DALY et Vanessa MACDONNELL (dir.), *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, p. 136.

fédération. Néanmoins, il se pourrait bien que s'ensuive, ultimement, une incitation à la coopération¹⁶.

Le second sens du fédéralisme coopératif est la description d'une pratique factuelle de coopération intergouvernementale, aussi appelé fédéralisme coopératif *exécutif*. Cela fait référence au fait que les gouvernements coopèrent entre eux afin d'atteindre des résultats favorables en matière de régulation par des structures de délégation, la signature d'accords intergouvernementaux (AIG) et, parfois, la création d'agences administratives capables d'agir conjointement sur la législation provinciale et fédérale¹⁷. Dans cet article, je me concentre surtout sur ce type de fédéralisme coopératif exécutif, notamment en me penchant sur le rôle que les tribunaux, les Parlements et les gouvernements jouent – ou devraient jouer – en résolvant les conflits apparents entre coopération gouvernementale et souveraineté parlementaire.

La coopération intergouvernementale que sous-tend le fédéralisme coopératif permet de sortir de l'impasse constitutionnelle causée par le fait qu'il est impossible pour une seule entité législative de régler de manière efficace certaines activités qui relèvent des deux ordres législatifs¹⁸. Or, de telles ententes sont temporaires, non contraignantes, vulnérables au changement et peuvent poser des problèmes quant à la responsabilité de chaque entité.

Ces problèmes de responsabilité ont déjà été abordés par de nombreux auteurs; il n'en sera donc pas question dans ce chapitre¹⁹. Contentons-

16. N. KARAZIVAN, préc., note 13, à la page 444. Par exemple, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, jugement phare sur le fédéralisme coopératif, la Cour a décidé, au nom du fédéralisme coopératif, que la législation provinciale en matière d'assurance peut s'appliquer aux banques, même si celles-ci sont de compétence fédérale. Pourtant, il n'y a pas eu de coopération entre les gouvernements fédéral et provinciaux en l'espèce. Il est possible de concevoir cette décision comme une invitation pour tous les ordres de gouvernement et les législatures de coopérer à l'avenir afin d'harmoniser le cadre légal applicable aux assurances proposées par les banques; voir, à propos de cette hypothèse, Wade K. WRIGHT, « The Political Safeguards of Canadian Federalism: The Intergovernmental Safeguards », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 36, 2014, p. 31.

17. N. KARAZIVAN, préc., note 13, aux pages 447-451.

18. François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 234 et 235.

19. Voir Gordon DiGIACOMO, « The Democratic Content of Intergovernmental Agreements in Canada », *Public Policy Paper 38*, The Saskatchewan Institute of Public Policy, décembre 2005; Julie M. SIMMONS, « Democratizing Executive Federalism: The Role of Non-Governmental Actors in Intergovernmental Agreements », dans

nous de dire que le déficit démocratique potentiel est causé par le fait que ces accords sont souvent négociés sans la participation du Parlement et avec une contribution minimale de la population, concrétisant ainsi la domination du pouvoir exécutif lors de la conclusion d'AIG, et par le fait que la responsabilité du Parlement est plutôt difficile à circonscrire lors du transfert d'argent du gouvernement fédéral aux provinces, notamment lorsque ces transferts sont destinés à des champs de compétence provinciaux²⁰.

Ce chapitre se concentre plutôt sur la vulnérabilité des AIG et la possibilité qu'ils puissent prendre fin abruptement lorsque les différents acteurs légifèrent. Dans les dernières années, certains accords établis *a priori* à long terme furent annulés unilatéralement, plaçant par le fait même le partenaire de cette coopération dans une situation précaire, lui qui dépendait de celle-ci et des bénéfices qu'il aurait pu en tirer. Un exemple probant illustrant ce genre de situation est le cas du registre des armes d'épaule, aboli en 2012 par le gouvernement fédéral. En l'espèce, le Parlement avait adopté une loi qui abolissait non seulement le registre des armes d'épaule, mais aussi les données qu'il contenait. Le gouvernement du Québec avait alors demandé un transfert des données reliées au Québec, mais il s'était heurté à un refus du gouvernement fédéral, engageant ainsi un bras de fer judiciaire qui fut tranché par une décision à 5 contre 4 de la Cour suprême du Canada²¹.

Un autre exemple de modification unilatérale (que l'on examinera plus loin) fut la décision du gouvernement fédéral de limiter l'augmentation des paiements faits aux provinces les plus riches, dont la Colombie-Britannique, à la suite d'une modification du Régime d'assurance publique du Canada en 1991. La Colombie-Britannique avait contesté cette décision en invoquant que l'accord obligeait le gouvernement fédéral à payer les contributions comme il était indiqué lorsque l'accord fut signé. Cela mena au *Renvoi relatif au Régime d'assurance publique du Canada*²². Dans chacun de ces deux cas, la Cour s'est basée sur la souveraineté parlementaire afin de justifier les changements législatifs qui, finalement, altéraient – sinon

H. BAKVIS et G. SKOGSTAD (dir.), préc., note 4, p. 321-326; Jennifer SMITH, *Federalism*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2004, aux pages 104-106.

20. Cela est dû au fait qu'en démocratie parlementaire le gouvernement est responsable devant le Parlement et ce dernier contrôle les dépenses. Lorsque le fédéral transfère de l'argent aux provinces selon certaines conditions, ce contrôle devient plus ténu; voir R. SIMEON et A. NUGENT, préc., note 4, p. 70.

21. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11.

22. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.

résiliaient – unilatéralement les accords. Un troisième exemple, bien qu'il ne faisant pas appel à la souveraineté parlementaire en soi, est l'Entente-cadre sur l'union sociale (ECUS)²³, négociée de long en large par les provinces (à l'exception du Québec) et ignorée par le gouvernement fédéral peu après sa signature²⁴.

Le fait que le Parlement puisse balayer la coopération du revers de la main a mené certains auteurs à s'inquiéter de la vulnérabilité des ententes intergouvernementales et des régimes coopératifs qu'ils estiment assujettis à des changements intempestifs de l'une ou l'autre partie (souvent, il faut le dire, fédérale). Ils posent la question suivante: comment assurer une certaine stabilité aux ententes intergouvernementales doublées de régimes législatifs intégrés et administrées par des organismes exerçant des pouvoirs délégués si, d'un coup de baguette magique, *en évoquant leur souveraineté parlementaire*, les parties peuvent tout faire avorter²⁵?

Ces auteurs ont proposé comme solution à cette instabilité que les tribunaux reconnaissent certaines obligations normatives issues du principe de fédéralisme coopératif. Ils proposent entre autres la reconnaissance judiciaire d'un devoir de loyauté ou d'une obligation de bonne foi, ou encore une obligation de consultation qui encadrerait la fin de la coopé-

23. L'entente se trouve sur le site Internet du *SECRETARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES*, [En ligne], [scics.ca/fr/product-produit/entente-un-cadre-visant-a-ameliorer-lunion-sociale-pour-les-canadiens].

24. R. SIMEON et A. NUGENT, préc., note 4, p. 69. Voir, par exemple, l'initiative sur l'itinérance lancée en décembre 1999, sans respecter les dispositions de l'ECUS et sans préalablement donner un avis formel: Johanne POIRIER, «Federalism, Social Policy and Competing Visions», *National Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2002, p. 355, à la page 416. Sarah Fortin, qui a étudié l'évolution de l'union sociale de 1990 à 2006, a aussi noté un abandon progressif de l'ECUS à la suite d'action prises unilatéralement par le gouvernement fédéral en matière d'itinérance, d'éducation et de santé. Elle conclut que la plupart des commentateurs s'accordent pour dire que l'ECUS a eu un effet marginal sur les relations intergouvernementales. Plusieurs commentateurs ont trouvé que l'ECUS était une «occasion manquée», une «coquille vide», un «accord mort-né», etc.: Sarah FORTIN, «De l'union sociale canadienne à l'union sociale fédérale», dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain: fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 339.

25. Voir, par exemple, Paul DALY: «À quoi sert le principe de fédéralisme coopératif si, par exemple, une commission pan-canadienne des valeurs mobilières mise sur pied après de longues négociations de l'Atlantique au Pacifique opère sous l'épée de Damoclès, toujours menacée d'abolition suite à une décision prise unilatéralement par Ottawa?»: Paul DALY, «L'abolition du registre des armes d'épaule: le rôle potentiel des principes non écrits», *Forum Constitutionnel*, vol. 23, 2014, p. 41, à la page 45.

ration et qui serait développée par les tribunaux²⁶. Après avoir exploré ces solutions, il sera question de savoir s'il est du ressort des tribunaux de rendre ces AIG plus contraignants en limitant la liberté du Parlement d'adopter toute loi comme bon lui semble, ou en imposant aux gouvernements un devoir d'agir de bonne foi. Mon postulat est que les défis posés par la faiblesse normative du fédéralisme coopératif devraient d'abord être abordés par les parties concernées, soit les gouvernements et Parlements, et non par les tribunaux. Ainsi, les deux solutions que je propose dans ce texte ne nécessitent pas *a priori* une reconnaissance par les tribunaux d'un devoir normatif émanant du principe du fédéralisme coopératif²⁷. Il n'en demeure par moins qu'elles n'excluent pas, ultimement, une intervention des tribunaux.

PARTIE I : LES PRINCIPES

On doit tenir compte de deux principes constitutionnels lorsqu'on traite de la vulnérabilité de la coopération intergouvernementale : la souveraineté parlementaire et le fédéralisme.

A. La souveraineté parlementaire britannique et canadienne

La souveraineté parlementaire est inhérente au droit constitutionnel britannique et l'on associe son déploiement entre autres à la Glorieuse Révolution de 1688, lorsque le Parlement anglais fit adopter le *Petition*

26. Johanne POIRIER, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 45, 2015, p. 47, à la page 119 (proposant une obligation de bonne foi) ; Hugo CYR, « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity : Foundations of Cooperative Federalism », *Forum constitutionnel*, vol. 23, 2014, p. 20 ; P. DALY, préc., note 24 (proposant une obligation de bonne foi) ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification : Considering the Principle of Federal Loyalty », *Forum constitutionnel*, vol. 23, 2014, p. 1 (proposant une obligation de loyauté) ; Kate GLOVER, « Structural Cooperative Federalism », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 76, 2016, p. 45, à la page 63 (proposant un devoir minimal d'agir, que ce soit sous la forme d'un devoir de consultation ou d'un devoir de loyauté ou de bonne foi).

27. Dans une publication à venir, j'explore une troisième solution, soit la possibilité d'enchâsser certains AIG à même la constitution, basée sur le modèle négocié dans les Accords du lac Meech et de Charlottetown. Voir Noura KARAZIVAN, « Entrenching Intergovernmental Agreements? », dans Richard ALBERT, Wade WRIGHT, Michael PAL et Kate GLOVER (dir.), *Rewriting the Canadian Constitution*, à paraître.

of Rights 1689²⁸, imposant sa supériorité sur le pouvoir monarchique et créant, ainsi, un « nouvel ordre constitutionnel²⁹ ».

La souveraineté parlementaire (« What the Queen in Parliament enacts is law ») et les éléments essentiels de ce principe (la liberté du Parlement et ses privilèges) ont été reconnus en droit canadien comme émanant du préambule de la L.C. 1867³⁰. Évidemment, l'idée selon laquelle aucune autorité n'a le pouvoir de déclarer nulle une loi votée par le Parlement est étrangère au droit constitutionnel canadien : depuis l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en 1867, les tribunaux ont maintes fois exercé leur pouvoir de contrôle judiciaire en vertu du partage des compétences³¹ ; depuis 1982, c'est en s'appuyant sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* que les tribunaux ont exercé leur pouvoir de contrôle judiciaire³². Le juge Dickson réfère d'ailleurs à la souveraineté parlementaire comme occupant un espace « résiduel³³ », à l'intérieur des exigences constitutionnelles. Ainsi, la liberté du Parlement signifie qu'il peut même, à la limite, l'exercer de manière draconienne, du moment que la législation est *intra vires*³⁴. Le Parlement et les législatures bénéficient

28. *Petition of Rights 1689*, 1 Will. & Mar., sess. 2, c. 2, particulièrement les articles 1 (« Que le prétendu pouvoir du roi de suspendre les lois ou l'application des lois sans l'accord du Parlement est illégal ») ; et 9 « Que ni la liberté de parole, ni celle des débats ou procédures au sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune cour ou quelque lieu autre que le Parlement lui-même », traduction d'André ÉMOND, *Constitution du Royaume-Uni des origines à nos jours*, Montréal, Wilson Lafleur, 2009, p. 518 et 519.

29. *Ibid.*, p. 59.

30. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319. Dans cette décision, l'opinion de la juge MchLachlin fait référence au « maintien du gouvernement parlementaire » garanti par la constitution. Voir aussi, à propos de l'incorporation de la souveraineté parlementaire par le préambule, *Reference re meaning of the word "Persons" in s 24 of British North America Act*, [1928] S.C.R. 276, 291 (par le juge Duff).

31. Le contrôle judiciaire en 1867 se fondait sur la *Loi sur la validité des lois coloniales, 1865*, dont l'article 2 précisait que toute loi coloniale incompatible avec une loi impériale s'appliquant aux colonies était « nulle et inopérante ».

32. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 12, 13 et 55. L'article 52 (1) de la L.C. 1982 prévoit que toute loi incompatible à une disposition de la Constitution du Canada est inopérante.

33. *Canada (vérificateur général) c. Canada (ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49. Voir aussi, à propos de la souveraineté parlementaire en contexte canadien, le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, par. 58.

34. *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, par. 57.

aussi de privilèges (même si cela restreint les libertés fondamentales)³⁵ ; ils peuvent adopter des clauses privatives limitant le pouvoir de contrôle judiciaire³⁶ ou encore exercer leur pouvoir de dérogation prévu par l'article 33 de la charte.

Une particularité de la souveraineté parlementaire canadienne est qu'elle est divisée sur le plan politique. Dès 1892, dans l'arrêt *Les liquidateurs de la Banque maritime du Canada c. Le Receveur général du Nouveau-Brunswick*, le Conseil privé détermine que le lieutenant-gouverneur des provinces est tout autant le représentant de la reine que l'est le gouverneur général. Les législatures provinciales sont souveraines et détiennent les mêmes pouvoirs qu'exerçait le Parlement impérial avant de les transférer au Dominion et aux provinces en 1867³⁷. Autrement dit, le lieutenant-gouverneur représente directement la reine, au même titre que le gouverneur général. Il ne lui est pas subordonné. Bref, la souveraineté exécutive et législative n'est pas entièrement à la portée d'une seule entité au Canada.

La souveraineté parlementaire se limite en deux points. Premièrement, le Parlement ne peut se lier pour le futur, sauf sur une question relative au mode et à la forme³⁸. Je reviendrai sur cette doctrine dans la dernière partie de ce texte, mais, pour l'instant, il suffit de dire que le Parlement peut se lier pour l'avenir sur des enjeux relatifs à la procédure, mais pas sur des questions substantives.

Deuxièmement, le Parlement ne peut abdiquer ses pouvoirs. Le Parlement et les législatures sont souverains, mais aucun ne jouit de la capacité illimitée d'une personne³⁹ ; ils ne peuvent donc pas renoncer à

35. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (président de l'Assemblée législative)*, préc., note 29. Cela comprend aussi le pouvoir d'établir les privilèges de l'exécutif : *Singh v. The Minister of Citizenship and Immigration*, 2005 FCA 417, [2006] 3 FCR 70. Voir aussi, à propos des privilèges parlementaires des législatures, dans un contexte de violation potentielle de la liberté de religion : *Singh v. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCA 257.

36. À propos des clauses privatives, voir David DYZEHAUS, « Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law », dans Richard W. BAUMAN et Tsvi KAHANA (dir.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 499.

37. [1892] A.C. 437, 441-443.

38. Han-Ru ZHOU, « Revisiting the “Manner and Form” Theory », *Law Quarterly Review*, vol. 129, 2013, p. 610, à la page 612.

39. *A.G. of Nova Scotia v. A.G. of Canada*, [1951] R.C.S. 31, par. 34 (par le juge en chef Rinfret).

leurs responsabilités législatives⁴⁰. Ils peuvent néanmoins déléguer à des entités subordonnées des pouvoirs administratifs ou réglementaires, du moment que « la législature souveraine conserve toujours ultimement le pouvoir absolu de révoquer tout pouvoir ainsi délégué⁴¹ ». Ces pouvoirs délégués peuvent être très vastes : dans le *Renvoi sur le règlement concernant les produits chimiques*, le juge Rinfret, écrivant pour la majorité, a validé une délégation de pouvoirs « de caractère législatif » au gouverneur en conseil, lequel devenait « investi de pouvoirs législatifs pléniers aussi larges et de la même nature que ceux du Parlement lui-même (citations omises)⁴² ».

Selon Chevrette et Marx, une délégation « dans un mode indéfini et avec un but illimité » constituerait une renonciation aux responsabilités législatives⁴³. Cela dit, au Canada, rares sont les cas où l'on a considéré qu'une délégation de pouvoir était une renonciation⁴⁴.

B. Le fédéralisme canadien dualiste et coopératif

Le fédéralisme canadien est officiellement dualiste. La définition de ce concept est la coexistence de deux ordres de gouvernement coordonnés, mais non subordonnés l'un à l'autre, chacun possédant ses pouvoirs exclusifs. En 1930, lord Sankey, du Comité judiciaire du Conseil privé, faisait remarquer que le Dominion du Canada, dans une large mesure, mais selon certaines limites, pouvait être considéré comme maître en sa demeure, tout comme les provinces l'étaient aussi, dans une large mesure, mais selon d'autres limites⁴⁵.

La Cour suprême du Canada a déclaré que le fédéralisme est la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de

40. *Ibid.*, par. 44 (par le juge Taschereau).

41. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 74 (citations omises).

42. *Renvoi sur le Règlement concernant les produits chimiques*, [1943] R.C.S. 1, par. 18. Le juge Rinfret ajoute : « Le Parlement conserve intact son pouvoir et il peut, quand cela lui plaît, prendre l'affaire directement en main. C'est au Parlement, et non pas aux cours de justice, de décider jusqu'à quel point le Parlement cherchera l'aide d'organes subordonnés et pendant combien de temps il les maintiendra en existence » (par. 18).

43. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 17, p. 102.

44. Il en fut notamment question dans *Reference re: Initiative and Referendum Act (Man.)*, [1919] A.C. 935 et dans *Toronto (City) et al. v. Outdoor Neon Displays Ltd.*, 16 D.L.R. (2d) 624.

45. *Edwards c. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), par. 45.

la Confédération⁴⁶. Il est aussi une réponse juridique à la réalité factuelle et historique qui a suivi la conquête britannique : il n'est pas un construit, mais le produit d'un facteur sociohistorique conditionné par la coexistence de 65 000 colons français, qui ne parlaient pas anglais, et d'une minorité de colons anglais⁴⁷. Le Canada a d'ailleurs été fédéral avant d'être souverain⁴⁸, le Parlement opérant sous le principe du fédéralisme dès 1791, bien avant d'atteindre une quelconque souveraineté législative.

Ce principe présuppose entre autres, selon la définition classique de K.C. Wheare, un partage des compétences entre deux ordres de gouvernement *coordonnés, mais non subordonnés*⁴⁹, un lien direct entre chaque niveau de gouvernement et la population⁵⁰, un tribunal indépendant chargé d'arbitrer les disputes⁵¹ et une constitution écrite, ou à tout le moins rigide, décourageant les tentatives unilatérales de modification du pacte initial⁵².

Alors que Wheare qualifie le Canada de « quasi fédéral en droit », il le trouve « fédéral en pratique⁵³ ». La structure fédérale du Canada n'a jamais été niée par les tribunaux, bien que leur définition du concept ait varié selon les époques⁵⁴. Dans le *Renvoi relatif à la validité de la Loi sur les valeurs mobilières*⁵⁵, la Cour retrace d'ailleurs l'évolution du fédéralisme en général, et du fédéralisme coopératif en particulier, en trois étapes jurisprudentielles que je me permets de reprendre ici⁵⁶.

46. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 43.

47. Alain-G. GAGNON et Raffaele IACOVINO, *De la nation à la multination : les rapports Québec-Canada*, Montréal, Boréal, 2008, p. 77.

48. William S. LIVINGSTON, « A Note on the Nature of Federalism », *Political Science Quarterly*, vol. 67, 1952, p. 81. Le fédéralisme, selon Livingston, « is a solution of, or an attempt to solve, a certain kind of problem of political organization » (p. 84). Les institutions fédérales sont « only the surface manifestation of the deeper federal qualities of the society that lies beneath the surface ».

49. K.C. WHEARE, *Federal Government*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 10 et 12.

50. *Ibid.*, p. 13.

51. *Ibid.*, p. 58-60.

52. *Ibid.*, p. 55.

53. *Ibid.*, p. 20 (notre traduction).

54. Pour certains exemples de cette variation, voir Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Cahiers de droit*, vol. 45, 2004, p. 63-67.

55. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 RCS 837.

56. J'ai analysé cette trame narrative dans des publications antérieures ; voir N. KARAZIVAN, préc., note 13, aux pages 436 et suiv. ; N. KARAZIVAN, préc., note 14.

Premièrement, le Conseil privé (autrefois l'ultime organe d'appel au Canada) aurait mis de l'avant, jusqu'en 1949, une conceptualisation du partage des compétences en tant que « compartiments étanches⁵⁷ », favorisant une vision dualiste de ce partage et privilégiant l'exclusivité des compétences⁵⁸.

Deuxièmement, après l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour suprême, devenue tribunal de dernière instance, aurait privilégié une vision « plus souple⁵⁹ » du partage, en permettant certains chevauchements. La Cour donne quelques exemples, comme l'arrêt validant le régime de commercialisation de la pomme de terre⁶⁰ sur lequel nous reviendrons plus loin.

Troisièmement, dans les dernières années, elle aurait dissipé tous les doutes subsistants en avalisant des régimes coopératifs et en rejetant « l'approche formaliste rigide pour favoriser les efforts d'accommodements et de coopération entre les gouvernements⁶¹ ». La Cour cite l'affaire *Pelland* qui avalisait le régime de commercialisation de la volaille, et dans laquelle la « créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien⁶² » avaient été louées.

Ainsi, le fédéralisme coopératif apparaît comme le successeur pragmatique du fédéralisme dualiste, un héritier peu formaliste, axé sur l'efficacité. Quelques auteurs ont appuyé cette approche – ou des approches similaires – en ce qui concerne l'impraticabilité du fédéralisme dualiste, la disparition progressive des compartiments étanches ou encore le déclin de la doctrine de l'exclusivité des compétences sur lequel elle se base⁶³.

57. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 56. Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada c. Attorney General for Ontario*, (1937) A.C. 326 (C.P.) (*Affaire des conventions de travail*), la thèse des compartiments étanches avait été développée afin d'empêcher que le gouvernement fédéral empiète sur les compétences provinciales par le truchement de son *jus tractatus*. Ainsi, les traités internationaux dont la matière relève des compétences provinciales doivent être mis en œuvre par voie législative par les législatures provinciales.

58. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 54.

59. *Ibid.*, au par. 57.

60. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392.

61. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 58.

62. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 15.

63. Cette tendance doctrinale est bien résumée dans Marc-André TURCOTTE, *Le pouvoir fédéral de dépenser ou comment faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement*, Montréal, Yvon Blais, 2015, p. 92-100.

Pourtant, il faut avouer que le fédéralisme coopératif coexiste avec le fédéralisme dualiste depuis toujours : il n'est pas du tout une tendance nouvelle au Canada, même s'il bénéficie d'une grande popularité doctrinale récente⁶⁴. Selon certains, il remonterait aussi loin qu'à l'élaboration de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au moins en ce qui concerne le partage des compétences en matière criminelle et pénale⁶⁵. Le Conseil privé ne lui était d'ailleurs pas du tout opposé : en 1937, après avoir indiqué que les provinces et le Dominion devraient combiner leurs législations afin d'atteindre le pouvoir de réglementation plénier souhaité, lord Atkin écrivait : « Tant que ne sera pas modifiée la répartition des fonctions législatives du Dominion et des provinces, il se peut bien que seule la coopération leur permette d'obtenir des résultats satisfaisants⁶⁶. »

En 1952, quand la Cour suprême avalisait le régime intégré de commercialisation de la pomme de terre⁶⁷ et confirmait la constitution-

64. Voir, entre autres, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 391 ; K. GLOVER, préc., note 25 ; W.J. NEWMAN, préc., note 12 ; J. POIRIER, préc., note 25 ; Ian PEACH, « The Supreme Court of Canada Long-Gun Registry Decision: The Constitutional Question behind an Intergovernmental Failure », *Forum Constitutionnel*, vol. 24, 2015, p. 1 ; Eugénie BROUILLET, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should we Open Pandora's Box? », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 54, 2011, p. 601 ; Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canada's Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 54, 2011, p. 566 ; Wade K. WRIGHT, « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 51, 2010, p. 635 ; Marie-France CHARTIER et Peter OLIVER, « La juge Charron et le fédéralisme coopératif », dans Graham MAYEDA et Peter OLIVER (dir.), *Principles and Pragmatism: Essays in the Honour of Louise Charron*, Markham, Lexis-Nexis Canada, 2014, p. 189 ; H. CYR, préc., note 25 ; P. DALY, préc., note 24 ; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 25.

65. *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284 : « L'équilibre atteint entre les par. 91 (27) et 92 (14) de la Loi constitutionnelle est une manifestation de la confiance que les rédacteurs de la Constitution ont placée dans le fédéralisme coopératif comme moyen de résoudre une question qui est à la fois de dimension nationale et d'intérêt local » (p. 307, j. Dickson).

66. *PG Colombie-Britannique c. PG Canada*, [1937] A.C. 377, 389. Selon Jean Leclair, en insistant sur le principe de l'exclusivité des compétence, le Conseil privé imposait en fait au gouvernement fédéral « une obligation de coopérer avec les provinces » : Jean LECLAIR, « Please, Draw Me a Field of Jurisdiction », *Supreme Court Law Review (2d)*, vol. 51, 2010, p. 555, aux pages 578 et 579.

67. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, préc., note 59.

nalité de la délégation oblique entre le législateur fédéral et l'office provincial, le juge en chef Rinfret soulignait qu'en procédant ainsi le Parlement :

was following the advice of the Judicial Committee in the several judgments which it rendered on similar Acts and, more particularly, on the *Reference concerning the Natural Products Marketing Act*, adopted by Parliament in 1934 (S. of C. 24 and 25 George V, c. 57), (1937), that the proper way to carry out legislation of that character in Canada, in view of the distribution of legislative powers under the British North America Act, was for Parliament and the Legislatures to act by co-operation⁶⁸.

À cette époque – et c'est encore le cas aujourd'hui – ni la doctrine des compartiments étanches ni celle du fédéralisme coopératif ne régissaient à elles seules l'épineux contentieux du partage des compétences. En réalité, le fédéralisme coopératif n'est pas une solution de remplacement au fédéralisme dualiste. Il ne peut pas non plus déplacer la frontière constitutionnelle qui sépare les articles 91 et 92 L.C. 1867. Cela ne signifie pas pour autant que les ententes intergouvernementales ne peuvent, temporairement, modifier le « paysage » constitutionnel, comme le fait remarquer Poirier⁶⁹. Néanmoins, elles ne peuvent le faire de façon permanente. Par exemple, prenons le cas des allocations parentales, jugées de compétence fédérale par la Cour suprême du Canada en octobre 2005⁷⁰. Sept mois auparavant, les gouvernements fédéral et provincial avaient conclu une entente selon laquelle le Québec administrerait son propre régime, sous réserve des positions respectives des parties au litige constitutionnel⁷¹. Si le gouvernement fédéral décidait éventuellement de se retirer de l'Entente finale Canada-Québec sur le Régime québécois d'assurance parentale, et ainsi réhabiliter sa propre juridiction, il n'est pas évident de discerner les arguments probants que pourrait avancer le Québec. En effet, le plus haut tribunal du pays a reconnu explicitement que ce type de programme est de compétence fédérale et se rattache au pouvoir exclusif fédéral en matière d'assurance chômage (art. 91 (2A) L.C. 1867), rejetant ainsi les prétentions

68. *Ibid.*, p. 396 et 397.

69. Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS and Fabien GÉLINAS (dir.), *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 441, à la page 449.

70. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56.

71. Voir l'article 6.6.4 de l'Entente finale Canada-Québec sur le Régime québécois d'assurance parentale, 1^{er} mars 2005, [En ligne], [www.cgap.gouv.qc.ca/publications/pdf/CGAP_RQAP_entente.pdf].

du Procureur général du Québec, selon qui le régime d'allocations parentales, en tant que mesure sociale protégeant les familles, se rattachait à la compétence provinciale par son caractère véritable.

Quand on examine les prononcés récents de la Cour suprême du Canada, il semble assez clair que le fédéralisme coopératif n'a pas préséance sur le partage des compétences. Selon la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la flexibilité souhaitable dans un régime fédéral dualiste ne peut éclipser, ni même modifier, le partage originel des compétences :

Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d'un État fédéral, ils ne peuvent l'emporter sur le partage des compétences ou le modifier. Le *Renvoi relatif à la sécession* a confirmé que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent qui exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d'un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces⁷².

En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien⁷³.

De plus, dans la décision concernant le registre des armes d'épaule – décision sur laquelle je reviendrai –, l'opinion majoritaire de la Cour ne laisse planer aucun doute quant aux limites normatives du fédéralisme coopératif :

[18] Toutefois, nous devons également reconnaître les limites du principe du fédéralisme coopératif. La primauté de notre Constitution écrite demeure l'un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53. Cela est tout particulièrement vrai dans le cas du partage des compétences [...].

[19] On ne peut donc considérer que le principe du fédéralisme coopératif impose des limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence législative :

72. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 61.

73. *Ibid.*, par. 62.

Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, 1976 CanLII 16 (CSC), [1976] 2 R.C.S. 373, p. 421⁷⁴.

Mais quel est donc, alors, le rôle du fédéralisme coopératif? Comme l'explique la Cour dans l'affaire *Comeau*, le fédéralisme coopératif décrit essentiellement une réalité sur le terrain. Il ne prescrit rien, mais il « décrit des situations où différents ordres de gouvernement travaillent de concert au départ pour tirer parti en tandem des pouvoirs constitutionnels qui leur sont propres afin d'établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d'une assemblée législative à elle seule⁷⁵ ».

Le fédéralisme administratif, exécutif⁷⁶ (*power sharing*⁷⁷) peut prendre plusieurs formes et porter diverses appellations⁷⁸. Dans un article précédent, j'ai mentionné certains éléments qui semblent accompagner régulièrement la reconnaissance d'une pratique de fédéralisme coopératif dans la jurisprudence canadienne : un régime législatif intégré, avec des lois provenant de chacun des ordres législatifs, un organisme administratif exerçant des pouvoirs délégués et qui chapeaute et administre la ou les lois⁷⁹ et une entente intergouvernementale ou autre preuve exécutive de coopération⁸⁰.

74. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 20. Voir aussi *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (City)*, [2016] 1 R.C.S. 467, 2016 CSC 23, par. 39.

75. *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 87.

76. Dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, la Cour décrit le fédéralisme coopératif comme essentiellement « exécutif » en précisant qu'il décrit les rapports entre l'exécutif fédéral et les exécutifs provinciaux (par. 17).

77. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 48.

78. Cameron et Simeon distinguent par exemple le fédéralisme collaboratif du fédéralisme coopératif. Alors que le premier est centré sur l'idée de co-détermination de politiques nationales par des partenaires égaux, le second véhicule plutôt une perception de supériorité du fédéral sur le provincial : David CAMERON et Richard SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, n° 2, 2002, p. 49.

79. *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, par. 29, *a contrario*, et *NIL/TU-O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, par. 42 et 43.

80. N. KARAZIVAN, préc., note 13. L'entente intergouvernementale n'est pas nécessairement formalisée : elle peut même résulter d'un échange de lettres ou de communications signées par les représentants des gouvernements concernés. Voir, sur ce point, Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2008, p. 1. Selon Poirier, la qualification d'entente intergouvernementale « dépendra d'un faisceau d'indices, dont l'appellation et le mode de conclusion font partie » (p. 12, note 47).

Au Canada, on retrouve ces éléments dans les grands systèmes de délégation permettant, entre autres, la commercialisation des pommes de terre⁸¹, des œufs⁸², du lait⁸³ et de la volaille⁸⁴ et dont la constitutionnalité, établie par une « série de précédents dignes de respect⁸⁵ », ne fait pas de doute. Elle repose en effet sur la distinction entre une délégation horizontale, interdite, car elle constituerait une modification du texte constitutionnel⁸⁶, et une délégation verticale ou oblique, laquelle ne prévoit pas le transfert des pouvoirs *législatifs*, mais plutôt *réglementaires*. Le Parlement peut, par exemple, déléguer à une entité administrative fédérale ou provinciale certains pouvoirs qu'il détient de manière exclusive, dans la mesure où les principes de *séparation des pouvoirs* (l'exécutif ne peut adopter de loi ni lier le Parlement) et de *souveraineté du Parlement* (une législature ne peut renoncer à un pouvoir ou s'en départir, ni le transférer à une autre législature) n'en sont pas affectés.

En ce qui concerne les composantes législatives du régime coopératif, il n'est pas suffisant, pour qu'elles soient valides, qu'elles se contentent de respecter les principes de délégation. Chaque loi composant le régime intégré doit, en sus, être *intra vires* de la législature qui l'a adoptée. Toute disposition contraire au partage des compétences sera déclarée invalide et dissociée du reste du régime législatif⁸⁷. Cela dit, ce type de régime réglementaire a tendance à être généralement maintenu par les tribunaux, notamment lorsque les partenaires gouvernementaux eux-mêmes ne contestent pas les mesures⁸⁸ (comme ce fut le cas dans *Pelland, Grisnich*

81. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, préc., note 59.

82. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

83. *Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895.

84. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, préc., note 61.

85. *Ibid.*, par. 52.

86. *A.G. of Nova Scotia v. A.G. of Canada*, préc., note 38.

87. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, préc., note 81, par exemple, l'article 2 (2) a) de la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, L.R.C. 1970, c. A-7 avait été invalidé puisque le Parlement ne pouvait déléguer à une entité provinciale le pouvoir d'imposer des contributions qui sont reliées au marché intraprovincial, puisque cette compétence relève de la province. Le juge Laskin, alors juge en chef, écrivait dans des motifs séparés que, « si le pouvoir revendiqué ne se trouve pas dans la Constitution, il ne peut être conféré par entente » (p. 1232).

88. Cette attitude de retenue est qualifiée de *benevolent constitutional scrutiny*: Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The "Principle of Federalism" and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *Supreme Court Law Review*, vol. 54, 2017, p. 96-97. Voir aussi, sur la tolérance judiciaire en présence de coopération, J. POIRIER, préc., note 79, aux pages 29 et 30.

et dans le *Renvoi sur les œufs*). Dans le dernier cas, le juge Pigeon soutenait que, « quand quarante ans plus tard survient un effort sincère de collaboration, il serait vraiment malheureux de l'anéantir⁸⁹ ». Les tribunaux ont aussi tendance à voir d'un bon œil la créativité et la flexibilité de ces ententes, qui viennent soutenir le fédéralisme coopératif⁹⁰. La coopération n'apparaît pas comme une fin en soi, mais plutôt comme un instrument au service d'une meilleure coordination des entités fédérées. La coopération est alors vue comme favorisant un exercice harmonieux des compétences *respectives* de chaque ordre législatif, une façon de s'assurer que chaque ordre législatif s'acquitte « de ses responsabilités envers le public, et ce, de façon coordonnée⁹¹ ».

Le fédéralisme coopératif devient, par conséquent, un mécanisme temporaire et pragmatique afin de contourner la rigidité du principe d'exclusivité des compétences, mais ne peut en aucun cas altérer le partage de ces compétences. Il est à présent temps de répondre à la question de savoir s'il voit son expansion freinée par le principe sacrosaint de la souveraineté parlementaire.

PARTIE II : LES TENSIONS ENTRE SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA JURISPRUDENCE

Dans cette section, j'examine trois arrêts de la Cour suprême du Canada qui se sont penchés sur les tensions entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif.

Le premier cas nous ramène à la crise économique de 1991, à la suite de laquelle le Parlement fédéral avait adopté une série de mesures visant à contrôler ses dépenses, incluant un amendement au Régime d'assistance publique du Canada. S'opposant à la baisse de cotisations et au changement unilatéral qui la provoquée, la Colombie-Britannique saisit les tribunaux. Elle plaide que l'accord oblige le gouvernement fédéral à lui verser les cotisations prévues dans la loi. La loi ne comporte pas de formule

89. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, préc., note 81, 1296.

90. *NIL/TU-O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 78, par. 44 et *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, préc., note 61, par. 55. Voir aussi *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86; 2007 CSC 23, par. 86.

91. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 9 (nos italiques).

de calcul des prestations : celle-ci est intégrée à l'accord, qui prévoit une procédure à suivre pour le modifier.

La Cour suprême, sous la plume du juge Sopinka, rejette les prétentions de la province : l'exécutif a le pouvoir de déposer des projets de loi sur les finances et le Parlement, dans sa pleine souveraineté, est libre de les adopter. La loi ne comporte pas de limitation explicite au pouvoir de légiférer ; quant à l'accord politique, il ne peut, même lorsqu'il est interprété largement, restreindre la souveraineté parlementaire : « On reconnaît que le gouvernement ne pouvait prendre un engagement qui empêcherait le Parlement d'exercer ses pouvoirs de légiférer pour modifier le *Régime*. Affirmer le contraire reviendrait à nier la souveraineté du Parlement⁹². »

Il est vrai que l'accord prévoyait certaines modalités de modification, voire de résiliation. Mais celles-ci ne peuvent lier le Parlement, pour la simple raison qu'elles ne prévoient pas la modification de la loi, mais bien de l'accord.

La souveraineté parlementaire doit donc prévaloir. C'est aux parties de prévoir des pénalités au sein de l'accord (ce qu'elles n'ont pas fait, au dire du juge Sopinka)⁹³ et au législateur de prévoir des limites à sa capacité de légiférer à l'avenir, sur des questions procédurales seulement, ce qu'il n'a pas fait non plus.

Le deuxième exemple, plus récent, est le débat relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule, où se sont manifestés certains points de friction entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif. Le registre des armes à feu, créé en 1998 par le gouvernement fédéral en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, fait partie plus globalement du programme canadien sur les armes à feu. La décision du gouvernement Harper d'abolir le registre des armes d'épaule a entraîné, pour le Québec, des conséquences importantes : désireuse de mettre sur pied son propre régime, la province a demandé d'obtenir les données du registre relatives au Québec. Le gouvernement fédéral ayant refusé – il voulait plutôt détruire les données colligées dans le registre –, le Québec s'est adressé aux tribunaux pour plaider, au nom du fédéralisme coopératif, le droit de recevoir les données recueillies depuis la mise sur pied du registre et qui concernent le Québec⁹⁴.

92. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 21, 548.

93. *Ibid.*, 554.

94. Pour une analyse étendue de la décision de la Cour suprême, voir J. POIRIER, préc., note 25.

Le Québec voulait, notamment, faire déclarer *ultra vires* l'article 29 de la *Loi abolissant le registre des armes à feu*. En effet, le Québec soutenait que le partenariat créé entre les gouvernements fédéral et provincial était une démonstration du principe de fédéralisme coopératif. En adoptant l'article 29 de la L.A.R.A. et en refusant de communiquer les données, le Canada empêchait le Québec de constituer son propre registre et agissait de façon contraire au fédéralisme coopératif, un « principe structurel » de la Constitution canadienne⁹⁵. La Cour résume les arguments du Québec ainsi, les poussant un peu plus loin :

Le Québec nous demande essentiellement de reconnaître que ce principe empêche le Canada et les provinces d'agir ou de légiférer de manière à nuire à la collaboration entre les deux ordres de gouvernement, surtout dans les domaines de compétence concurrente⁹⁶.

L'opinion majoritaire a donné raison au gouvernement canadien. Les cinq juges ont été d'avis qu'il n'y avait pas de partenariat ou de régime intégré entre le Québec et le Canada, entre autres parce que les éléments de preuve soumis (comme l'Accord financier Canada-Québec relatif à l'application de la *Loi sur les armes à feu*, les déclarations, etc.) n'étaient pas suffisamment la preuve d'un partenariat, et que le Québec, même s'il bénéficiait d'un accès aux données d'enregistrement recueillies par les instances fédérales, n'avait pas participé à la collecte de celles-ci. Il se pourrait que l'absence d'un régime *législatif* fédéral-provincial ait été déterminante. Les juges majoritaires remarquent en effet que le Registre canadien des armes à feu « découle directement d'une loi fédérale et ne dépend d'aucun texte législatif provincial⁹⁷ » et refusent de spéculer sur l'effet qu'aurait eu, sur leur opinion, la présence d'un régime réellement intégré.

Sur le fond, la majorité de la Cour rejette l'argument selon lequel le Parlement ne pouvait pas adopter l'article 29 de la L.A.R.A. en raison du principe du fédéralisme coopératif. Selon elle, ce principe ne peut imposer « de limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence⁹⁸ ». Ce faisant, elle s'appuie sur le principe de souveraineté parlementaire :

95. *Factum du Procureur général du Québec*, par. 14, [En ligne], [www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/35448/FM010_Appelant_Procureur-général-du-Québec.pdf].

96. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 15.

97. *Ibid.*, par. 4.

98. *Ibid.*, par. 19.

À notre avis, le principe du fédéralisme coopératif n'est d'aucune utilité au Québec en l'espèce. Ni la jurisprudence de notre Cour ni le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fondent l'emploi de ce principe pour restreindre la portée de la compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnel des pouvoirs autorise une intervention unilatérale. En décider autrement minerait la souveraineté parlementaire et créerait un flou juridique chaque fois qu'un ordre de gouvernement adopte une loi qui a une certaine incidence sur les objectifs de politique générale de l'autre. Paradoxalement, une telle approche pourrait décourager la pratique du fédéralisme coopératif par crainte que les mesures de coopération affaiblissent le pouvoir législatif d'un gouvernement d'agir seul⁹⁹.

L'argument du flou juridique peut, bien sûr, accommoder la position inverse : le fait de ne pas savoir si une entente est solide ou non crée, au sein des partenaires, une forme d'incertitude¹⁰⁰. Quoi qu'il en soit, l'analyse des juges majoritaires porte sur le caractère véritable de l'article 29 de la L.A.R.A. ; si la loi créant le registre visait à assurer la sécurité publique, la loi qui l'abolit *et qui prévoit ce qu'il adviendra des données* qu'il a permis de recueillir devrait, selon eux, avoir le même caractère véritable, qui se rattache à la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cela garantit donc la validité constitutionnelle de l'article 29 de la L.A.R.A.

De leur côté, les quatre juges dissidents, à l'instar du juge de première instance, ont été convaincus par la preuve d'un tel partenariat, entre autres en raison des efforts investis par le Québec dans la mise en application de la loi fédérale, incluant le rôle de la police provinciale, et ont soutenu que ce partenariat s'inscrit dans l'esprit du fédéralisme coopératif¹⁰¹ tout en allant au-delà d'un simple arrangement financier. Ils ajoutent que, si le fédéralisme coopératif est la nouvelle vague du fédéralisme canadien, « nos tribunaux doivent protéger de tels [régimes établis conjointement par voie de partenariat], tant au moment de leur mise en place que lors de leur démantèlement¹⁰² ». Néanmoins, ils concèdent le fait que ce (nouveau) devoir de protection ne peut être si large de

99. *Ibid.*, par. 20.

100. À titre d'exemple, Paul Daly demande ainsi : « À quoi sert le principe de fédéralisme coopératif si, par exemple, une commission pancanadienne des valeurs mobilières mise sur pied après de longues négociations de l'Atlantique au Pacifique opère sous l'épée de Damoclès, toujours menacée d'abolition suite à une décision prise unilatéralement par Ottawa? ». Voir P. DALY, préc., note 24, p. 45.

101. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 134 et 149.

102. *Ibid.*, par. 152.

sorte qu'il permette aux tribunaux de « s'écarter¹⁰³ » du cadre d'analyse relatif au partage des compétences, notamment la question du caractère véritable de la loi, et du fait qu'il s'inscrive dans le pouvoir fédéral en matière criminelle.

Pour les juges minoritaires, le caractère véritable de l'article 29 n'est pas la protection de la sécurité publique, mais relève plutôt de la propriété et des droits civils ; en appliquant la théorie des pouvoirs accessoires, ils concluent que l'article 29 est invalide, puisque la destruction des données n'est ni rationnellement ni nécessairement liée à l'objectif d'abolir le registre¹⁰⁴.

Ici, la souveraineté parlementaire est invoquée même lorsqu'il est clair que les motifs qui président à la décision gouvernementale sont de nuire à un partenaire¹⁰⁵. La juge McLachlin n'avait-elle pas mentionné, dans *Babcock*, que la souveraineté parlementaire pouvait frayer avec des mesures draconiennes¹⁰⁶? En réalité, il serait probablement plus exact de dire que la collaboration était devenue peu rentable politiquement, comme la preuve extrinsèque le laisse croire¹⁰⁷. Si les parties avaient prévu, dans une entente, des réparations en cas de cessation de collaboration, ou une obligation de mitiger les dommages, les tribunaux auraient probablement reconnu et fait respecter de tels engagements. Mais il ne leur revenait pas de les créer judiciairement.

D'ailleurs, aucun des neuf juges de la Cour suprême n'a conclu que le Québec avait le droit de recevoir les données : même les juges dissidents, qui ont conclu au caractère *ultra vires* de l'article 29 de la L.A.R.A., ont indiqué que la réparation devait être négociée politiquement. Il serait ainsi possible d'avancer que le fédéralisme coopératif n'ait pas, finalement, eu d'effet sur la question principale, à savoir si le Québec avait droit aux données ou non.

Finalement, le troisième cas de tension entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif émane de l'épineux dossier de la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières. La Cour avait d'abord invalidé en 2011 un projet de loi fédérale sur les valeurs mobilières – le jugeant *ultra vires* au Parlement fédéral. Dans ce premier renvoi, elle avait

103. *Ibid.*, par. 156.

104. *Ibid.*, par. 189.

105. *Ibid.*, par. 189.

106. *Babcock c. Canada (Procureur général)*, préc., note 33, par. 57.

107. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 167.

invité les parties (provinces et gouvernement fédéral) à se concerter pour mettre sur pied un régime coopératif qui respecterait les compétences constitutionnelles de chaque ordre législatif¹⁰⁸.

Puis, à la fin du jugement :

Il n'appartient pas à la Cour de suggérer aux gouvernements du Canada et des provinces comment procéder, en jugeant à l'avance, dans les faits, tel ou tel autre régime valide sur le plan constitutionnel. Nous pouvons toutefois à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes¹⁰⁹.

Par la suite, cinq exécutifs provinciaux et territoriaux ainsi que le gouvernement fédéral étaient parvenus à un protocole d'entente sur la création d'un régime pancanadien de régulation des valeurs mobilières. Ce régime comprenait un projet de loi fédéral relatif aux risques systémiques et au domaine criminel, une loi-cadre provinciale/territoriale, ainsi qu'un organisme national de régulation des valeurs mobilières, administrant, par délégation, les deux lois. Cet organisme et son conseil d'administration seraient supervisés par un Conseil des ministres.

Un des arguments soulevés par le Procureur général du Québec, qui contestait la validité du régime, était que le protocole (intergouvernemental) d'entente prévoyait un mécanisme de votation dans lequel le Conseil des ministres pourrait entraver la souveraineté parlementaire des législatures provinciales. La Cour suprême a néanmoins rejeté cet argument : le protocole, selon elle, ne pouvait avoir lesdits effets, car l'exécutif n'était pas « réellement capable¹¹⁰ » de lier le législatif. De toute façon, même si les exécutifs fédéral et provinciaux avaient accepté de déléguer au Conseil des ministres un certain pouvoir d'approuver des modifications à la loi-cadre, les législatures ne se retrouvaient pas moins libres de rejeter de tels amendements dans leurs propres lois et, ultimement, de se retirer unilatéralement du régime, bien que la Cour reconnaisse que « s'extirper du régime » puisse être « sans doute très difficile¹¹¹ ».

108. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 54, par. 9.

109. *Ibid.*, par. 132.

110. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 61.

111. *Ibid.*, par. 70.

Est-ce que ces trois exemples démontrent un conflit entre fédéralisme coopératif et souveraineté parlementaire? Exposent-ils une corrélation inverse, de sorte que l'expansion du fédéralisme coopératif soit freinée par la souveraineté parlementaire? À notre avis, ces exemples démontrent que, bien qu'il n'y ait pas de *conflit* entre les deux concepts, il existe certainement une *tension* entre la pratique grandissante de la coopération et la doctrine classique de la souveraineté parlementaire. Comme nous le verrons dans la partie III, autant l'exécutif que le législatif auraient la capacité de réduire cette tension dans l'éventualité où ils le désireraient, notamment en faisant du fédéralisme coopératif une pratique plus prévisible et moins vulnérable aux changements unilatéraux.

Avant d'explorer ce sujet plus en profondeur, il est essentiel de reconnaître que les tensions sont attribuables – au moins en partie – à une particularité du statut juridique du véhicule principal de la coopération, soit les accords intergouvernementaux. Selon une analyse empirique menée par Nicole Bolleyer et comparant les AIG du Canada, des États-Unis et de la Suisse, le système canadien se distingue comme étant :

the *only system without legally binding and enforceable instruments of inter-provincial or central-provincial cooperation*. The strong orientation towards autonomy protection of the power-concentrating Canadian provinces has so far precluded the introduction of such a mechanism through constitutional reform. Instead, the central and lower level governments enter informal agreements, which are voluntary and ad hoc in nature¹¹².

Au Canada, le statut légal des AIG comporte quatre zones d'ombre : leur caractère contraignant entre les parties, leur sanction par les tribunaux, leurs effets sur les tiers et, finalement, leur justiciabilité¹¹³.

Le caractère contraignant des AIG sur les parties contractantes a été reconnu par la jurisprudence¹¹⁴. Bien entendu, les contrats publics entre un gouvernement et un particulier sont contraignants, et l'ensemble du

112. Nicole BOLLEYER, *Intergovernmental Cooperation: Rational Choices in Federal Systems and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 222 (nos italiques).

113. J. POIRIER, préc., note 79, aux pages 17 et 18, s'attarde à quelques-unes de ces questions. Voir aussi Johanne POIRIER, « Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics », dans J. Peter MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism: Canada, the State of the Federation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, p. 425.

114. *Northrop Grunman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 11 ; *Renvoi re Loi Anti-Inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 433 et *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 21, 551.

droit privé des contrats s'applique à ces ententes¹¹⁵. Une entente *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement ou contraire à l'ordre public serait évidemment non contraignante¹¹⁶. Mais qu'en est-il d'une entente entre gouvernements prévoyant le financement d'un programme social? Une telle entente serait-elle contraignante envers ses signataires? C'est la nature de l'entente – et une panoplie d'autres facteurs – qui fait en sorte que les AIG deviennent contraignants – ou non¹¹⁷. Chaque contrat public doit être interprété selon ses clauses, l'intention des parties, la loi pertinente, etc. Un parallèle peut être fait avec diverses doctrines en droit international, en droit privé et public qui reconnaissent les rôles joués par l'État, par exemple: le *jure imperii* et *jure gestionis* en droit international, la distinction entre actions opérationnelles et actions de politique publique en responsabilité civile extracontractuelle¹¹⁸, celle entre *dominium* et *imperium* en droit constitutionnel¹¹⁹ et, enfin, la distinction entre un contrat politique et un contrat légal en droit des contrats¹²⁰. Toutes ces doctrines reconnaissent d'une manière ou d'une autre le fait que l'État peut porter divers chapeaux et être assujéti à des conséquences juridiques différentes selon la nature de l'action posée. Cela dit, en règle générale, les contrats publics, qu'ils soient conclus entre gouvernements ou entre le gouvernement et un particulier, lient leurs signataires.

Le fait que les AIG soient contraignants ne signifie cependant pas que les tribunaux les appliquent pour autant. Les précédents à ce chapitre sont rares, ce qui a amené certains auteurs à conclure que les tribunaux sont peu enclins à forcer l'exécution des AIG¹²¹. Mais, dans l'affaire du Régime d'assistance publique, le juge Sopinka faisait remarquer que les

115. Voir, par exemple, *Wells c. Newfoundland*, [1998] 3 R.C.S. 199.

116. À titre d'exemple, un contrat implicite de ne pas modifier, dans l'avenir, la réglementation sur le zonage ne lierait pas la municipalité contractante, puisqu'une telle entente constituerait une restriction illicite à son pouvoir réglementaire discrétionnaire: *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville de)*, [2000] 2 R.C.S. 919.

117. Voir J. POIRIER, préc., note 79, p. 18: « Tout dépend du contexte, de la volonté des parties, de la nature des engagements, de la terminologie utilisée, de la procédure suivie. »

118. *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

119. François CHEVRETTE, « Dominium et Imperium : l'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 665.

120. Michelle CUMYN, « La contractualisation de l'action politique: contrat juridique ou contrat social? », *Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 677, aux pages 697 et 698.

121. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in*

parties avaient décidé de ne pas inclure, dans leur accord, des clauses qui pourraient « favoriser l'exécution d'obligations contractuelles ordinaires¹²² » et avaient plutôt décidé de se fier au prix politique de l'inexécution. On pourrait conclure, *a contrario*, qu'il aurait été possible pour les tribunaux d'appliquer de telles dispositions contractuelles si les parties les avaient intégrées à leur accord. Ce qui demeure plus probable, cependant, c'est que ces accords intègrent des mécanismes alternatifs de règlement des différends, par exemple l'arbitrage¹²³.

Une autre question qui se pose est de savoir si les tiers peuvent exiger l'application d'un AIG contre la volonté des cocontractants? Deux affaires nous incitent à répondre par la négative à cette question. Dans *Finlay*, un Manitobain poursuivait le gouvernement du Manitoba afin que ce dernier agisse conformément à un accord signé avec le gouvernement fédéral à propos du paiement de certaines prestations sociales. Selon le Régime d'assistance publique du Canada, le Manitoba avait comme obligation de conclure une entente avec le gouvernement fédéral, et c'est l'application de cette entente que recherchait l'appelant. La Cour suprême a reconnu que la question – le fait pour le Manitoba de se conformer à l'AIG – pouvait certes être portée devant les tribunaux; néanmoins, elle n'est pas allée jusqu'à en forcer le respect ou à ordonner le paiement de contributions¹²⁴. L'autre cas est l'affaire *Unilever*, dans laquelle une entreprise contestait une réglementation québécoise qui interdisait la vente de margarine jaune. L'entreprise invoquait une violation de l'Accord sur le commerce intérieur, auquel le Québec était partie. La Cour suprême a tranché en faveur du gouvernement québécois, statuant que la réglementation était *intra vires* et que l'AIG n'avait aucun poids sur la validité de celle-ci¹²⁵. Ainsi, il semble peu probable qu'un tiers réussisse à forcer la main d'un gouvernement afin qu'il honore un AIG auquel il est partie, ou qu'il fasse invalider une loi contraire à un AIG, mais par ailleurs valide constitutionnellement.

Federal Systems, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 158: « courts show little inclination to arbitrate the enforcement of (intergovernmental) agreements ».

122. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 21, par. 47: « Plutôt que de se lier mutuellement par des engagements réciproques propres à favoriser l'exécution d'obligations contractuelles ordinaires, les parties en l'espèce se sont contentées de se fier à ce qu'elles percevaient comme le prix politique de l'inexécution. »
123. Comme ce fut le cas pour les panels mis sur pied par le Comité du commerce intérieur, créé par (l'ancien) Accord sur le commerce intérieur.
124. Voir, sur ce point, l'analyse de Gerald BAIER, « The Courts, the Constitution, and Dispute Resolution », dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD (dir.), préc., note 4, p. 79 à la p. 87.
125. *UL Canada Inc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 143.

Inversement, si un gouvernement ne dénonce pas un AIG, ce dernier pourrait bien produire des effets sur les tiers – et parfois des effets draconiens¹²⁶.

Finalement, la dernière question est celle de l'assujettissement des AIG au contrôle de constitutionnalité. Peut-on alléguer qu'un AIG viole la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou bien des règles relatives au partage des compétences, ou encore des principes constitutionnels sous-jacents tels que la souveraineté parlementaire, et devrait ainsi être invalidé? Selon Poirier, ces accords sont subordonnés aux normes constitutionnelles; ils ne peuvent en aucun cas violer la charte ou le partage des compétences¹²⁷. Il est vrai que les gouvernements ne devraient pas être en mesure de se soustraire à leurs responsabilités constitutionnelles « en mettant leurs politiques en œuvre par le truchement d'accords privés¹²⁸ ». De tels accords pourraient éventuellement être assujettis à la charte, puisque cette dernière s'applique à toute action gouvernementale au sens de l'article 32, même lorsque cette action est de nature contractuelle, comme une convention collective¹²⁹. D'un autre côté, il est difficile de qualifier de tels accords de « règle de droit » au sens de l'article 52(1) de la L.C. 1982, même interprété

126. Voir, par exemple, sur l'effet d'un accord interprovincial sur la gestion des régimes de retraite, *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, par. 20.

127. J. POIRIER, préc., note 79, p. 18.

128. Voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 40. Je remercie Jean Leclair de m'avoir rappelé la pertinence de ce passage. Voir aussi *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539, par. 12: « Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la common law ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels. »

129. Voir *Lavigne c. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 R.C.S. 211, où une convention collective intervenue entre une entité contrôlée par le gouvernement (un collège communautaire) était assujettie au contrôle de la charte. Selon le juge Laforest, il faut rejeter la prétention selon laquelle les activités privées, commerciales ou contractuelles d'une entité gouvernementale sont exemptes du contrôle de constitutionnalité en vertu de la charte: « Dans le monde d'aujourd'hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujetti à la loi. Nous ne voulons plus d'un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu'il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations "commerciales" ou "privées" sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu'il s'agisse de l'appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l'amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la charte ne s'étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la charte ne vise que le gouvernement en tant que législateur

de façon large et libérale¹³⁰. Il semble d'ailleurs que ce soit la conclusion à laquelle est parvenue la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*. Comme nous l'avons déjà mentionné, le Québec argumentait que le Protocole d'accord¹³¹ établissant les bases d'un système coopératif de régulation était inconstitutionnel, car il violait la souveraineté parlementaire¹³². La Cour suprême n'a cependant pas retenu l'argument; la Cour a plutôt trouvé que, même si l'accord se trouvait à limiter la souveraineté parlementaire d'une manière interdite, il ne pourrait pas être *inconstitutionnel*; il n'aurait alors simplement pas l'effet souhaité. La Cour a ainsi statué que la doctrine de la souveraineté parlementaire pouvait rendre *inopérant* un accord qui entraverait potentiellement la liberté d'agir d'un Parlement, mais qu'elle ne pourrait pas le rendre « constitutionnellement invalide¹³³ ». Mentionnons d'ailleurs que la majorité de la Cour d'appel du Québec avait explicitement refusé de se positionner sur la (difficile) question de savoir si un AIG était justiciable. La Cour d'appel a d'abord déterminé que les dispositions du Protocole dont il était question avaient été introduites dans la législation¹³⁴, permettant ainsi à la Cour d'en invalider certaines. La Cour suprême, quant à elle, a plutôt conclu que les dispositions contestées n'avaient pas été introduites dans la législation selon les règles d'incorporation par renvoi¹³⁵. Sans dire clairement que les AIG sont non justiciables, la Cour a quand même refusé de le déclarer *inconstitutionnel*.

revient à interpréter notre Constitution à la lumière d'une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l'adoption de la Charte» (p. 314).

130. La Cour suprême du Canada a déjà donné une interprétation large du concept de « règle de droit » prévu dans l'article 52 (1) L.C. 1982, incluant les règles obligatoires d'application générale. Voir *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 85 et suiv.
131. *Protocole d'accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux* (PA).
132. *Factum du Procureur général du Québec*, par. 61, [En ligne], [www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/37613/FM030_Intimée_Procureure-générale-du-Québec.pdf]. Québec alléguait qu'en signant le protocole et en endossant les mécanismes de modification législative qu'il contient, les juridictions participantes abdiquaient les pouvoirs de leur propre législature; puisque cette abdication viole le principe implicite de souveraineté parlementaire, c'est tout le protocole, selon Québec, qui est inconstitutionnel.
133. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 62 et 67.
134. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne*, 2017 QCCA 756, par. 74 et 75.
135. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 51.

Cela dit, bien que la question de la justiciabilité des AIG ne soit toujours pas réglée, un accord intégré dans un régime *législatif* est bien entendu susceptible d'une contestation constitutionnelle. La jurisprudence en donne plusieurs exemples. Dans l'affaire *Office de commercialisation des œufs c. Richardson*, c'était la législation fédérale qui avait été contestée en vertu de l'article 6 de la charte¹³⁶. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, un plan législatif similaire a été analysé selon le partage des compétences, mais, une fois de plus, ce fut sur la mise en œuvre législative que la Cour porta son attention¹³⁷. Dans l'arrêt *Moses*, les quatre juges dissidents avaient noté, en passant, qu'il n'existait « aucune délégation irrégulière de la compétence ou du pouvoir législatif » dans la Convention de la Baie-James, laquelle avait acquis force de loi à travers une incorporation par renvoi¹³⁸. Notons toutefois que ce n'est pas tout AIG qui se voit mis en œuvre par voie législative.

En somme, bien qu'il n'y ait certes pas de conflit entre la souveraineté parlementaire et le fédéralisme coopératif, force est de constater une certaine tension que l'on pourrait attribuer à la flexibilité et au caractère non contraignant, et non justiciable, généralement associés aux AIG, véritables vertèbres du fédéralisme coopératif. Dans la prochaine section, nous nous pencherons sur les solutions proposées par les constitutionnalistes afin d'atténuer les risques d'une fin abrupte et inattendue à la coopération, tout cela dans le but de pallier la faiblesse normative du fédéralisme coopératif.

PARTIE III : LES SOLUTIONS

Si on laisse de côté le cas des valeurs mobilières, dont nous parlerons plus tard, quelques auteurs ont mentionné le dénouement des affaires du registre des armes à feu et du Régime d'assistance publique comme néfaste pour l'équilibre fédéral; ils ont en outre proposé plusieurs solutions au conflit perçu entre souveraineté parlementaire et fédéralisme coopératif. Il semble que la souveraineté parlementaire soit accusée de cautionner un effritement de la loyauté entre les partenaires fédéraux. Les solutions envisagées sont variées et incluent une reconnaissance judiciaire du devoir de loyauté, ou encore une obligation d'agir de bonne foi. Nous examine-

136. *Office de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157.

137. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, préc., note 81, 1291 et 1292.

138. *Québec (Procureur général) c. Moses*, préc., note 78, par. 138.

rons d'abord ces solutions, ainsi que ce qu'elles impliquent pour le pouvoir judiciaire (A). Ensuite, nous avancerons d'autres solutions basées non pas sur un rôle accru des tribunaux, mais plutôt sur les actions pouvant être prises respectivement par les gouvernements (B) et les législatures (C).

A. Un rôle accru pour les tribunaux : imposer un devoir de loyauté ?

Plusieurs auteurs ont suggéré l'imposition par les tribunaux d'une obligation de loyauté ou de bonne foi, afin de rendre plus robustes les ententes coopératives, notamment en les protégeant des changements intempestifs d'un des partenaires. Par exemple, selon Poirier, le fédéralisme coopératif « induirait une forme d'obligation de bonne foi, une injonction de tenir compte des intérêts des autres ordres de gouvernement. Pour les tribunaux, il ne s'agit plus uniquement de déterminer “qui peut faire quoi”, mais “comment ils peuvent le faire”¹³⁹ ». Bien que Poirier reconnaisse que cet argumentaire n'a pas trouvé écho ni auprès de la majorité ni auprès de la dissidence dans l'affaire du registre des armes à feu, elle ajoute qu'une certaine forme d'obligation de « bonne conduite » pourrait être nécessaire afin que les tribunaux puissent conserver l'équilibre fédéral¹⁴⁰.

Dans le même ordre d'idées, Kate Glover avance que le fédéralisme coopératif devrait entraîner une obligation « d'action positive minimale » – que ce soit un devoir de loyauté ou de bonne foi – une fois qu'un partenariat intergouvernemental est entamé¹⁴¹. Ce devoir, soit dit en passant, devrait contraindre les Parlements et non les membres de l'exécutif. Pour Glover, ce devoir s'ancre dans une conception de la Constitution où le fédéralisme coopératif sous-tend à la fois le partage des compétences et la formule d'amendement, enrichissant de la sorte ses fondements normatifs.

Paul Daly aussi milite en faveur de la reconnaissance d'une obligation d'agir de bonne foi lorsque les provinces et le fédéral entrent en partenariat. Ce devoir s'appliquerait aux « organismes réglementaires créés coopérativement dans un domaine de double aspect¹⁴² ». Cette obligation doit être à la fois négative (un gouvernement ne peut invoquer sa compétence

139. J. POIRIER, préc., note 25, p. 119.

140. *Ibid.*, p. 127.

141. K. GLOVER, préc., note 25, p. 63 (notre traduction).

142. P. DALY, préc., note 24, p. 46.

exclusive afin de nuire à un autre gouvernement) et positive (un devoir de consultation avant de prendre toute action ayant des effets négatifs sur une entente de coopération)¹⁴³. Pour Daly, il « incombe aux tribunaux de sanctionner les gestes unilatéraux nocifs pour la collaboration intergouvernementale¹⁴⁴ ».

Jean-François Gaudreault-Desbiens voit la loyauté fédérale comme une autre justification normative possible du fédéralisme coopératif. Le problème, selon lui, est la « nature a-normative du fédéralisme coopératif¹⁴⁵ ». Adopter cette loyauté fédérale au Canada offrirait cette base normative pour justifier une « intervention judiciaire occasionnelle orientée ou bien vers la prévention de l'affaiblissement de la confiance au sein de la fédération, ou bien vers un rétablissement de cette confiance entre les acteurs fédéraux ». Dans le cas du registre des armes à feu, la loyauté fédérale « devrait vraisemblablement établir le fait que le gouvernement fédéral a le devoir d'assister la province dans l'application de sa juridiction en matière de propriété et de droit civil, notamment en ne détruisant pas et en transférant les données déjà collectées¹⁴⁶ ».

Le point commun entre ces solutions est qu'elles accordent toutes un certain poids normatif au fédéralisme coopératif, dont l'effet est de créer des obligations qui reposent sur les épaules des partenaires de la coopération, donnant ainsi le pouvoir aux tribunaux d'intervenir et de forcer l'application de ces obligations. Ces solutions concordent avec celles qui ont été entreprises par d'autres fédérations, comme la Suisse, la Belgique ou l'Allemagne, où le principe de loyauté a été reconnu par le pouvoir judiciaire, avec ou sans soutien textuel de la Constitution¹⁴⁷. Ces solutions ne seraient pas non plus complètement hors propos en contexte canadien, étant donné les innovations judiciaires de la Cour suprême du Canada dans les vingt dernières années (notamment en reconnaissant des principes constitutionnels sous-jacents et en en faisant émerger des obligations

143. *Ibid.* Selon Daly, ce devoir tirerait sa source du principe fédéral et du principe démocratique, ce dernier garantissant une zone de libre discussion et de débat public à laquelle nuirait une décision unilatérale du gouvernement fédéral de cesser la coopération.

144. *Ibid.*, p. 41.

145. J.-F. GAUDREULT-DESBIEENS, préc., note 25, p. 14 (notre traduction).

146. *Ibid.*, p. 15 (notre traduction).

147. Voir Ana GAMPER, « On Loyalty and the (Federal) Constitution », *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, vol. 4, 2010, p. 157.

juridiques comme celle de négocier une éventuelle sécession¹⁴⁸). Toutefois, toujours en contexte canadien, nous hésiterions à y recourir avant que d'autres méthodes s'avèrent complètement infructueuses.

Premièrement, la nature et l'étendue de l'obligation normative qui serait imposée à un Parlement ou un gouvernement sont incertaines. Comme nous en avons discuté plus haut, la reconnaissance de la validité d'une coopération est conditionnelle à une certaine réversibilité. Pour qu'une coopération soit effectivement valide, le Parlement doit conserver son plein contrôle législatif. De son côté, l'exécutif doit demeurer apte à soumettre à *tout moment* des projets de loi – même des projets controversés – au Parlement pour approbation. L'imposition judiciaire d'un devoir d'agir d'une certaine façon (que ce soit sur les gouvernements ou les Parlements), tout en ne sachant pas quel degré de contrainte entraîne un tel devoir, risque de limiter la liberté parlementaire et d'instaurer une certaine forme de rigidité qui minerait la validité constitutionnelle de la coopération fédérale.

Deuxièmement, la reconnaissance judiciaire d'un devoir d'agir de façon à encourager une « bonne conduite », ou un devoir de loyauté, donnerait une certaine assurance aux provinces contre une fin impromptue à la coopération, compte tenu notamment du fonctionnement du pouvoir de dépenser. Or, les provinces seraient liées de la même façon au gouvernement fédéral. Les exécutifs provinciaux seraient-ils alors disposés à conclure des ententes, sachant qu'eux-mêmes – ou leur législature – seraient liés par un devoir judiciaire indéterminé de loyauté envers le gouvernement fédéral? Le Québec est traditionnellement réfractaire face au fédéralisme coopératif, qu'il considère comme une menace de réduction de ses pouvoirs, même si son opinion fluctue récemment¹⁴⁹. Si l'on compare

148. Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 (obligation de créer des commissions indépendantes pour évaluer les fluctuations du revenu des juges découlant du principe de l'indépendance judiciaire) et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (obligation de négocier des modifications à la constitution si la population du Québec décide par référendum de faire sécession du Canada découlant des principes fédéraux et démocratiques). Voir aussi, pour une analyse de la légitimité du contrôle judiciaire fondée sur ces principes, Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », *Queen's Law Journal*, vol. 27, 2002, p. 389.

149. Jean BEETZ, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans Paul-André CRÉPEAU et C.B. MACPHERSON (dir.), *The Future of Canadian Federalism: l'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press,

sa position dans le dossier du Registre des armes d'épaule (très en faveur du fédéralisme coopératif) et le Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne (très sceptique), on peut facilement constater les attitudes changeantes de la province, qui reflètent les avantages et les inconvénients générés par la coopération. Dans le Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne en particulier, le Québec s'inquiétait du fait que la coopération puisse entraîner une perte de contrôle totale pour les provinces participantes à même leurs champs de compétence. Ces provinces pourraient ensuite difficilement s'extraire de l'accord coopératif une fois celui-ci signé. En réponse à cela, la Cour a plutôt mis l'accent sur la possibilité réelle – quoique peu pratique – pour les juridictions y participant de se retirer éventuellement du régime coopératif. La Cour admettait que, même si aujourd'hui les exécutifs des juridictions participantes pouvaient croire en des répercussions positives issues de l'uniformité, dans le futur, « la volonté souveraine et démocratique de leur législature respective » leur permet de « changer d'idée¹⁵⁰ ». Par conséquent, alors que, dans le cas du registre des armes à feu, le Québec réclamait davantage de stabilité et de prévisibilité dans les accords coopératifs, dans le Renvoi sur la réglementation pancanadienne, il craignait que de tels accords rendent très difficile le retrait d'un tel régime¹⁵¹. Cette position laisse entrevoir une réticence du Québec à accepter un devoir indéterminé et imposé par les tribunaux d'agir de bonne foi ou avec loyauté envers le fédéral ou les autres provinces.

Troisièmement, et de façon plus importante, est-il réellement du ressort des tribunaux de rendre la coopération intergouvernementale plus normative et plus prévisible? Le droit offre-t-il même une réponse adéquate lorsqu'échoue la coopération intergouvernementale? Pour reprendre les mots de Guy Tremblay à propos des mécanismes de résolution des conflits de *l'Entente-cadre sur l'union sociale*, laquelle n'impliquait pas les tribunaux, « la nature coopérative du mécanisme prévu au chapitre 6 procède d'un certain réalisme : une confrontation véritable dans ce domaine ne pourrait être réduite par le droit¹⁵² ». Le rôle de la Cour suprême lorsque des différends adviennent entre partenaires (non)

1965, p. 113, à la page 137. Voir, sur le scepticisme traditionnel du Québec relativement au fédéralisme coopératif, N. KARAZIVAN, préc., note 13, aux pages 427-430.

150. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 69 et 70.

151. *Factum du Procureur général du Québec*, préc., note 131, par. 59.

152. Guy TREMBLAY, « Prévention et règlement des différends » dans Alain-G. GAGNON (dir.), *L'Union sociale canadienne sans le Québec : huit études sur l'entente-cadre*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 2000, p. 223, à la page 234.

coopérants soulève des enjeux plus généraux de séparation des pouvoirs et de légitimité de l'intervention judiciaire dans un contexte fédéral – enjeux qui transcendent la portée de ce chapitre¹⁵³. On peut très bien avancer que, dans l'optique de contrebalancer la prédominance exécutive dans les relations intergouvernementales, les tribunaux devraient jouer un rôle prédominant, en particulier lorsque la société civile est touchée par ces accords – parfois de façon préjudiciable, et très souvent sans même avoir son mot à dire quant à la négociation ou la rédaction de ces accords. Nous rejoignons l'opinion de Sossin lorsqu'il écrit, à propos du Transfert canadien en matière de santé, que les tribunaux « are the only political institution with the practical capacity and remedial authority to allow welfare recipients to challenge the government's design and implementation of social benefits¹⁵⁴ ». Toutefois, dans *R. c. Comeau*, la Cour, unanime, suggérerait que c'est le principe du fédéralisme – non pas le fédéralisme *coopératif* – qui est le principe sous-jacent de la Constitution canadienne identifié notamment dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec; ce fameux principe du fédéralisme ne devrait pas dicter aux gouvernements comment exercer leurs pouvoirs¹⁵⁵. Cette affirmation pourrait laisser présager un refus de la Cour de jouer un rôle d'arbitre dans des disputes issues d'une coopération intergouvernementale qui tourne au vinaigre.

Cela dit, si, comme l'exposait la section précédente, une certaine instabilité du fédéralisme coopératif peut être attribuée au statut juridique incertain des AIG, alors toute réflexion à propos de la vulnérabilité de la coopération devrait commencer par l'analyse de ces accords, des rôles respectifs des exécutifs, et des lois les mettant en vigueur. Cela ne signifie pas que les tribunaux n'auront aucun rôle à jouer ultérieurement; seulement, l'initiative de rendre plus prévisible et contraignante la coopération devrait d'abord émaner des parties intergouvernementales elles-mêmes et des législatures, plutôt que des tribunaux.

Dans les parties qui suivent, nous allons réexaminer le rôle que les exécutifs et les législatures peuvent jouer dans le but de rendre le fédéra-

153. À ce propos, la synthèse de Jean-François Gaudreault-DesBiens est fort éclairante : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Role of Apex Courts in Federal Systems : Beyond the Law/Politics Dichotomy », *Jus Politicum*, 2017, p. 171, aux notes 23 et 24.

154. Lorne SOSSIN, « Salvaging the Welfare State? The Prospects for Judicial Review of the Canada Health & Social Transfer », *Dalhousie Law Journal*, vol. 21, 1988, p. 141, à la page 158.

155. *R. c. Comeau*, préc., note 74, par. 87.

lisme coopératif moins vulnérable au changement – dans la mesure où il s’agit là de l’objectif.

B. Un rôle accru pour l’exécutif : négociier des ententes plus solides

Les relations intergouvernementales canadiennes ont beaucoup évolué depuis les années 1960 à aujourd’hui. Les rapports à la base plutôt hiérarchiques se sont progressivement horizontalisés¹⁵⁶, les accords asymétriques se sont multipliés et les ententes tripartites avec les peuples autochtones ont aussi augmenté. Mais il demeure que certaines pratiques contractuelles sont encore sous-exploitées dans la négociation d’ententes intergouvernementales. Dans le Renvoi relatif à l’assistance publique du Canada, le juge Sopinka mettait le doigt sur une des faiblesses de l’entente intergouvernementale intervenue entre le Canada et la Colombie-Britannique :

Si cela paraît enlever à l’accord son effet obligatoire ou son caractère de réciprocité, deux traits propres aux contrats ordinaires, il faut se rappeler qu’il ne s’agit pas ici d’un contrat ordinaire, mais bien d’un accord intervenu entre des gouvernements. En outre, l’art. 8 contient lui-même une formule de modification qui permet à l’une ou à l’autre partie de résilier l’accord à son gré. Plutôt que de se lier mutuellement par des engagements réciproques propres à favoriser l’exécution d’obligations contractuelles ordinaires, les parties en l’espèce se sont contentées de se fier à ce qu’elles percevaient comme le prix politique de l’inexécution¹⁵⁷.

Dans *Québec c. Canada (registre des armes d’épaule)*, les juges dissidents passent le même message, en soutenant que « [c]’est aux membres du partenariat qu’il appartenait de prévoir les modalités de cessation de leur aventure commune dans leurs ententes [...]. En conséquence, la manière dont leur collaboration doit prendre fin relève au premier chef de leur volonté¹⁵⁸ ».

Dans le premier extrait, le juge Sopinka laisse entendre qu’aucune disposition contractuelle encourageant le respect des obligations contractuelles n’avait été négociée. Dans le second, les juges dissidents soulignent le fait qu’aucune des ententes ne prévoyait ce qu’il adviendrait en cas de cessation de collaboration.

156. Voir, de façon générale, D. CAMERON et R. SIMEON, préc., note 77.

157. *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 21, 554 (j. Sopinka).

158. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 200.

Il nous semble que réside là une solution à la faiblesse normative des ententes intergouvernementales : il serait nécessaire que les parties prévoient les conséquences de la fin de la coopération. Considérant le débat qui a entouré la mise en place du registre des armes à feu jusqu'au début des années 2000, il n'était pas complètement imprévisible qu'un prochain gouvernement conservateur chercherait à le tronquer. De plus, les parties pourraient prévoir qu'en cas de cessation de collaboration elles doivent agir de bonne foi et de manière à permettre à l'autre partie de reprendre, à son compte, les outils mis en place, ou encore de prévoir une obligation de minimiser les dommages.

Bien sûr, il subsiste des doutes quant au caractère exécutoire de ces ententes, et il n'est pas garanti qu'un tribunal serait enclin à faire respecter des obligations contractuelles entre gouvernements. Mais les ententes peuvent aussi déférer les différends à l'arbitrage ou à un autre mode alternatif de règlement des différends, ce qu'elles ont fait, par exemple, dans le cadre de l'Entente sur le commerce intérieur¹⁵⁹ et en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*¹⁶⁰.

Certains diront que les provinces sont, au chapitre des négociations avec le fédéral, bien impuissantes en raison de leur dépendance financière. Il est vrai que leurs responsabilités constitutionnelles dépassent les revenus d'impôt et autres sources de financement, de sorte qu'une dépendance aux transferts fédéraux soit inhérente. Mais, comme l'a démontré Wade Wright, les provinces conservent une capacité de négociation et un certain levier¹⁶¹ contre le fédéral, comme leur expertise, la coopération interprovinciale et le blocus interprovincial contre des initiatives fédérales. Ainsi, les provinces peuvent se liquer contre le fédéral et établir un consensus qui amène des résultats concrets, comme le relatent Cameron et Simeon à l'endroit de l'Entente-cadre sur l'union sociale¹⁶².

159. Voir, sur ce sujet, l'étude de Baier selon qui, entre 1995 et 2011, 49 différends ont été soumis au Secrétariat du commerce intérieur. La majorité de ces différends étaient entre les gouvernements et n'impliquaient pas de tierces parties : G. BAIER, préc., note 123, p. 88 et 89. Selon Baier, les tribunaux ne sont d'ailleurs « probablement pas » les meilleures institutions pour contrôler le respect des ententes intergouvernementales.

160. Voir le Processus de prévention et de règlement des différends liés à la *Loi canadienne sur la santé*, annexe C, [En ligne], [www.canada.ca/content/dam/hc-sc/documents/services/publications/health-system-services/loi-canadienne-sur-la-sante-rapport-annuel-2015-2016.pdf].

161. W.K. WRIGHT, préc., note 15, aux pages 31 et suiv.

162. D. CAMERON et R. SIMEON, préc., note 77, p. 56. Cette entente a été signée en 1999 sans la participation du Québec.

Évidemment, il est toujours possible qu'un gouvernement ignore ses obligations en vertu d'un accord intergouvernemental, comme ce fut le cas, selon certains auteurs, avec l'Entente-cadre sur l'union sociale. Mais ces auteurs ajoutent que, dans la plupart des cas, ces ententes sont respectées, et le retrait, négocié¹⁶³.

En bref, investir les ententes gouvernementales de pénalités en cas de non-respect, comme le sous-entend le juge Sopinka, et prévoir des obligations mutuelles en cas de fin de coopération nous apparaît plus porteur que de confier cette tâche *ex post facto* aux tribunaux.

C. Un rôle accru pour le Parlement et les législatures : adopter des clauses relatives au mode et à la forme

Il faut reconnaître que les rapports entre *législateurs* provinciaux et fédéral ne sont pas optimaux. Ainsi, dans la jurisprudence portant sur le fédéralisme coopératif, il y a peu d'exemples de réelle coopération interparlementaire. La plupart du temps, on est en présence de deux lois non coordonnées qui régissent le même objet et à l'application desquelles s'oppose une partie, comme les banques dans l'affaire de la Banque canadienne de l'Ouest rejetaient l'application de la loi albertaine. Parfois, comme dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, on considère l'importance des accords d'équivalence dans l'analyse de la validité d'un article de loi¹⁶⁴.

Les législatures ont le moyen de rendre la coopération intergouvernementale plus solide, prévisible et moins vulnérable aux changements. Il n'existe aucun devoir de mettre en œuvre par voie législative les ententes de coopération : certaines sont mises en œuvre, d'autres sont incorporées par renvoi, et d'autres encore demeurent dans la sphère politique avec relativement peu de surveillance judiciaire. Comme l'a déjà suggéré

163. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 120, p. 157.

164. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457. Dans cette affaire, l'article 10 de la loi, qui régit l'utilisation de matériel reproductif humain, a été analysé « à la lumière de l'article 68 » de la même loi, qui établissait que les dispositions de la loi ne s'appliqueraient qu'en l'absence de législation provinciale équivalente : par. 102-105 et 125-153. Dans l'opinion signée par le juge McLachlin, l'article 10 de la loi, le plus contesté, est rattaché à la compétence fédérale sur le droit criminel, donc *intra vires* le Parlement. Les juges LeBel et Deschamps, dans une opinion à laquelle souscrivent deux autres juges, de même que le juge Cromwell dans une opinion séparée, ont conclu, pour leur part, que l'article 10 était du strict ressort des provinces.

Johanne Poirier, le Parlement pourrait adopter un « cadre législatif régissant la conclusion, la ratification, la modification et la publication des ententes¹⁶⁵ », mais, pour le moment, une solution plus réaliste nous semble viser simplement l'inclusion plus systématique de clauses relatives au mode et à la forme dans les lois mettant en œuvre les régimes intergouvernementaux.

Tel que mentionné plus haut, le Parlement peut se lier pour l'avenir sur des questions procédurales, pourvu que la clause par laquelle il se lie soit explicite et qu'elle ne vise pas le fond, mais bien la forme¹⁶⁶. L'exigence de clarté s'infère par l'article 42 de la *Loi d'interprétation*, qui permet au Parlement d'adopter ou de modifier toute loi. Il faut donc que la clause de mode et de forme soit suffisamment explicite pour écarter cette présomption. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assistance publique*, le juge Sopinka avait d'ailleurs conclu que cette condition, prévue dans l'article 9 (2) du régime législatif, faisait défaut. En effet, cette disposition limitait le pouvoir de l'exécutif d'adopter des règlements qui contourneraient le régime, mais ne limitait pas le pouvoir du Parlement d'amender la disposition établissant la formule de calcul des prestations. La même conclusion a été tirée dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*: les limites procédurales n'avaient pas été incorporées à la loi, donc ne pouvaient être considérées comme liant les législatures¹⁶⁷.

Pour être valables, les dispositions de forme et de manière doivent également régir le processus d'élaboration des lois et ne pas priver le Parlement de son pouvoir législatif sur le fond. Cette distinction est fondamentale: le Parlement ne peut pas renoncer à ses pouvoirs, mais il peut s'engager pour l'avenir sur la forme. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, le juge Sopinka a aussi rejeté l'argument selon lequel le Parlement était lié par une clause relative au mode à la forme en raison du fait que le mécanisme de vote, interprété de la manière que l'inter-

165. J. POIRIER, préc., note 112, p. 455.

166. FRANÇOIS CHEVRETTE et HERBERT MARX, *Droit constitutionnel canadien : principes fondamentaux – notes et jurisprudence*, 2^e éd. par Han-Ru ZHOU, Montréal, Thémis, 2016, p. 295. La capacité des clauses de mode et de forme à lier Parlement et législatures a été reconnue à plusieurs reprises: Voir *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 (la *North-West Territories Act*), *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 (sur la *Charte canadienne des droits et libertés*); et *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282 (sur la Déclaration canadienne des droits).

167. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, préc., note 32, par. 51.

venante aurait préconisée, aurait constitué une renonciation aux pouvoirs législatifs du Parlement. C'est parce qu'exiger que la province touchée donne son consentement à une loi fédérale limiterait indûment le pouvoir législatif du Parlement. La Cour est parvenue à cette conclusion s'inspirant de l'arrêt *West Lakes Ltd. v. South Australia*, une décision dans laquelle un promoteur immobilier jouissait d'un droit de veto sur les modifications statutaires¹⁶⁸. La Cour australienne a conclu qu'une disposition établissant que le Parlement devait obtenir le consentement « d'une entité ne faisant pas partie de la structure législative » n'était pas une disposition relative au mode et à la forme; qu'il s'agissait d'une renonciation et d'une entrave au pouvoir législatif du Parlement¹⁶⁹.

Gardant cela à l'esprit, permettez-moi d'examiner trois possibilités de limitation de mode et de forme susceptibles d'être ajoutées aux lois mettant en œuvre des accords intergouvernementaux. Premièrement, le Parlement (et les Assemblées législatives provinciales) pourrait imposer l'obligation de suivre une procédure plus onéreuse que celle qui est généralement applicable pour pouvoir modifier certaines dispositions législatives. Par exemple, cette procédure pourrait nécessiter l'approbation d'une majorité spécifique à la Chambre des communes ou au Sénat, à l'instar des exigences du paragraphe 38 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une telle clause, si elle n'est pas abusive, ne serait pas une entrave à la souveraineté parlementaire: ainsi que l'a déclaré le Conseil privé, le Parlement ne cesse pas d'être souverain parce qu'il ne peut obtenir la majorité requise des voix¹⁷⁰.

168. *West Lakes Ltd. v. South Australia*, (1980) 25 SASR 389 (King, J.). La *West Lakes Development Act 1969* mettait en œuvre un accord entre la West Lakes Ltd. et le gouvernement de l'Australie méridionale; il mettait aussi en œuvre une disposition selon laquelle le Parlement ne pouvait pas légiférer à l'encontre de l'accord, à moins d'avoir obtenu préalablement le consentement de la corporation. Le Parlement a par la suite adopté, avec succès, une loi modifiant cette loi sans obtenir le consentement de la compagnie.

169. La Cour sud-australienne a estimé que, si la condition avait été censée lier le Parlement, elle l'aurait illicitement privé de ses pouvoirs législatifs. Dans ce cas, la Cour a fait valoir que, si une disposition entendait « subordonner la validité d'une législation sur un sujet particulier à l'assentiment d'un individu, d'un groupe de personnes, d'une organisation ou d'une société extraparlamentaire », cette disposition ne devrait pas être qualifiée de disposition formelle, mais plutôt comme une renonciation au pouvoir de légiférer en la matière (397 et 398). Cependant, en l'espèce, le tribunal a conclu que la disposition n'empêchait pas le Parlement de modifier la loi. La disposition régissait la modification de l'accord, et non de la loi elle-même.

170. *Bribery Commissioners v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172 (P.C.), [1964] 2 W.L.R. 1301, 1312.

Deuxièmement, une clause de mode et de forme pourrait prévoir des consultations obligatoires entre les parties concernées par un accord de coopération avant toute modification législative importante au régime. L'affaire récente *Mikisew*¹⁷¹, dans laquelle la Cour suprême a statué que l'imposition d'une obligation au Parlement de consulter les peuples autochtones avant de promulguer une loi violerait la souveraineté parlementaire, pourrait sembler réfuter cette proposition. Mais il y a des distinctions importantes à faire. Les juges majoritaires ont reconnu que des dispositions législatives exigeant des consultations préalables lient les Assemblées législatives en tant que dispositions de mode et de forme¹⁷². De plus, le juge Rowe, avec l'assentiment des juges Moldaver et Côté, a conclu que le Parlement pouvait édicter lui-même une obligation de consulter les peuples autochtones avant d'adopter une loi, ce qui constituerait une limitation quant au mode et la forme¹⁷³, mais ils ont par contre rappelé qu'il ne revenait pas à la Cour d'imposer cette obligation au Parlement.

En d'autres termes, la Cour n'était pas disposée à imposer au Parlement une obligation constitutionnelle de consultation, même si elle reconnaissait que, si le Parlement se soumettait volontairement à un processus de consultation dans le cadre d'une législation ordinaire, une telle disposition serait contraignante. Il est toutefois important de noter que ce type de disposition pourrait être abrogé à tout moment. En effet, lorsque les tribunaux évaluent la validité d'une disposition relative au mode et à la forme, ils examinent si cette disposition peut ou non être abrogée par le Parlement¹⁷⁴. La décision *Mikisew* appuie la proposition selon laquelle les tribunaux n'imposeront pas au Parlement une obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones avant de promulguer une loi qui les toucherait négativement. Mais elle n'exclut pas que le Parlement puisse s'imposer une obligation de consulter les peuples autochtones avant d'adopter une loi.

171. *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Governor General in Council)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 RCS. 765.

172. *Ibid.*, par. 51.

173. *Ibid.*, par. 167.

174. Gerard CARNEY, « An Overview of Manner and Form in Australia », *QUT Law Review*, vol. 5, 1989, p. 69, à la page 83 : « Only if it is doubly entrenched, is the provision incapable of repeal and if it purports to deprive Parliament of one of its powers, then it will amount to an invalid abdication of power. If the provision is singly entrenched, then in terms of the principle [that manner and form requirements must not purport to abdicate legislative power], no abdication of power has occurred ».

Troisièmement, afin de rendre les accords intergouvernementaux plus solides, le Parlement pourrait déclarer que certaines dispositions législatives d'une loi ne pourront être modifiées qu'avec l'assentiment des provinces concernées par un changement. L'article 114 (4) du Régime de pensions du Canada illustre la manière dont une telle clause pourrait être rédigée, même si des doutes peuvent planer sur sa validité :

114. Entrée en vigueur d'autres modifications importantes

(4) Lorsqu'un texte législatif fédéral renferme une disposition qui modifie, ou dont l'effet est de modifier, directement ou indirectement, immédiatement ou à une date ultérieure :

a) soit le niveau général des prestations que prévoit la présente loi ;

[...]

ce texte législatif est réputé, même s'il ne le déclare pas expressément, décréter que cette disposition n'entrera en vigueur qu'à la date fixée par décret du gouverneur en conseil, lequel ne peut être pris et ne doit en aucun cas avoir de valeur ou d'effet tant que les lieutenants-gouverneurs en conseil d'au moins les deux tiers des provinces incluses, comptant au total les deux tiers au moins de la population de toutes les provinces incluses, n'ont pas signifié le consentement de leur province respective à la modification envisagée¹⁷⁵.

Il y a deux façons d'envisager ce type de clause. La première consiste à la considérer comme une exigence valide de mode et de forme. Les précédents sont rares, mais la décision *Trethowan*¹⁷⁶ offre une analogie intéressante : dans ce cas, un référendum était considéré comme un préalable indispensable à l'entrée en vigueur d'une loi abolissant le Conseil législatif. Le consentement de la population n'était pas perçu comme une abdication de la souveraineté parlementaire, mais plutôt comme une condition valable pour que la loi entre en vigueur. Rien n'a été enlevé du processus législatif normal, contrairement à l'affaire *Re In referendum Act*, dans laquelle la loi interférait avec les prérogatives du lieutenant-gouverneur. Une limitation procédurale externe pourrait donc être valide, à condition qu'elle ne constitue pas une limitation sur le fond déguisée¹⁷⁷, et qu'elle n'enlève rien au processus législatif.

Mais il est plus probable qu'une telle clause soit considérée comme une abdication non autorisée des pouvoirs législatifs. À l'appui de cette

175. *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8, art. 114 (4) (nos soulignements).

Pour d'autres exemples de procédure législative spéciale, voir F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 165, p. 296.

176. *A.-G. for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (P.C.).

177. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 165, p. 295 et 311.

opinion, citons *West Lakes Ltd. c. South Australia*¹⁷⁸, susmentionnée. Dans cette affaire, la Cour a fait une distinction utile entre les conditions de vote extraparlémentaires, qui sont illicites, et les conditions référendaires, qui sont licites, car l'électorat, a estimé la cour, fait partie de la « structure législative¹⁷⁹ » plus large. En effet, écrit le juge King, on ne peut pas assujettir le processus législatif au consentement d'un organisme – dans ce cas particulier, l'organisme en question était une société – « qui ne fait pas partie de la structure législative représentative », comme « l'organe directeur d'un parti politique », une « organisation d'employeurs ou employés », un « officier des forces armées », etc.

Par conséquent, les tribunaux pourraient traiter différemment une prétendue disposition relative à la manière et à la forme exigeant le consentement d'une autre entité législative avant qu'une loi soit promulguée, selon que cette entité est considérée ou non comme faisant partie de la « structure législative représentative ». La rédaction de cette clause devra être claire, et non pas limitée à quelque changement mineur : ainsi, lorsque le gouvernement conservateur a souhaité abolir la Commission canadienne du blé, les opposants ont allégué que l'abolition ne pouvait se faire que si les producteurs de blé y consentaient, conformément au paragraphe 47.1b) de la loi :

47.1 Il ne peut être déposé au Parlement, à l'initiative du ministre, aucun projet de loi ayant pour effet, soit de soustraire quelque type, catégorie ou grade de blé ou d'orge, ou le blé ou l'orge produits dans telle région du Canada, à l'application de la partie IV, que ce soit totalement ou partiellement, de façon générale ou pour une période déterminée, soit d'étendre l'application des parties III et IV, ou de l'une d'elles, à un autre grain, à moins que les conditions suivantes soient réunies :

- a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure ;
- b) les producteurs de ce grain ont voté – suivant les modalités fixées par le ministre – en faveur de la mesure.

Pour le juge de première instance, cet article impose effectivement une obligation de consulter les producteurs de grain concernés (ceux du Manitoba, de l'Alberta, de la Saskatchewan et certains producteurs de la Colombie-Britannique) et d'obtenir leur consentement, non seulement en cas de changement au régime, mais aussi, *a fortiori*, avant d'abolir la

178. *West Lakes Ltd. v. South Australia*, préc., note 167.

179. *Ibid.*, 397 et 398.

Commission¹⁸⁰. La Cour d'appel a plutôt interprété l'article 47.1 comme se limitant aux changements mineurs portant sur les catégories de grain exclues du programme et incluses dans celui-ci¹⁸¹. Selon la Cour d'appel, la clause n'exprimait pas de manière suffisamment explicite l'intention de soumettre les changements fondamentaux au consentement des producteurs. Mais si cette intention avait été explicite, aurait-elle lié le Parlement? Il semblerait qu'une telle clause aurait limité de façon indue la liberté du Parlement. En effet, le juge Mainville a exprimé des doutes sur la validité d'une telle disposition, en écrivant : « A provision requiring that legislation be introduced into Parliament *only in so far as an outside corporation or small outside group agrees* does not appear to [the Court] to be merely a procedural requirement¹⁸². » Une condition d'obtention du consentement des producteurs de grain avant de modifier la loi, ou d'abolir la commission, aurait donc été considérée comme une abdication des pouvoirs du Parlement.

À ce stade, il n'est pas clair qu'une disposition assujettissant le pouvoir législatif à l'obtention du consentement d'un organisme externe, tel qu'une législature provinciale, ne puisse constituer une disposition valide relative de mode et de forme. En revanche, une disposition législative imposant des procédures de consultation ou fixant différentes conditions de majorité pourrait très bien être valide. De toute façon, le Parlement peut toujours légiférer pour abroger ces règles, même si cela a un coût politique. En tant que telle, et en l'absence de limitation constitutionnelle ou *double-entrenchment*, la liberté du Parlement ne serait pas entravée.

CONCLUSION

Dans ce chapitre, j'ai montré qu'il existait une tension entre la doctrine classique de la souveraineté parlementaire et la pratique croissante du fédéralisme coopératif. Pour ce faire, j'ai d'abord examiné l'évolution du paradigme fédéraliste dualiste et le rôle du fédéralisme coopératif. J'ai également examiné comment le principe de la souveraineté parlementaire

180. En première instance, le juge Campbell a dénoncé l'abolition comme allant à l'encontre de la primauté du droit, et interprété l'article 47 comme prévoyant une exigence valide de mode et de forme: *Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1432 (J. Campbell).

181. *Canada (Attorney General) v. Friends of the Canadian Wheat Board*, 2012 FCA 183 (J. Mainville).

182. *Ibid.*, par. 86 (nos italiques).

avait été invoqué, dans certaines affaires capitales, comme prétexte pour permettre à une partie de se retirer unilatéralement de structures coopératives complexes. En analysant les interactions entre ces deux concepts, j'ai expliqué que, même si on ne parle pas de conflit réel, il existe certainement une tension entre la liberté entière du Parlement de promulguer des lois et celle de l'exécutif de présenter des lois d'une part, et les conséquences qui en résultent, d'autre part, sur la vulnérabilité des accords intergouvernementaux. J'ai aussi conclu qu'une source de la tension entre ces deux concepts découle de la nature indéterminée des accords intergouvernementaux conclus au Canada.

Dans la recherche de solutions, il est tentant de demander l'aide des tribunaux. Les tribunaux ont reconnu l'obligation légale de négocier des amendements à la Constitution à la suite d'un référendum, découlant du principe du fédéralisme. Ne pourraient-ils pas aussi créer une obligation légale de coopérer? D'agir loyalement dans le contexte coopératif canadien? Ou de bonne foi envers les partenaires fédéraux?

Dans ce chapitre, je suggère que la balle soit principalement dans le camp des acteurs législatifs et gouvernementaux, plutôt que judiciaires. Il leur appartient de prévoir la fin de la collaboration, de négocier des incitations au respect des engagements formulés, d'adopter des mécanismes de résolution des litiges et d'incorporer aux lois de mise en œuvre des règles relatives au mode et à la forme.

Les solutions préconisées dans la troisième partie sont axées sur les relations intergouvernementales, qui sont au cœur du fédéralisme coopératif. Elles respectent également la séparation des pouvoirs entre les tribunaux et les pouvoirs législatif et exécutif. Le rôle des tribunaux reste cependant important. Premièrement, les tribunaux devraient continuer à faire preuve de déférence lorsqu'un programme véritablement collaboratif est mis au point, dans la mesure où le partage des compétences est respecté. Si les parties ont inclus des clauses de pénalité prévoyant les conséquences du non-respect – ou du rejet unilatéral d'un système coopératif –, les tribunaux devraient les faire respecter. Enfin, si les parties ont inclus des limites relatives au mode et à la forme limitant la tentation de légiférer unilatéralement afin de mettre fin à un accord de collaboration existant, les tribunaux devraient interpréter ces lois de manière à préserver leur constitutionnalité. Cependant, toutes ces solutions comportent une certaine dose d'incertitude. L'état du droit canadien, dans ce domaine, est encore en construction.

CHAPITRE 11

Les relations intergouvernementales au Canada : un club toujours aussi exclusif?

JEAN-PHILIPPE GAUVIN ET MARTIN PAPILLON

The problems of intergovernmental relations lie at the heart of the crisis of the Canadian federal system. Indeed that crisis can be defined largely as one not so much of our social or economic systems, but of our intergovernmental system – of the relations between governments, of the division of power and responsibility between them, and of the ways in which they deal with each other.

Richard SIMEON¹

INTRODUCTION

A la veille du premier référendum sur la souveraineté du Québec, Richard Simeon posait un diagnostic plutôt pessimiste sur l'état des relations intergouvernementales (RIG) au Canada. Incapable de produire une vision cohérente de la fédération ou de s'adapter aux défis de l'époque, le système intergouvernemental canadien était, selon Simeon, en état de crise.

Près de 40 ans plus tard, même si l'on ne parle plus de crise, le « fédéralisme exécutif » canadien fait toujours l'objet de nombreuses critiques. Le système manque de transparence et demeure l'objet de joutes politiques

1. « Le problème des relations intergouvernementales est au cœur de la crise du système fédéral canadien. En effet, cette crise ne touche pas tant nos systèmes sociaux ou économiques que notre système intergouvernemental. Celui des relations entre les ordres de gouvernement, de la répartition des compétences et des responsabilités et des façons dont ils interagissent » (notre traduction) ; Richard SIMEON, « Intergovernmental Relations and the Challenges to Canadian Federalism », *Canadian Public Administration*, vol. 23, n° 1, 1980, p. 15.

qui empêchent, selon plusieurs, l'émergence de relations stables favorisant la collaboration. Surtout, ce système peu institutionnalisé et fort sensible aux aléas du contexte politique et économique est, pour plusieurs, inefficace, contribuant non pas à réduire les tensions au sein de la fédération, mais plutôt à les attiser².

Qu'en est-il au juste? L'objectif de ce chapitre est de tracer un bilan des relations intergouvernementales au Canada, en mettant l'accent sur les mécanismes qui gouvernent ces relations et sur les principaux acteurs qui y participent. Au cours des dernières décennies, plusieurs, dont Richard Simeon³, ont annoncé l'avènement d'un modèle de fédéralisme exécutif plus collaboratif, ou encore, sous Harper, plus « ouvert ». Derrière ces dynamiques politiques contingentes, nous notons cependant une certaine continuité dans la logique et les modalités de fonctionnement des RIG canadiennes. La volonté affichée par les nouveaux gouvernements d'établir des relations fondées sur la collaboration et le respect laisse rapidement place à une logique où prédomine la concurrence et la joute politique à somme nulle.

Le constat est frappant lorsqu'on observe les développements récents. Alors que Justin Trudeau laissait entendre en campagne électorale, puis en début de mandat, qu'une approche véritablement collaborative allait guider son gouvernement en matière de RIG, les vieux réflexes reviennent rapidement. Le gouvernement fédéral a choisi de dicter aux provinces les conditions de la collaboration dans plusieurs domaines où pourtant une approche conjointe paraît essentielle, comme la santé, la lutte aux changements climatiques ou encore les politiques énergétiques⁴.

-
2. Monica GATTINGER, « A National Energy Strategy for Canada: Golden Age or Golden Cage of Energy Federalism? », dans Loleen BERDAHL, André JUNEAU et Carolyn TUOHY (dir.), *Canada: State of the Federation, 2012: Regions, Resources, and Resiliency*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015; Nicole BOLLEYER, « Federal Dynamics in Canada, the United States, and Switzerland: How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations », *Publius*, vol. 36, n° 4, 2006; Kathy BROCK, « Executive Federalism: Beggar Thy Neighbor? », dans François ROCHER et Myriam SMITH (dir.), *New Trends in Canadian Federalism*, Peterborough, Broadview Press, 2003; Réjean PELLETIER, « Les relations fédérales-provinciales sous le gouvernement Harper: de l'ouverture à l'unilatéralisme », dans Juliàn CASTRO-REA et Frédéric BOILY (dir.), *Le fédéralisme selon Harper*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.
 3. David CAMERON et Richard SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, vol. 32, n° 2, 2002.
 4. Après avoir refusé de rencontrer les premiers ministres provinciaux pour discuter du renouvellement des transferts fédéraux en matière de santé, le gouvernement Trudeau a fixé de manière unilatérale le montant des transferts, tout en ajoutant certaines condi-

En ce sens, les tensions inhérentes au système intergouvernemental canadien notées par Simeon semblent toujours présentes. Fondamentalement, nous suggérons que ces tensions sont dues à des contraintes institutionnelles découlant de la Constitution. Elles sont donc difficilement modifiables sans refonte en profondeur de la fédération. De plus, comme le soulignait déjà Simeon, ces limites institutionnelles sont accentuées dans un contexte où les partenaires au sein de la fédération ne s'entendent pas sur les finalités du système intergouvernemental. Il est donc nécessaire de considérer autant les institutions que les idées pour expliquer les dynamiques du système intergouvernemental canadien.

Ainsi, pour le gouvernement fédéral et certains acteurs provinciaux, les RIG devraient promouvoir une plus grande intégration de l'ensemble canadien et servir de mécanismes améliorant l'efficacité de l'élaboration des politiques publiques. Pour d'autres, dont le Québec, l'objectif est plutôt de préserver le caractère dualiste du système fédéral, selon lequel chacun devrait pouvoir agir de manière autonome dans son champ de compétence. Nous argumentons que cette tension entre une conception intégrationniste et une conception dualiste du système intergouvernemental perdure aujourd'hui et limite les possibilités d'institutionnalisation et de formalisation des mécanismes intergouvernementaux⁵.

Si le statu quo prévaut dans les dynamiques politiques, il importe de mettre en exergue certains développements sur le plan à la fois des acteurs et des mécanismes intergouvernementaux. Sans remettre en question la prédominance du modèle de fédéralisme exécutif, ceux-ci nous amènent à porter un regard plus nuancé sur ce système à la lumière de ses diverses finalités. Nous souhaitons en particulier souligner quelques dynamiques

tions à ceux-ci. D'abord réfractaires, les provinces n'ont eu d'autre choix que de s'entendre une à une avec le gouvernement fédéral, incluant le Québec. Certaines chroniques dénoncèrent l'attitude de la ministre fédérale de la Santé, qui n'a pas manqué de célébrer sa « victoire », comme s'il s'agissait d'un jeu ou d'une compétition sportive. Pour plus de détails, voir Alain DUBUC, « Le "High Five" de Jane Philpot », *La Presse*, 2017. Les tensions avec l'Alberta, la Saskatchewan et l'Ontario au sujet de la taxe sur le carbone et les conflits avec la Colombie-Britannique quant au pipeline Trans Mountain étaient encore, au moment d'écrire ces lignes, devant les tribunaux. Voir par exemple David BALL, « B.C. Government in Court Claiming It Has the Right to Stop Bitumen to Prevent "Catastrophic" Pipeline Spill », *The Toronto Star*, 19 mars 2019.

5. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 393-398.

dont l'importance est parfois sous-estimée par les critiques des RIG au Canada.

La première est la diversité des dynamiques sectorielles, tant au niveau du degré d'institutionnalisation des RIG qu'en ce qui a trait aux rapports qu'entretiennent les acteurs intergouvernementaux. Si une dynamique conflictuelle et une logique à somme nulle semblent dominer dans certains secteurs de politiques publiques, ce n'est pas le cas dans d'autres secteurs, pour lesquels la collaboration semble plus facile.

Ensuite, on note une consolidation des RIG au niveau administratif ainsi qu'un certain détachement de ces relations administratives par rapport aux dynamiques politiques propres au fédéralisme exécutif. Le jeu à deux niveaux observé dans les relations entre acteurs politiques, chacun se servant des forums intergouvernementaux à la fois pour gérer l'interdépendance entre les ordres de gouvernements et pour faire des gains politiques auprès de son propre électorat, est beaucoup moins présent au niveau administratif. Cette dépolitisation relative facilite le développement de rapports de confiance et d'un esprit de collaboration plus propice aux échanges, aux compromis et à la mise en place d'une vision commune et d'objectifs communs. Cette dynamique, déjà observée par J. Stephan Dupré⁶ il y a plusieurs décennies, semble confirmée par notre analyse. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que le Québec, malgré des réticences historiques bien établies face aux ententes politiques multilatérales, est un acteur important de la coopération intergouvernementale au niveau administratif⁷.

Enfin, si les RIG canadiennes sont toujours largement un club exclusif dominé par l'exécutif des entités fédérées et du gouvernement central, on assiste à une certaine ouverture de ces relations au-delà des acteurs du couple fédéral-provincial. Cette diffusion se traduit d'abord par l'émergence de relations plus soutenues entre les provinces, notamment par le Conseil de la fédération, mais aussi et surtout par la multiplication de forums et de mécanismes de négociations bilatéraux et multilatéraux avec les gouvernements et les organisations autochtones. Si elle demeure limitée au sommet des RIG multilatérales, la participation autochtone est de plus en plus

6. Stefan DUPRÉ, « Reflexions on the Workability of Executive Federalism », dans R. OLLING et M.W. WESTMACOTT (dir.), *Perspectives on Canadian Federalism*, Scarborough, Prentice-Hall, 1988.

7. Jean-Philippe GAUVIN, *Les Relations intergouvernementales et la coordination des politiques publiques au Canada : entre relations formelles et informelles*, thèse doctorale, Département de science politique, Montréal, Université de Montréal, 2017.

importante aux niveaux ministériel et administratif. C'est aussi surtout au niveau des relations bilatérales avec les autorités provinciales qu'on observe le changement le plus marqué en matière de gouvernance autochtone. Sans remettre en question le dualisme fort et les fondements coloniaux du fédéralisme canadien, ces dynamiques contribuent à consolider la place et le statut des autorités autochtones comme troisième pôle gouvernemental distinct au sein des relations intergouvernementales canadiennes.

LE FÉDÉRALISME EXÉCUTIF AU CANADA

Les relations intergouvernementales jouent un rôle essentiel dans tout système fédéral. Elles servent à coordonner l'action publique, à gérer les conflits, à articuler des objectifs et une vision commune entre les entités fédérées et le gouvernement fédéral⁸. Peu importe la nature de la fédération, qu'elle soit plus ou moins centralisée, multinationale ou territoriale, dualiste ou fortement intégrée⁹, la coordination de l'action publique et l'articulation d'objectifs communs sont nécessaires. Cela dit, la nature de ces relations, leur importance et les modalités de celles-ci varient considérablement d'une fédération à l'autre en fonction de leurs caractéristiques institutionnelles et sociologiques.

La Constitution canadienne ne prévoit pas explicitement de mécanisme pour gérer l'interdépendance entre les ordres de gouvernement. En effet, ceux-ci sont en principe réputés autonomes dans leurs champs de compétence. Il s'agit en ce sens d'une fédération typiquement dualiste, où la duplication des pouvoirs est l'exception plutôt que la règle¹⁰. La nécessité d'établir de tels mécanismes collaboratifs émerge toutefois rapidement après 1867, notamment afin de gérer le partage de l'assiette fiscale

8. Martin PAPILLON et Richard SIMEON, « The Weakest Link? First Minister's Conferences in Canadian Intergovernmental Relations », dans J.P. MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), *Canada: The State of the Federation, 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2004; Ronald WATTS, *Comparing Federal Systems*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2008.

9. N. BOLLEYER, préc., note 2; R. WATTS, préc., note 8; Alain-G. GAGNON (dir.), *Le Fédéralisme canadien contemporain : fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006.

10. R. WATTS, préc., note 8; Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Comparative Experiences of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Toronto, Oxford University Press, 2015.

entre les ordres de gouvernement. En l'absence de structure intergouvernementale précise, on reproduit au départ le modèle des relations impériales entre Londres et ses dominions – un modèle de type diplomatique où la souveraineté des Parlements coloniaux est reconnue, mais au sein duquel l'exécutif impérial établit l'ordre du jour et les grandes orientations politiques¹¹.

Si le modèle a évolué depuis, ses fondements restent les mêmes. Sans avoir un statut ou une autorité formelle distincte, le gouvernement fédéral occupe une place prédominante dans l'articulation des enjeux et des priorités de l'ordre du jour intergouvernemental. Surtout, les relations intergouvernementales sont encore aujourd'hui essentiellement l'apanage de la section exécutive, notamment les premiers ministres et leurs ministres. Ce « fédéralisme exécutif¹² » obéit à une logique semblable à celle des relations internationales. Les rapports de pouvoir centre-périphérie, les jeux d'alliances, la cohésion interne, les ressources et la capacité des acteurs, notamment sur le plan fiscal, sont autant de facteurs influençant les dynamiques de la diplomatie fédérale-provinciale¹³.

Ce modèle de RIG axées sur les « rencontres au sommet » n'est pas unique au Canada, mais cette logique est particulièrement dominante au sein de la fédération canadienne. Un tel modèle de diplomatie intergouvernementale contraste par exemple avec le modèle fédéral allemand, au sein duquel la médiation des intérêts des entités fédérées se fait principalement par le Bundesrat, une chambre législative fédérale dont les membres sont choisis par les Länder¹⁴.

En plus d'être fortement dominées par la section exécutive de l'État, les relations intergouvernementales canadiennes sont encore aujourd'hui

-
11. On peut d'ailleurs voir dans ces origines impériales une des sources de tensions inhérentes au système intergouvernemental canadien, selon Guy LAFOREST et Alain-G. GAGNON, « Comprendre la vie politique au Canada et au Québec », dans Réjean PELLETIER et Manon TREMBLAY (dir.), *Le Parlementarisme canadien*, 5^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.
 12. Donald V. SMILEY, « The Structural Problem of Canadian Federalism », *Canadian Public Administration*, vol. 14, n° 3, 1971, p. 326-343.
 13. Richard SIMEON, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1972.
 14. Pour une comparaison plus détaillée des divers modèles, voir J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 10, ainsi que Nicole BOLLEYER, *Intergovernmental Cooperation: Rational Choices in Federal Systems and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

très peu institutionnalisées. Comme l'explique Nicole Bolleyer¹⁵, le Canada est en fait une des fédérations où les règles entourant ces relations sont le moins formalisées. Les rencontres des premiers ministres, l'événement se situant au sommet de la hiérarchie intergouvernementale, ne se tiennent pas à intervalles réguliers. Elles dépendent du bon vouloir du premier ministre fédéral, qui en définit également l'ordre du jour. Le Conseil de la fédération, qui depuis sa création en 2003 réunit annuellement les premiers ministres des provinces, bénéficie des services d'un secrétariat permanent et de règles plus définies¹⁶. Il s'agit cependant d'abord d'une structure visant l'échange d'information et la concertation. Peu de politiques ou de mesures concrètes émanent jusqu'à présent de cette structure qui n'inclut pas formellement le gouvernement fédéral¹⁷. Il existe enfin dans plusieurs secteurs de politiques des « forums », des « conseils » ou des « rencontres » plus ou moins régulières au niveau ministériel. On compte aujourd'hui plus d'une trentaine de ces forums sectoriels et un nombre encore plus important de comités administratifs dirigés par des sous-ministres ou des fonctionnaires. Si certains de ces forums ou conseils sont fortement institutionnalisés et bénéficient d'une structure administrative et d'une capacité réflexive autonome, dans la majorité des secteurs les rencontres demeurent *ad hoc*.

C'est par l'entremise de ces multiples mécanismes plus ou moins formels que sont négociées des ententes intergouvernementales. Celles-ci peuvent prendre diverses formes, du simple communiqué de presse conjoint à un accord politique justiciable et engageant les signataires à des mesures précises. Toutefois, en raison du principe de souveraineté parlementaire, même les ententes juridiquement contraignantes pour les gouvernements peuvent être unilatéralement abandonnées par les Assemblées législatives¹⁸. Si des mécanismes visant à en assurer la mise en œuvre sont aujourd'hui de plus en plus prévus dans ces ententes,

15. N. BOLLEYER, préc., note 14.

16. [En ligne], [<https://www.pmprovincesterritoires.ca/a-propos/>].

17. Emmet COLLINS, « Alternative Routes: Intergovernmental Relations in Canada and Australia », *Canadian Public Administration*, vol. 58, n° 4, 2015, p. 591-604.

18. Johanne POIRIER, « Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads between Law and Politics », dans J.P. MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), préc., note 8. Johanne POIRIER « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », (2009) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 32, [En ligne], https://aqdc.quebec/wp-content/uploads/2016/07/poirier-une_source_paradoxale.pdf; voir le chapitre de Noura Karazivan dans le présent ouvrage.

l'imputabilité des parties demeure en enjeu important qui témoigne de la faible institutionnalisation des RIG au Canada¹⁹.

Ce modèle particulier de RIG découle en partie de l'absence de mécanismes formels pour gérer les interdépendances au sein de la Constitution. La domination de l'exécutif et le manque d'institutionnalisation sont cependant renforcés par d'autres logiques propres au système canadien. L'absence de mécanisme de représentation des intérêts des provinces au Parlement fédéral, un rôle normalement joué par la Chambre haute dans les fédérations, ainsi que le caractère non intégré du système de partis (les partis fédéraux et provinciaux sont autonomes) contribuent aussi à consolider le modèle de fédéralisme exécutif. S'ajoute enfin le principe de responsabilité ministérielle au cœur du système de Westminster. Ce dernier contribue à limiter l'autonomie institutionnelle des mécanismes intergouvernementaux, ceux-ci ne pouvant se substituer à la volonté des parlementaires. Il contribue également à la concentration du pouvoir décisionnel en la matière entre les mains de l'exécutif, qui contrôle *de facto* l'ordre du jour législatif et politique. Cela est d'autant plus vrai, ajoute Bolleyer²⁰, lorsque le système électoral favorise les gouvernements majoritaires, qui n'ont aucun intérêt à diluer leur pouvoir par des mécanismes intergouvernementaux plus ouverts.

À ces dynamiques institutionnelles il faut ajouter des éléments d'ordre idéels. L'ambiguïté qui perdure quant à la nature de la fédération canadienne et aux finalités des RIG contribue de manière non négligeable à limiter les possibilités de réformes du système vers une plus grande formalisation des mécanismes intergouvernementaux. Alors que certains acteurs provinciaux, notamment le Québec, restent attachés à la conception dualiste du fédéralisme canadien, où chaque ordre de gouvernement est souverain dans son domaine, le gouvernement fédéral et certaines provinces sont plus portés à adopter une conception plus intégrée du fédéralisme canadien. Les RIG viseraient alors moins à gérer les interdépendances entre les ordres de gouvernement qu'à mettre en place une vision commune de la nation et des politiques cohérentes avec cette vision par la mise en commun des ressources et des compétences. Dans un tel modèle, le gouvernement fédéral occupe une place de chef d'orchestre, grâce, entre autres, à son pouvoir de dépenser.

19. Julie M. SIMMONS et Peter GRAEFE, « Assessing the Collaboration That Was "Collaborative Federalism" 1996-2006 », *Canadian Political Science Review*, vol. 7, n° 1, 2013, p. 25-36.

20. N. BOLLEYER, préc., note 2.

Avec le développement de l'État-providence dans l'après-guerre, les pressions sont fortes pour favoriser un tel modèle plus intégré. Le Québec, sans surprise, résiste. La province francophone est particulièrement sensible à toute dilution de son pouvoir décisionnel au sein d'institutions intergouvernementales multilatérales, où il se retrouve un parmi onze, voire quatorze si les territoires sont inclus²¹. Richard Simeon et Gérard Veilleux nous rappellent d'ailleurs l'importance de la montée du nationalisme québécois dans les années 1960 et 1970 pour comprendre le renforcement de ce modèle centré sur l'exécutif, en particulier sur la personne du premier ministre²². Dans un contexte où deux visions du fédéralisme s'affrontent, la politisation des RIG augmente. Entre le dualisme classique et un modèle plus intégré de fédéralisme collaboratif, l'équilibre est difficile à trouver et le plus petit dénominateur commun tend à l'emporter.

Ce modèle axé sur les négociations entre élites politiques favorise les jeux à plusieurs niveaux²³, ou ce que Robert Putnam définit, en référence aux relations internationales, comme un *two-level game*²⁴. Les principaux acteurs des relations intergouvernementales étant des élus d'abord redevables à leurs électeurs respectifs, les négociations intergouvernementales servent parfois autant, sinon plus, à marquer des points politiques dans l'arène électorale qu'à gérer l'interdépendance au sein de la fédération²⁵. Ce jeu sur deux tableaux semble inévitable étant donné la prédominance des acteurs politiques dans les RIG ainsi que le caractère discontinu, non routinier et axé sur le conflit de ces relations. L'irrégularité et le caractère *ad hoc* des rencontres au sommet ne favorisent pas non plus l'émergence d'une culture politique intergouvernementale axée sur la discussion routinière²⁶.

21. SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Québécois : notre façon d'être Canadiens*, 2017, [En ligne], [www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/reactions-canadiennes/politique-affirmation.pdf].

22. R. SIMEON, préc., note 1 ; Gérard VEILLEUX, « Intergovernmental Canada : Government by Conference? A Fiscal and Economic Perspective », *Canadian Public Administration*, vol. 23, n° 1, 1980, p. 39.

23. George TSEBELIS, *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1990.

24. Robert D. PUTNAM, « Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games », *International Organization*, vol. 42, n° 3, 1988.

25. Richard SIMEON (dir.), *Confrontation and Collaboration: Intergovernmental Relations in Canada Today*, Toronto Institute of Public Administration of Canada, 1979 ; N. BOLLEYER, préc., note 14.

26. M. PAPILLON et R. SIMEON, préc., note 8.

Dans sa critique désormais classique du fédéralisme exécutif, Donald Smiley soulignait plusieurs problèmes liés à ce modèle de RIG plus ou moins formalisées et centrées sur l'exécutif, notamment sur le plan démocratique²⁷. L'accent mis sur les relations entre exécutifs ne favorise pas la transparence. Les ententes intergouvernementales sont souvent négociées derrière des portes closes. Ces ententes, qui peuvent pourtant avoir une grande influence sur la vie des citoyens canadiens, ne sont que rarement soumises aux débats parlementaires. Le débat sur l'opportunité de ces ententes se fait plutôt *post-facto*, par l'entremise des médias. Cette pratique tend à affaiblir la légitimité démocratique de ces ententes et par conséquent leur stabilité à long terme. Les gouvernements ne se sentent pas nécessairement liés par les ententes négociées par leurs prédécesseurs.

La légitimité des RIG comme espace décisionnel est aussi remise en question par plusieurs groupes sociaux qui voient leurs perspectives systématiquement marginalisées dans de tels forums. On pense en particulier aux groupes bénéficiant d'une reconnaissance constitutionnelle, les minorités linguistiques notamment, mais aussi et surtout les peuples autochtones qui souvent contestent la légitimité même de la souveraineté canadienne sur leurs terres ancestrales. L'absence de mécanismes de représentation des acteurs sociaux fut d'ailleurs mise en exergue lors des débats constitutionnels des années 1980, alors que les gouvernements négociaient, seuls et souvent derrière des portes closes, l'avenir de la fédération, menant ainsi à un potentiel déficit démocratique²⁸.

ÉVOLUTION DU FÉDÉRALISME EXÉCUTIF

Les RIG au Canada sont donc peu institutionnalisées, elles sont essentiellement l'affaire de la section exécutive et elles semblent reposer sur une logique d'abord conflictuelle et de jeu à somme nulle. Ce qui ne veut pas dire que ces relations ne se sont pas transformées avec le temps. Dans leur étude classique, Simeon et Robinson définissent cinq périodes

27. Donald V. SMILEY, « An Outsider's Observations of Federal-Provincial Relations among Consenting Adults », dans R. SIMEON (dir.), préc., note 25.

28. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID (dir.), préc., note 10, p. 135; Richard SIMEON et David CAMERON, « Intergovernmental Relations and Democracy: An Oxymoron If Ever There Was One? », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Don Mills, Oxford University Press, 2002, p. 278.

dans l'évolution du fédéralisme au Canada depuis 1867 : le fédéralisme colonial (1867 à 1900), le fédéralisme classique (1900 à 1945), le fédéralisme coopératif (1945 à 1960), le fédéralisme compétitif (1960 à 1980), le fédéralisme constitutionnel (1980 à 1995) et le fédéralisme collaboratif (de 1995 à 2009)²⁹. D'aucuns ajoutent à cette trame historique une nouvelle période de « fédéralisme d'ouverture » ou de retour au fédéralisme classique sous le gouvernement de Stephen Harper et une ère de réconciliation sous Trudeau³⁰.

Ces dynamiques, ou « modes d'interaction » décrivent la manière dont les acteurs interagissent dans le but de résoudre les conflits politiques³¹. Par exemple, si le fédéralisme compétitif des années 1960 est caractérisé par un renforcement de la logique dualiste, notamment par la création d'agences de spécialistes voués à défendre les intérêts des provinces³², le fédéralisme collaboratif des années 1990 obéit plutôt à une logique d'intégration, alors que les différents gouvernements canadiens cherchent des solutions communes au contexte économique changeant de l'époque³³.

Dans un bilan du fédéralisme coopératif des dernières décennies, Simmons et Graefe concluent toutefois que, derrière les variations cycliques liées au style de leadership du premier ministre fédéral et au contexte économique et politique, on note certaines tendances lourdes relativement stables :

if one were trying to draw a trend line through these data points, it would be one of continuity with the sort of competitive behaviour captured forty years ago in Richard Simeon's *Federal-Provincial Diplomacy* (1972). This statement does not mean that the governments do not work together to get things done, but that the observed behaviour and interaction is more one of strategic actors in competition with each other and arriving at power-laden compromises, rather than one of actors working on the basis

29. Richard SIMEON et Ian ROBINSON, « The Dynamics of Canadian Federalism », dans James BICKERTON et Alain-G. GAGNON (dir.), *Canadian Politics*, 5^e éd., Peterborough, Broadview Press, 2009.

30. Éric MONTPETIT, *Le Fédéralisme d'ouverture : la recherche d'une légitimité canadienne au Québec*, Sillery, Septentrion, 2007.

31. Fritz SCHARPF, *Games Real Actors Play : Actor-Centred Institutionalism in Policy Research*, Boulder, Westview Press, 1997.

32. R. SIMEON, préc., note 13 ; Bruce G. POLLARD, *Managing the Interface : Intergovernmental Affair Agencies in Canada*, Kingston Institute of Intergovernmental Relations, 1986.

33. D. CAMERON et R. SIMEON, préc., note 3.

of cooperation and equality mapping out a joint vision and program of action to achieve it³⁴.

Pour Simmons et Graefe, au-delà des incitatifs circonstanciels qui poussent le gouvernement fédéral et les provinces à collaborer, le fédéralisme exécutif demeure essentiellement un système axé sur la compétition entre des ordres de gouvernement cherchant à étendre leur autorité dans un jeu à somme nulle. Dans une analyse récente des dynamiques fédérales-provinciales sous le gouvernement conservateur de Stephen Harper, Christopher Dunn conclut lui aussi que le « fédéralisme d'ouverture », qui suggérait au départ un certain retour à une logique dualiste (le gouvernement fédéral laissant aux provinces le champ libre dans leurs domaines de compétence), a vite laissé place à une approche axée sur la compétition et la négociation sous pression³⁵. En l'absence de réformes structurelles, les changements observés dans les dynamiques des RIG paraissent donc surtout circonstanciels.

Derrière cet apparent immobilisme institutionnel, il importe néanmoins de souligner certains traits peut-être moins visibles, mais tout aussi importants dans l'évolution récente des RIG au Canada. La très grande majorité des études portant sur l'évolution des RIG au Canada portent d'abord sur les aspects les plus visibles de ces relations, soit les grandes rencontres multilatérales et les ententes négociées au sommet entre les acteurs politiques fédéraux et provinciaux. L'accent mis sur les dynamiques au sommet a plusieurs conséquences.

Premièrement, étudier le fédéralisme sous l'angle de grandes « tendances » reposant sur une généralisation des modes d'interaction signifie de s'attarder surtout aux représentations politiques dominantes du fédéra-

34. « Si l'on tentait de tracer une ligne de tendance à travers ces données, elle illustrerait une continuité avec le type de comportement concurrentiel décrit il y a quarante ans par Richard Simeon (1972) comme une forme de diplomatie fédérale-provinciale. Cette conception ne signifie pas que les gouvernements ne travaillent pas ensemble pour faire avancer les choses. Elle signale plutôt que le comportement et l'interaction observés sont davantage ceux d'acteurs stratégiques en concurrence les uns avec les autres et arrivant à des compromis dans le cadre de jeux de pouvoirs, plutôt que des acteurs travaillant sur la base de la coopération et de l'égalité et qui définissent une vision commune et un programme d'action pour y parvenir » (notre traduction) : J.M. SIMMONS et P. GRAEFE, préc., note 19, p. 33.

35. Christopher DUNN, « Harper without Jeers, Trudeau without Cheers: Assessing 10 Years of Intergovernmental Relations », *IRPP Insight* n° 8, 2016 ; Alain-G. GAGNON, *La Raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2012, p. 117-150.

lisme à une époque donnée. Pourtant, dans une même période, les modes d'interaction peuvent varier entre secteurs³⁶, voire à l'intérieur d'un seul secteur³⁷. Les RIG consistent en une machinerie complexe ; il ne faut pas sous-estimer l'importance des dynamiques propres à chaque secteur.

Ensuite, l'analyse qui met l'accent sur les grands sommets tend à négliger l'importance des relations bilatérales entre le fédéral et les provinces et territoires. Par exemple, Gauvin montre que, si Harper semble s'être désintéressé des RIG dans la mesure où il n'a pas cherché à développer de grandes ententes multilatérales, les relations bilatérales avec les provinces n'ont pas cessé pour autant. La dynamique des relations interprovinciales n'est pas non plus à négliger³⁸.

Enfin, en mettant l'accent sur le niveau d'institutionnalisation des relations au sommet, la littérature des dernières décennies sur les RIG au Canada tend à sous-estimer les innovations et les développements moins visibles, notamment au niveau administratif³⁹. Il est intéressant de souligner à cet effet que la littérature sur le fédéralisme exécutif, qui met aujourd'hui l'accent sur les dynamiques politiques des RIG, reconnaissait au départ l'importance des relations administratives. Pour Smiley, par exemple, la coordination entre gouvernements était une affaire autant de fonctionnaires que d'élus⁴⁰. Pour Gérard Veilleux, les relations intergouvernementales reposaient essentiellement sur des interactions entre fonctionnaires sectoriels⁴¹. Les travaux de Simeon sur la diplomatie fédérale-provinciale ont toutefois changé l'interprétation du fédéralisme exécutif en mettant l'accent sur les grandes négociations d'accords multilatéraux⁴². Les négociations

-
36. Robert SCHERTZER, Andrew McDUGALL et Grace SKOGSTAD, « Collaboration and Unilateral Action: Recent Intergovernmental Relations in Canada », *IRPP Study n° 62*, 2016.
37. Keith G. BANTING, « The Three Federalisms Revisited: Social Policy and Intergovernmental Decision-Making », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
38. Jean-Philippe GAUVIN, « Les relations intergouvernementales au Canada : gage de succès ou d'échec? », *Options politiques*, vol. 33, n° 7, 2012.
39. Carolyn M. JOHNS, Patricia L. O'REILLY et Gregory J. INWOOD, « Intergovernmental Innovation and the Administrative State in Canada », *Governance*, vol. 19, n° 4, 2006.
40. Donald V. SMILEY, *Canada in Question: Federalism in the Seventies*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1972.
41. Gérard VEILLEUX, « Federal-Provincial Administrative Relations in Canada », dans K. KERNAGHAN (dir.), *Bureaucracy in Canadian Government*, 2^e éd., Toronto, Methuen, 1973, p. 33-53.
42. R. SIMEON, préc., note 13.

constitutionnelles des années 1980 ont aussi contribué à consolider cette vision des RIG comme un jeu d'abord politique. Sans être entièrement à l'abri des dynamiques politiques du fédéralisme exécutif, les relations administratives obéissent à une logique qui leur est propre.

En portant un regard plus attentif sur ces aspects des RIG, nous posons un regard plus nuancé sur leur apparent dysfonctionnement. Le reste du chapitre illustre ces caractéristiques à l'aide de données empiriques issues du Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC), des communiqués publiés après les rencontres intergouvernementales, ainsi que d'une vingtaine d'entretiens menés auprès de fonctionnaires provinciaux en 2013 et 2014⁴³.

Variations intersectorielles

Les réunions au sommet entre les premiers ministres, qu'elles soient fédérales-provinciales comme la Rencontre des premiers ministres ou interprovinciales comme le Conseil de la fédération, sont des événements ponctuels et relativement rares. La très grande majorité des interactions intergouvernementales existent au niveau sectoriel⁴⁴. En effet, s'il peut y avoir entre une et trois réunions de premiers ministres annuellement, il peut y avoir entre quarante et soixante réunions ministérielles par année⁴⁵. C'est donc à ce niveau que la majorité des priorités politiques sont négociées et que les ententes sont établies. Ces rencontres sont elles-mêmes soutenues par un ensemble de fonctionnaires experts qui préparent les dossiers, les communiqués ou encore les ententes, que ce soit avant, durant ou après une réunion. Comme l'expliquent Johns, O'Reilly et Inwood, les relations informelles sont excessivement nombreuses et pratiquement impossibles à quantifier. Les communications peuvent se faire par milliers, que ce soit à l'aide d'appels téléphoniques ou de

43. Ces données ont été collectées pour la thèse doctorale d'un des auteurs. Pour plus de détails, voir J.P. GAUVIN, préc., note 7.

44. Herman BARVIS, Gerald BAIER et Douglas BROWN, *Contested Federalism: Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Oxford University Press, 2009.

45. Jean-Philippe GAUVIN, Éric MONTPETIT et Martial FOUCAULT, « Intergovernmental Attention and Government Priorities in Canada », présentation à la conférence *Comparative Agendas Project Conference*, Lisbonne, Portugal, 21-23 juin 2015.

courriels⁴⁶. Bref, les RIG sectorielles sont une importante composante de la machinerie intergouvernementale.

D'un point de vue plus opérationnel, chaque secteur politique se rencontre officiellement au sein de « forums » intergouvernementaux. Comme nous l'avons mentionné, on compte aujourd'hui une trentaine de ces forums sectoriels ministériels et un nombre encore plus important de comités administratifs dirigés par des sous-ministres ou des fonctionnaires. La situation n'est pas nouvelle. Déjà, dans les années 1960, quelque 125 comités administratifs et forums ministériels se réunissaient chaque année⁴⁷. Les RIG sectorielles incluent ainsi des forums ministériels, des comités permanents, des sous-comités administratifs et même des comités interprovinciaux. Alors que ces rencontres avaient autrefois comme objectif principal de clarifier les rôles des divers ordres de gouvernement pour éviter le chevauchement des tâches⁴⁸, elles servent dès le début des années 1960 à faciliter la consultation entre les niveaux de gouvernement, à professionnaliser certains domaines d'activité, à favoriser l'échange des connaissances, à harmoniser les priorités, à coordonner les politiques ou encore à prendre des décisions intergouvernementales.

La figure 1 présente la fréquence annuelle moyenne des rencontres par secteur, tous niveaux confondus (premiers ministres, ministres et sous-ministres) pour 2005 à 2015. On constate qu'il y a une énorme variation dans les pratiques de chaque secteur. Par exemple, certains domaines, comme les services sociaux, la santé et l'éducation sont parmi les cinq secteurs qui se rencontrent en moyenne le plus souvent chaque année. Le secteur de la justice suit les services sociaux de près, avec une moyenne de huit rencontres annuelles dans les dix dernières années. Inversement, des secteurs comme le développement nordique, le commerce ou les affaires autochtones ont l'habitude d'organiser une à deux réunions par année. Une autre observation intéressante à noter est que les résultats s'organisent en grappes, suggérant une certaine régularité. Par exemple, trois secteurs se rencontrent quatre fois par année, avec peu de variation, alors que trois autres tiennent généralement six rencontres par année. Si les réunions sectorielles étaient aussi irrégulières que les rencontres au

46. Carolyn M. JOHNS, Patricia L. O'REILLY et Gregory J. INWOOD, « Formal and Informal Dimensions of Intergovernmental Administrative Relations in Canada », *Canadian Public Administration*, vol. 50, n° 1, 2007.

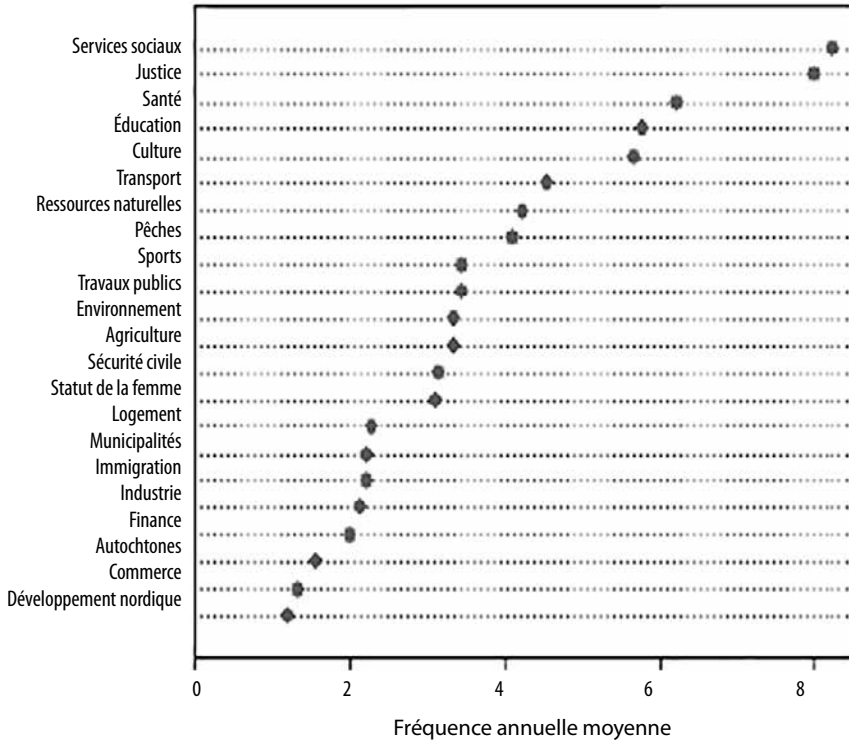
47. Edgar GALLANT, « The Machinery of Federal-Provincial Relations: I », *Canadian Public Administration*, 1965.

48. R. SIMEON, préc., note 13; G. VEILLEUX, préc., note 41.

sommet, il y aurait beaucoup plus de variation entre les secteurs et beaucoup moins de grappes.

Figure 11.1

Fréquences annuelles moyennes des rencontres par secteur, 2005-2015



Les interactions entre les secteurs font l'objet d'un certain nombre d'études depuis quelques années, par exemple l'environnement⁴⁹, l'éducation⁵⁰ ou les services sociaux⁵¹. D'autres comparent les dynamiques

49. Kathryn HARRISON, « Intergovernmental Relations and Environmental Policy: Concepts and Context », dans Patrick C. FAARD et Kathryn HARRISON (dir.), *Managing the Environmental Union: Intergovernmental Relations and Environmental Policy in Canada*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2000.

50. Jennifer WALLNER, *Learning to School: Federalism and Public Schooling in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

51. K.G. BANTING, préc., note 37.

dans plusieurs secteurs⁵². Schertzer et ses collègues comparent notamment les modes d'interaction dominants dans les secteurs de l'agriculture, de l'emploi et de l'immigration sous le gouvernement Harper, de 2006 à 2015. Ils montrent que chaque secteur a ses normes et pratiques, qui mènent à des dynamiques distinctes. Les RIG en agriculture ont par exemple mené à plusieurs stratégies pancanadiennes développées multilatéralement, mais avec une mise en œuvre adaptée aux besoins des provinces. Le secteur de l'emploi a, pour sa part, mené à des initiatives unilatérales fédérales, telle la Subvention canadienne pour l'emploi, qui a par contre été négociée bilatéralement avec chaque province. Finalement, l'immigration a vu naître plusieurs ententes bilatérales, mais aussi une croissance d'approches multilatérales, notamment en ce qui concerne la codification de normes communes aux provinces⁵³. Ces études permettent de souligner l'autonomie relative des RIG sectorielles face aux grandes orientations politiques du moment. Dans certains secteurs, les acteurs ont un fort incitatif à collaborer, et cette collaboration s'organise souvent loin des feux de la rampe, lors de forums ministériels et de rencontres de travail au niveau administratif. Lazar fait d'ailleurs une distinction fort pertinente : « The line ministries often share similar objectives and goals and working together therefore may entail a positive sum game for them whereas, for finance ministries in particular, intergovernmental discussion will often involve zero sum games⁵⁴. »

Outre les différences en matière d'approches et de dynamiques, il est important de noter qu'il existe aussi des différences structurelles importantes entre les secteurs, notamment en ce qui concerne le niveau d'institutionnalisation des divers forums et conseils interministériels. Plusieurs forums ont un secrétariat permanent, comme le Conseil canadien des ministres de l'Environnement (CCME) ou le Conseil des ministres en éducation du Canada (CMEC). La figure 2 présente le

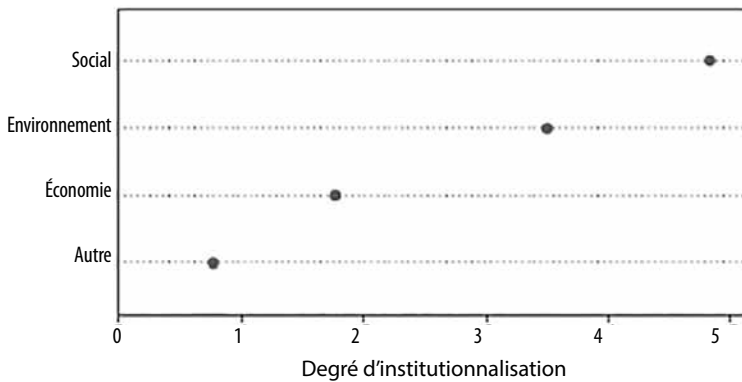
52. Gregory J. INWOOD, Carolyn M. JOHNS et Patricia L. O'REILLY, *Intergovernmental Policy Capacity in Canada: Inside the Worlds of Finance, Environment, Trade, and Health*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2011 ; R. SCHERTZER, A. McDOUGALL et G. SKOGSTAD, préc., note 36.

53. Mireille PAQUET, *La fédéralisation de l'immigration au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2016.

54. « Les ministères sectoriels partagent souvent des objectifs et des buts similaires et travailler ensemble peut donc impliquer un jeu à somme positive pour eux alors que, pour les ministères des Finances en particulier, la discussion intergouvernementale impliquera souvent des jeux à somme nulle » (notre traduction) : Harvey LAZAR, « The Intergovernmental Dimensions of the Social Union: A Sectoral Analysis », *Canadian Public Administration*, vol. 49, n° 1, 2006, p. 42.

pourcentage de forums dans un domaine de politique disposant d'un secrétariat. Par exemple, environ 35 % des forums dans le domaine de l'environnement sont dotés d'une telle institution, ce qui suggère une certaine formalisation des pratiques. On constate cependant que le niveau d'institutionnalisation ne correspond pas nécessairement à un plus fort degré de collaboration⁵⁵. D'autres facteurs, notamment l'articulation d'objectifs communs et d'une vision commune des RIG, favoriseraient selon ces auteurs l'émergence de dynamiques sectorielles plus ou moins collaboratives.

Figure 11.2
Institutionnalisation moyenne par domaine



Consolidation des relations administratives

Plusieurs ont noté l'importance grandissante des rapports administratifs afin de gérer l'interdépendance entre les autorités fédérales et provinciales au Canada⁵⁶. Déjà dans les années 1970, les experts considéraient que les RIG étaient d'abord une histoire administrative et que les relations entre les bureaucraties canadiennes étaient systématiquement appelées à croître⁵⁷. La figure 3 confirme cette tendance, avec quelques

55. R. SCHERTZER, A. McDUGALL et G. SKOGSTAD, préc., note 36; J.P. GAUVIN, préc., note 7.

56. Kathryn HARRISON (dir.), *Racing to the Bottom? Provincial Interdependence in the Canadian Federation*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2006; Michael M. ATKINSON et autres, *Governance and Public Policy in Canada: A View from the Provinces*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

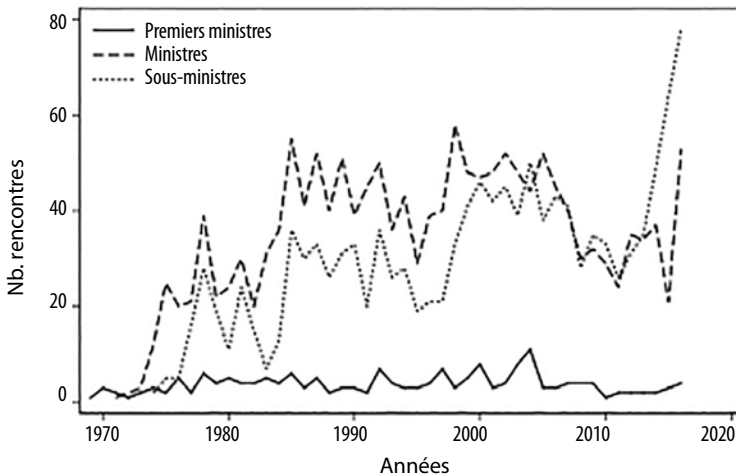
57. G. VEILLEUX, préc., note 41.

bémols. Puisque les relations informelles entre fonctionnaires sont difficilement observables, la figure présente la fréquence des rencontres entre sous-ministres, à l'aide de données provenant du Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC). Les sous-ministres, hauts fonctionnaires faisant le pont entre l'administration et le politique au sein des ministères, sont souvent appelés à siéger à des comités intergouvernementaux. Ils participent aussi activement aux réunions intergouvernementales, que ce soit au nom de leur ministère ou durant les réunions ministérielles. Ainsi, la fréquence de leurs rencontres donne une idée intéressante du poids relatif croissant des relations administratives dans l'ensemble intergouvernemental canadien. En effet, si la fréquence des réunions plus administratives s'apparente à celle des réunions ministérielles, ces dernières ont connu leur plus grand essor dans les années 1980 et ne se sont pas multipliées par la suite. En comparaison, les réunions de sous-ministres ont progressé lentement au fil des années. Cela dit, autant la fréquence des réunions ministérielles que celle des réunions de sous-ministres dépassent largement le nombre annuel de rencontres au sommet entre premiers ministres. Toutefois, il est important de rappeler que ces données, qui isolent les rencontres officielles, ne permettent pas de constater l'ampleur des nombreux comités administratifs, comme l'observait Veilleux dans les années 1970. Il est donc possible de suggérer que les relations informelles entre fonctionnaires sont beaucoup plus courantes.

Comme le démontre la figure 3, la fréquence des réunions de sous-ministres varie selon les époques, de manière remarquablement similaire à celle des réunions ministérielles. Cela s'explique notamment par le fait que les réunions de sous-ministres précèdent souvent celles de leur ministre. Par exemple, les périodes du rapatriement de la constitution et du référendum québécois sur la souveraineté ont vu une certaine diminution du nombre de rencontres, probablement en raison de l'incertitude politique liée à ces événements. La croissance à la fin des années 1990 jusqu'au milieu des années 2000 correspond à la période du fédéralisme collaboratif. De la même façon, le désengagement du gouvernement Harper dans les rencontres officielles pourrait avoir mené à une décroissance du nombre de rencontres entre sous-ministres entre 2006 et 2015. En ce sens, l'augmentation soudaine en 2016 pourrait être liée à la volonté annoncée par le gouvernement Trudeau de renouveler les relations avec les provinces. Il est très intéressant de constater, toutefois, que, si les réunions ministérielles ont suivi une tendance similaire, la croissance en 2016 est beaucoup plus marquée pour les sous-ministres. Il faudra par contre attendre plusieurs années avant de pouvoir constater si cette

augmentation dans les réunions officielles de sous-ministres va s'estomper. Somme toute, la tendance générale dans le temps est à la hausse, suggérant une croissance lente, mais continue des relations administratives.

Figure 11.3
Fréquence des rencontres par niveau, 1975-2016



Les relations administratives ne sont donc pas entièrement immunisées face aux aléas des dynamiques politiques. Elles sont cependant moins susceptibles d'être influencées par le jeu à deux niveaux observé dans les rencontres au sommet. Dans une étude des transferts fiscaux publiée dans les années 1960, Smiley concluait que le succès de la mise en œuvre des politiques intergouvernementales dépendait davantage des bonnes relations entre gestionnaires de programmes que de l'idéologie des gouvernements au pouvoir⁵⁸. Cela s'explique par le fait que les administrateurs ont tendance à partager pratiques, objectifs et valeurs, ce qui limite les conflits et encourage la collaboration⁵⁹.

Il semble que cette situation existe toujours en 2018. Plusieurs fonctionnaires rencontrés ont insisté pour dire que les relations administratives sont très peu politisées. Comme le mentionnait un fonctionnaire du Manitoba, même les conflits politiques entre les provinces et le fédéral

58. Donald V. SMILEY, *Conditional Grants and Canadian Federalism*, Canadian Tax Paper n° 32, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1963.

59. Ronald WATTS, *Administration in Federal Systems*, Londres, Hutchinson Educational, 1970, p. 82.

influencent très peu les relations : « When that sort of negative activity is taking place, it becomes very important that the officials are working behind the scenes to say, “You know, that’s all happening for the show, but we’ve got to do the day-to-day business.” And so we continue on our work⁶⁰. » Des constats similaires ont été avancés par des administrateurs provenant de plusieurs secteurs, comme l’environnement, l’éducation et la santé. De plus, les fonctionnaires restent souvent en poste plus longtemps que les sous-ministres ou les ministres. Cela assure une importante continuité dans les rapports entre acteurs, favorisant du fait la création de liens de confiance stables⁶¹. Plusieurs fonctionnaires interrogés ont expliqué qu’ils connaissaient les collaborateurs participant à leur réseau depuis de nombreuses années, facilitant la réalisation du travail.

La dépolitisation des relations administratives est plus significative encore lorsqu’on analyse le rôle du Québec en matière de coordination intergouvernementale. On pourrait penser que le Québec demeure en marge de ces rencontres plus routinières. C’est en fait tout le contraire. Plus encore, il semblerait que l’arrivée au pouvoir d’un parti souverainiste au Québec en 2012 n’a pas influé sur la participation du Québec aux forums sectoriels multilatéraux⁶². Si le discours officiel à Québec semble en théorie moins ouvert à la collaboration intergouvernementale sous un gouvernement du Parti québécois, nos données suggèrent que la dynamique « sur le terrain » ne varie en fait que très peu. Bien que le Québec ait tendance à faire bande à part lors de la négociation d’ententes multilatérales, en particulier lorsque celles-ci consacrent le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans les domaines de compétence des provinces⁶³, cela ne l’empêche pas de jouer un rôle important dans les nombreux forums sectoriels plus ou moins dépolitisés. En fait, que ce soit sous le Parti libéral ou le Parti québécois, le gouvernement du Québec demeure un acteur important des relations intergouvernementales canadiennes. Plus précisément, il participe à l’ensemble des rencontres sectorielles et cette

60. « Quand ce genre d’activités négatives se déroule, il devient très important que les fonctionnaires travaillent dans les coulisses pour dire : “Vous savez, tout ceci est du spectacle, mais nous devons gérer nos relations au quotidien”. Et nous continuons alors de travailler » (notre traduction).

61. S. DUPRÉ, préc., note 6 ; J.P. GAUVIN, préc., note 7, p. 78.

62. Jean-Philippe GAUVIN, « The Uncooperative Cooperator : Quebec, Partisanship and Intergovernmental Relations », présenté à la conférence annuelle de l’APSA, Philadelphie, 1-4 septembre 2016.

63. Alain NOËL, « Without Quebec : Collaborative Federalism with a Footnote? », *IRPP Policy Matters*, vol. 1, n° 2, 2000, p. 1-25.

participation ne varie pas entre les partis politiques au pouvoir à Québec. De la même façon, les deux partis signent en général le même nombre d'ententes. Par exemple, entre 1960 et 2002, les gouvernements autant libéraux que péquistes ont signé en moyenne 45 accords intergouvernementaux par année. Et si l'arrivée de Jean Charest en 2003 et la création du Conseil de la fédération la même année ont signifié une hausse du nombre d'ententes intergouvernementales signées par le Québec, cette moyenne n'a pas varié avec le court passage au gouvernement du PQ entre septembre 2012 et avril 2014. En effet, entre 2003 et 2015, la moyenne d'ententes signées annuellement par le Québec était d'environ 96, autant chez les gouvernements libéraux que chez le gouvernement péquiste de 2012-2014⁶⁴.

Il existe donc une différence notable entre les relations au niveau politique et les relations administratives. Alors que les relations politiques sont marquées par un jeu à deux niveaux au sein duquel les enjeux électoraux ont souvent préséance sur la collaboration intergouvernementale, les dynamiques au niveau administratif sont beaucoup moins politisées. Les administrateurs deviennent plus aisément autonomes face aux dynamiques politiques, y compris au Québec.

Les relations interprovinciales

La littérature sur le fédéralisme collaboratif a souvent suggéré une croissance des relations interprovinciales au Canada⁶⁵. De la même façon, Éric Montpetit suggère que la corrélation grandissante entre les programmes politiques des provinces est due à une plus grande intensité des relations interprovinciales⁶⁶. Pourtant, si l'on se fie à la fréquence des réunions interprovinciales officielles, les données indiquent une certaine stabilité de l'intensité des relations au fil des années, comme le montre la figure 4. Ces données, qui présentent l'ensemble des rencontres provinciales-territoriales soutenues par le SCIS, dressent un portrait étrangement similaire à celui des rencontres ministérielles dans leur ensemble.

En effet, on peut observer quelques diminutions durant les événements constitutionnels des années 1980 et 1990. La période de la fin des

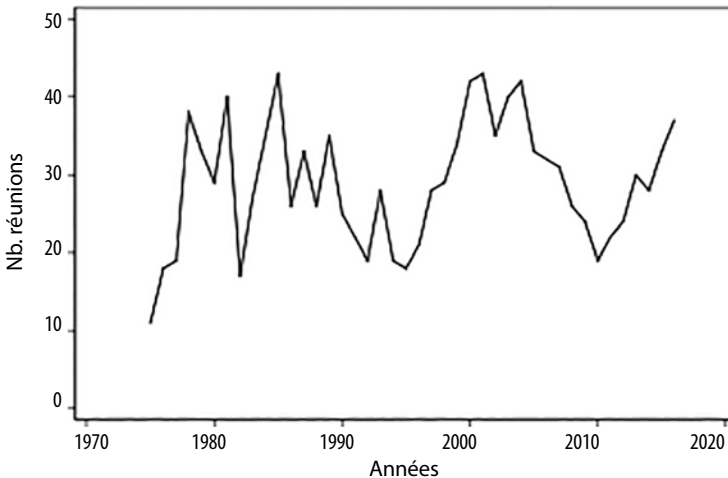
64. J.P. GAUVIN, préc., note 7, p. 61-66.

65. D. CAMERON et R. SIMEON, préc., note 3 ; R. SIMEON et I. ROBINSON, préc., note 29.

66. ÉRIC MONTPETIT, « Are Interprovincial Relations Becoming More Important Than Federal-Provincial Ones », *Federal News*, vol. 3, n° 6, 2012.

années 1990 a vu un bond important dans la foulée des discussions et négociations de l'entente-cadre sur l'union sociale, un accord multilatéral visant à accroître la collaboration en matière de programmes sociaux signé en 1999 par le gouvernement fédéral et l'ensemble des provinces sauf le Québec⁶⁷. Cette augmentation ramenait la fréquence au niveau des années 1970 et 1980. Même l'avènement du Conseil de la fédération en 2003 n'a pas changé la fréquence de ces rencontres. Si ce conseil a permis une certaine formalisation des rencontres entre premiers ministres provinciaux, il semble qu'il n'a pas influencé la fréquence ni la teneur des RIG⁶⁸. Il est par contre très intéressant de noter que même les relations interprovinciales ont légèrement diminué durant le mandat du gouvernement conservateur. Il aurait pourtant été possible de s'attendre à ce que les provinces « prennent le relais » des RIG en l'absence relative du fédéral.

Figure 11.4
Fréquence des rencontres interprovinciales, 1975-2016



Une autre raison pouvant expliquer les limites du rôle joué par le Conseil de la fédération est que les fonctions des relations interprovinciales diffèrent de celles des relations fédérales-provinciales. Plus précisément,

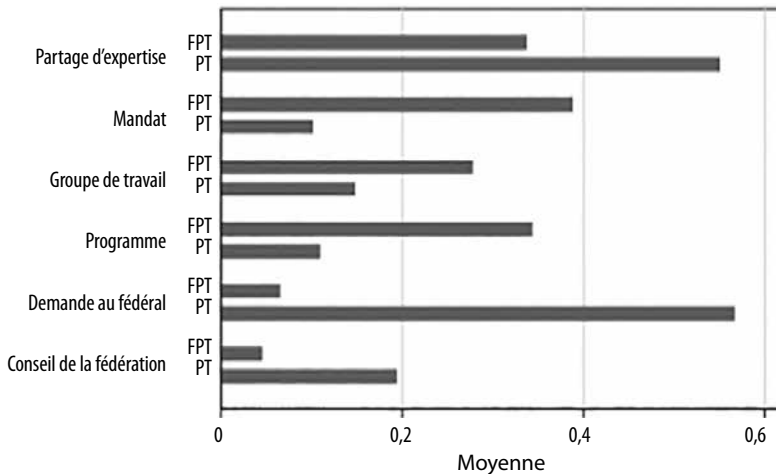
67. Sarah FORTIN, Alain NOËL et France ST-HILAIRE (dir.), *Forging the Canadian Social Union: SUFA and Beyond*, Montréal, Institut de recherche sur les politiques publiques, 2003; Alain-G. GAGNON et Hugh SEGAL (dir.), *The Canadian Social Union Without Quebec: 8 Critical Analyses*, Montréal, Institut de recherche sur les politiques publiques, 2000.

68. E. COLLINS, préc., note 17.

certaines rencontres interprovinciales précèdent une rencontre fédérale-provinciale-territoriale (FPT) d'un ou quelques jours. Ces rencontres peuvent servir aux provinces à établir une position commune en vue de la rencontre avec le gouvernement fédéral. Elles sont nécessairement plus politiques et cherchent à établir des stratégies pour mieux négocier les priorités et les ententes avec le gouvernement fédéral. Ainsi, lorsque ces réunions voient une légère diminution en raison du climat politique, certaines réunions interprovinciales vouées à élaborer une position commune n'ont pas lieu. Les relations interprovinciales ne dépendent pas seulement du Conseil de la fédération et des décisions prises par les premiers ministres, mais aussi de la teneur des relations avec le fédéral.

Figure 11.5

Fonctions des relations interprovinciales



La figure 5 présente le résultat d'une analyse de contenu des communiqués intergouvernementaux publiés sur le site Web du SCIC entre 1997 et 2015. Les données recueillies comparent les rencontres FPT aux rencontres provinciales-territoriales (PT). Les résultats sont fort intéressants. Premièrement, ils confirment que les rencontres PT visent plus souvent le partage d'information et d'expertise que les rencontres FPT. Près de 60 % des communiqués issus des réunions interprovinciales mentionnent explicitement avoir participé à l'échange de meilleures pratiques et d'expertise. Deuxièmement, les rencontres FPT mènent plus souvent à des résultats intergouvernementaux concrets, comme de mandater les fonctionnaires d'entreprendre des discussions ou de travailler

sur un enjeu, de créer un groupe de travail sur une question ou encore de concevoir un programme intergouvernemental. Si les réunions interprovinciales mènent parfois à ces résultats concrets, les réunions FPT le font beaucoup plus couramment. Troisièmement, les demandes explicites adressées au fédéral émanent presque toutes de rencontres interprovinciales, confirmant que celles-ci servent plus souvent à élaborer une position commune en vue de négocier avec le fédéral qu'à formuler des politiques intergouvernementales. Finalement, il est intéressant de noter que le Conseil de la fédération est plus souvent mentionné dans les rencontres PT que dans les communiqués émis à la suite des rencontres FPT, ce qui est normal étant donné la nature interprovinciale du Conseil.

Il est donc possible de constater que les relations interprovinciales sont relativement similaires aux autres rencontres sectorielles. Toutefois, il est important de rappeler que les données présentées n'ont trait qu'aux réunions officielles et n'incluent pas les nombreuses relations informelles entre les gouvernements.

Des nouveaux acteurs : les peuples autochtones

Les RIG au Canada restent un club exclusif. Dans la majorité des cas, seuls les ministres et leurs fonctionnaires sont présents lors des rencontres intergouvernementales. Lorsque vient le temps de négocier les priorités politiques ou même des ententes concrètes, les discussions ont lieu derrière des portes closes. Cette situation se distingue du fédéralisme américain où la fragmentation du système politique donne lieu à une plus grande inclusion des groupes d'intérêt au sein du système intergouvernemental⁶⁹. Au Canada, si les groupes d'intérêt participent généralement à la formulation des politiques⁷⁰, ils sont normalement exclus des discussions intergouvernementales.

Toutefois, si les décideurs restent ultimement les ministres, les parties prenantes sont souvent consultées, dans la plupart des secteurs. La figure 6 présente le résultat d'une analyse de contenu des communiqués intergouvernementaux publiés entre 1997 et 2015 dans différents secteurs.

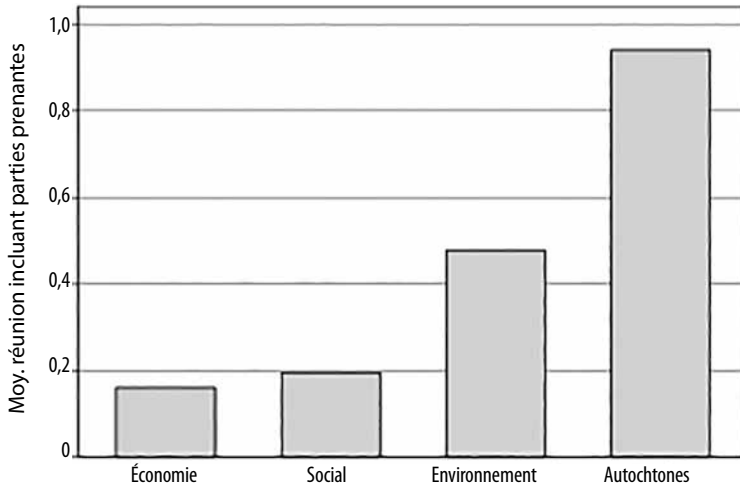
69. Robert AGRANOFF, « Towards an Emergent Theory of Igr Governance at the Dawn of the Network Era », dans Edoardo ONGARO et autres, *Governance and Intergovernmental Relations in the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

70. Éric MONTPETIT, « Are Interest Groups Useful or Harmful? », dans J. BICKERTON et A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 29.

Plus précisément, la figure présente le pourcentage de communiqués publiés mentionnant les parties prenantes ainsi que les peuples autochtones. Les données montrent, de façon intéressante, que le secteur des politiques autochtones est celui où les groupes sont le plus inclus dans le processus. En effet, la très grande majorité des rencontres des ministres responsables des affaires autochtones entre 1997 et 2014 incluait aussi les dirigeants des cinq organisations autochtones nationales, soit les dirigeants de l'Assemblée des Premières Nations (APN), du Ralliement national des Métis, d'Inuit Tapiriit Kanatami, du Congrès des peuples autochtones et de l'Association des femmes autochtones du Canada.

Figure 11.6

Mention des parties prenantes et peuples autochtones par secteur



La présence grandissante des organisations de représentation autochtones au sein des forums intergouvernementaux est sans aucun doute un des changements les plus importants dans les RIG canadiennes au cours des dernières années. Même si cette présence demeure pour l'instant ponctuelle et régie par des règles plutôt floues, elle tend progressivement à se normaliser. Il est à noter que la rencontre annuelle des premiers ministres provinciaux et territoriaux du Conseil de la fédération est désormais précédée d'une journée de rencontre avec les représentants des organisations autochtones. Ces rencontres servent notamment à établir des stratégies communes concernant les enjeux touchant plus particulièrement les peuples autochtones, notamment la violence faite aux femmes, la santé, le décrochage scolaire ou encore le développement économique

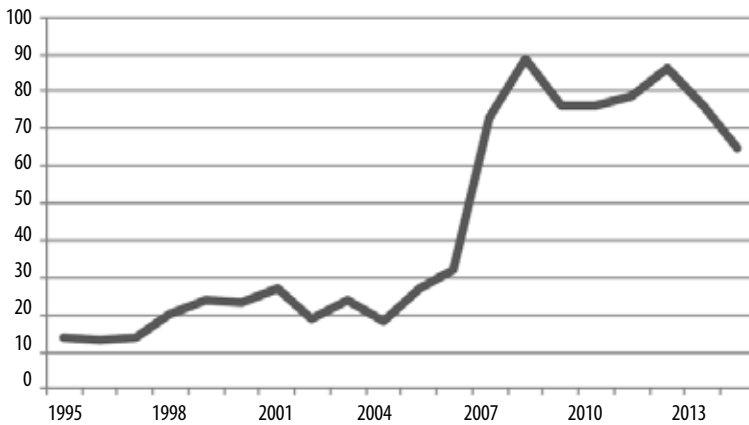
au sein des communautés autochtones. Les organisations autochtones demandent dorénavant la pleine participation à titre de partenaires au sein du Conseil de la fédération, ce qui a mené en 2017 et 2018 à un boycottage de ces rencontres préliminaires par quelques-unes des organisations. Un nouveau forum fédéral, provincial, territorial et autochtone a également été créé en 2016 afin de favoriser le maintien de relations trilatérales plus continues⁷¹.

Les organisations autochtones participant aux rencontres fédérales-provinciales ou interprovinciales ne sont pas des gouvernements. Elles n'exercent pas d'autorité, déléguée ou non, et ne gèrent en fait que très peu de programmes. Ce sont des organisations de représentation dont le rôle décisionnel est nécessairement limité, ce qui cause parfois certaines frustrations et tensions⁷². Cela dit, les relations intergouvernementales avec les Autochtones dépassent largement ce type de forum. On assiste en fait depuis quelques années à une véritable explosion des relations bilatérales et trilatérales entre les gouvernements provinciaux (et territoriaux), le gouvernement fédéral et les différentes autorités autochtones, que ce soit les conseils de bande, les gouvernements autochtones autonomes, les organisations ou gouvernements des Métis, ou encore les organisations autochtones régionales, provinciales et pancanadiennes. Ces relations donnent lieu à la négociation d'ententes sous diverses formes, allant de l'énoncé de principes visant à améliorer la relation à celles, plus substantielles, portant sur le financement des services, le transfert de responsabilités ou encore la création de nouvelles structures conjointes en matière d'éducation ou de santé. La figure 7 donne un aperçu de la croissance rapide des ententes provinciales-autochtones entre 1995 et 2014.

71. GOUVERNEMENT DU CANADA, « Première rencontre des ministres et des dirigeants du nouveau Forum fédéral, provincial, territorial et autochtone (FFPTA) », Communiqué de presse, 10 juin 2016, [En ligne], [www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/06/premiere-rencontre-des-ministres-et-des-dirigeants-du-nouveau-forum-federal-provincial-territorial-et-autochtone-ffpta-.html].

72. Jared WESLEY, « Three of the five national Aboriginal organizations (NAOs) did not attend this year's Council of the Federation. Were they justified in their boycott? », *Options politiques*, 16 août 2017, [En ligne], [policyoptions.irpp.org/magazines/august-2017/national-indigenous-groups-and-the-premiers-meeting/].

Figure 11.7
Nombre d'ententes provinces-autochtones, 1995-2014



Ces ententes ne changent pas en soi le statut des gouvernements autochtones au sein de l'ensemble fédéral canadien. Elles constituent néanmoins une forme de reconnaissance politique de ces derniers et de leur rôle essentiel dans la gouverne du pays. Ces ententes et les multiples et complexes relations qui les sous-tendent ouvrent en ce sens un nouvel espace de gouvernance à niveaux multiples au Canada⁷³.

CONCLUSIONS

À la veille des années 1980, Donald Smiley décrivait trois problèmes découlant du fédéralisme exécutif : ce dernier contribue à la conduite des affaires publiques dans le plus grand secret, à limiter la participation des citoyens dans les affaires publiques et à affaiblir et à réduire l'imputabilité des gouvernements face aux législatures et face au public⁷⁴. Près de quarante ans plus tard, peu de choses ont changé. Comme nous l'avons démontré dans les sections précédentes, les RIG au Canada font toujours face aux mêmes défis institutionnels et idéationnels.

73. Martin PAPILLON et André JUNEAU, *Canada: The State of the Federation, 2013: Aboriginal Multilevel Governance*, Kingston et Montréal, McGill-Queen's University Press, 2016.

74. D.V. SMILEY, préc., note 27.

Les réunions ont toujours lieu dans le plus grand secret. Malgré l'utilité d'analyser les communiqués intergouvernementaux, il reste difficile d'avoir un portrait complet d'une rencontre intergouvernementale. Si plusieurs priorités sont souvent définies, les ordres du jour restent secrets et les obstacles et discussions qui échoppent ne sont pas mentionnés. C'est donc un club qui reste, à bien des égards, fermé aux acteurs extra-étatiques.

Malgré les différents appels lancés par les universitaires pour démocratiser le système⁷⁵, la participation citoyenne reste limitée, voire inexistante dans bien des cas. Les groupes d'intérêt sont souvent consultés par les fonctionnaires, mais ils ne participent pas directement aux processus.

L'imputabilité des gouvernements reste aussi limitée. Les décisions prises en réunion intergouvernementale n'ont pas à être entérinées par la Chambre des communes ou les législatures provinciales. De la même façon, le statut des ententes intergouvernementales demeure ambigu.

Tant les contraintes institutionnelles inhérentes au système que l'ambiguïté qui perdure quant aux finalités des RIG contribuent à limiter les possibilités de réformes du système vers une plus grande formalisation et une plus grande transparence des mécanismes intergouvernementaux. Cela dit, notre analyse de la fréquence et de la nature des divers types de rencontres et ententes intergouvernementales au cours des dernières décennies nous permet de souligner certains traits sous-estimés des RIG canadiennes.

On assiste notamment à une forte diversification sectorielle des RIG, en particulier au niveau administratif. Les dynamiques fédérales-provinciales varient d'un secteur à l'autre et ne suivent pas nécessairement les tendances générales observées. On observe également un certain détachement des dynamiques politiques et administratives. Alors que les RIG au sommet obéissent à une logique d'abord compétitive et sont traversées par un jeu à deux niveaux qui tend à en dénaturer les objectifs, les relations administratives sont souvent à l'abri de ces dynamiques⁷⁶.

75. Jennifer SMITH, *Federalism*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2004 ; Julie M. SIMMONS, « Democratizing Executive Federalism: The Role of Non-Governmental Actors », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford University Press, 2008.

76. De la même façon, la couverture médiatique est souvent trompeuse. À titre d'exemple, une réunion récente des ministres responsables de l'environnement s'est soudainement terminée lorsque trois provinces ont quitté la table de discussion, à la suite d'une

Cette consolidation des dynamiques sectorielles au niveau administratif a notamment un effet corollaire important pour le Québec, un acteur souvent perçu comme étant réfractaire aux relations multilatérales. Nous avons à cet effet souligné la relative stabilité de la participation québécoise aux forums sectoriels, peu importe le gouvernement au pouvoir à Québec. Au-delà des prises de position partisans, le Québec demeure un acteur important dans les processus de coordination au sein de la fédération canadienne.

Même si nous constatons toujours une certaine résistance à la participation formelle d'acteurs non gouvernementaux dans les forums intergouvernementaux, les organisations autochtones y sont cependant de plus en plus représentées. La création récente du Forum fédéral, provincial, territorial et autochtone (FFPTA) s'inscrit en ce sens. La place des Autochtones dans les forums multilatéraux reste cependant contingente au bon vouloir des gouvernements et demeure, pour l'instant, d'abord consultative. C'est en fait ailleurs que la place des acteurs autochtones se fait le plus sentir en matière de relations intergouvernementales, soit dans la négociation d'ententes bilatérales et trilatérales pour la mise en œuvre des politiques et programmes visant les collectivités autochtones. Cette nouvelle dynamique d'élargissement des cadres du fédéralisme canadien par la négociation d'ententes politiques et administratives avec les autorités autochtones est selon nous non négligeable. Sans remettre en question le dualisme fort et les fondements coloniaux du fédéralisme canadien, ces dynamiques contribuent à consolider la place et le statut des autorités autochtone comme troisième pôle gouvernemental distinct au sein des relations intergouvernementales canadiennes.

annonce à la Chambre des communes par Justin Trudeau annonçant qu'il allait imposer un prix sur le carbone aux provinces refusant de s'entendre. Si cette situation laisse présager un fort mécontentement politique des provinces à l'égard de l'annonce fédérale, elle ne représente pas l'ensemble des faits. Le climat n'était pas aussi tendu qu'on pourrait le présumer. Le ministre terre-neuvien a notamment expliqué qu'il avait quitté la réunion à la demande du premier ministre Dwight Ball et que cette situation n'avait pas influencé les relations qu'il avait avec ses homologues des autres provinces : « I shook hands with everyone in the room. They're all good friends there and they all respect what we're having to deal with » (« J'ai serré la main de tout le monde dans la pièce. Ce sont tous de bons amis et ils respectent tous ce à quoi nous devons faire face » (notre traduction) : Daniel MACÉACHEM, « N.L. Environment Minister Trimper Walks out of Meeting over Carbon Tax », *CBC News*, 2016.

Ces dynamiques nous permettent de souligner, malgré ses nombreuses limites, le caractère relativement flexible du système de RIG. En effet, en l'absence d'institutions définissant un ensemble de règles formelles, il est possible pour les gouvernements canadiens de trouver des arrangements ponctuels adaptés aux besoins de tous, à l'aide d'une multitude de moyens, telles les relations informelles au niveau administratif. D'ailleurs, comme l'explique Lazar: «Ambiguity was the midwife of Canada's birth. And ambiguity remains central to the Canadian politics of today⁷⁷.»

77. «L'ambiguïté était la sage-femme à la naissance du Canada. Et l'ambiguïté demeure au cœur de la politique canadienne d'aujourd'hui» (notre traduction) : Harvey LAZAR, *Canadian Social Union: Reality and Myth*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2004, p. 4.

CONCLUSION

Deux Canadas ou une histoire sans fin : les choix institutionnels et l'état de la fédération

YASMEEN ABU-LABAN

INTRODUCTION

Dans les universités au Canada, il est devenu de plus en plus courant de reconnaître le territoire traditionnel et, ce faisant, de rendre compte de son passé, c'est-à-dire celui d'avant 1867, avant la colonisation et l'établissement des colonies européennes¹. Cela contribue à reconnaître que les peuples autochtones ont vécu et continuent de vivre sur les terres, et qu'il existe différentes représentations de la terre dans les identités et les ontologies autochtones d'une façon qui est généralement très différente de celle des colons². Ce type de reconnaissance s'est étendu au-delà des milieux scientifiques pour englober également la culture populaire. Des exemples évidents sont le hockey, un sport aimé partout au Canada et étroitement associé à un certain nationalisme masculinisé, ainsi que la publicité réservée associée à Tim Hortons, qui est différente au Québec et dans le reste du Canada³. Lors d'un match du Classique Héritage de Winnipeg en octobre 2016 entre les Oilers d'Edmonton et les Jets de Winnipeg, sur une patinoire arborant le logo Tim Hortons,

-
1. ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSEURES ET PROFESSEURS D'UNIVERSITÉ, *CAUT Guide to Acknowledging Traditional Territory*, 2016, [En ligne], [www.caut.ca/docs/default-source/professional-advice/list---territorial-acknowledgment-by-province.pdf?sfvrsn=12].
 2. Emma Battell LOWMAN et Adam J. BARKER, *Settler Identity and Colonialism in 21st Century Canada*, Halifax, Fernwood Press, 2015, p. 48-68.
 3. Yasmeen ABU-LABAN, « Donut Nationalism : Tim Hortons and Canadian Identity », dans Tim NIEGUTH (dir.), *Nationalism and Popular Culture*, Abington et New York, Routledge, 2020, p. 19-35.

une annonce a été diffusée avant l'hymne national – une première pour une équipe de la Ligne nationale de hockey (LNH) : les Jets jouaient sur une terre du Traité 1, qui comprend les « territoires originaux des peuples Anichinabé, Cri, Oji-Cri, Dakota et Déné, ainsi que la terre natale des Métis⁴ ».

Nous traversons un moment où il est de plus en plus difficile de cacher les fondements coloniaux du pays, voire d'enterrer son présent colonial. Ces transformations résultent des pressions, autant internationales qu'internes, exercées par les peuples autochtones. Parmi les succès récents, mentionnons en 2007 la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) qui fait des droits des peuples autochtones une composante irrévocable du discours international sur les droits de la personne. Bien que le Canada ait longtemps été hostile à l'adoption d'un cadre international pour les droits des peuples autochtones et qu'il ait d'abord voté contre la DNUDPA aux Nations unies⁵, en 2017, il a donné son appui « sans restriction » à la déclaration. En 2018, le premier ministre Justin Trudeau s'est engagé à entreprendre un processus de mise en œuvre des droits autochtones⁶. S'il reste à voir les résultats tangibles d'un tel processus, cette évolution du discours doit être comprise en lien avec les dynamiques internes du Canada. En particulier, le rapport de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada (CVR), déposé en 2015, a souligné le rôle des pensionnats indiens dans le « génocide culturel⁷ ». Les appels à l'action de la CVR incluent la mise en œuvre de la DNUDPA et exhortent les Canadiens et Canadiennes, les

-
4. Steve LAMBERT, « Jets, Oilers Among Organizations Leading Way in Indigenous Tributes », *CBC News*, 24 October, 2016, [En ligne], [www.cbc.ca/news/canada/manitoba/indigenous-unit-winnipeg-jets-treaty-1-1.3819451]. Pour ajouter à la nature mémorable de ce moment de reconnaissance des terres, deux anciens joueurs légendaires et populaires de la Ligue nationale de hockey, Wayne Gretzky et Dale Hawerchuk, ont été les premiers à déposer les rondelles pour la mise au jeu protocolaire entre les équipes de hockey des Oilers et des Jets après cette annonce.
 5. Andrew S. THOMPSON, « The Slow “Evolution of Standards” : The Working Group on Indigenous Populations and UNDRIP », dans *The Internationalization of Indigenous Rights : UNDRIP in the Canadian Context*, Waterloo, Centre for International Innovation and Governance, 2014, p. 29-35.
 6. Justin TRUDEAU, premier ministre du Canada, « Le gouvernement du Canada créera un Cadre de reconnaissance et de mise en œuvre des droits », 14 février 2018, [En ligne], [pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2018/02/14/gouvernement-du-canada-creera-cadre-de-reconnaissance-et-de-mise].
 7. COMMISSION DE VÉRITÉ ET DE RÉCONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada*, 2015.

gouvernements à tous les niveaux et les institutions – des universités aux musées – à s'engager dans un processus continu de réconciliation⁸.

Quand la reconnaissance du territoire et les idées sur la réconciliation deviennent de plus en plus routinières lors des événements universitaires et commencent même à faire leur entrée dans le sport et la culture populaire, il s'agit certainement du bon moment pour que les politologues s'interrogent sur ce phénomène et, surtout, sur ce qu'il signifie au-delà des simples mots. Comme les politologues eux-mêmes et elles-mêmes sont aux prises avec ce que la réconciliation présage pour l'ensemble de la discipline⁹, je ne prétends pas avoir toutes les réponses à ce qui doit nécessairement être envisagé comme un processus collectif impliquant les peuples à la fois autochtones et non autochtones. Ce que l'on constate, c'est que le débat relatif au génocide culturel, voire relatif au génocide lui-même¹⁰, repose difficilement sur les représentations dominantes et étatiques du Canada en tant que chef de file des droits humains chérissant la diversité¹¹. Nous pouvons également considérer que l'idée selon laquelle la grande majorité des personnes qui vivent au Canada peuvent maintenant partager une identité, une perspective et un ensemble de privilèges en tant que *colons* pose des défis à la fois aux non-Autochtones et aux collectivités¹². Par exemple, les citoyennes et citoyens nés au Canada dont les origines remontent à plusieurs générations, de même que les immigrants et immigrantes et les personnes réfugiées récemment arrivées qui fuient les guerres civiles et les conflits, peuvent considérer difficile de se définir comme des « colons », encore moins comme des privilégiés. Un dialogue nouveau et permanent est donc nécessaire.

Pour ce faire, je pars de la prémisse que le Canada a été formé et qu'il continue d'exister en tant que colonie de peuplement. Par conséquent, toute discussion sur le fédéralisme et son avenir, et plus parti-

-
8. COMMISSION DE VÉRITÉ ET DE RÉCONCILIATION DU CANADA, *Appels à l'action*, 2015.
 9. Yasmeen ABU-LABAN, « Representing a Diverse Canada in Political Science: Power, Ideas and the Emergent Challenge of Reconciliation », *European Political Science*, vol. 15, n° 4, 2016, p. 493.
 10. David B. MACDONALD, « Canada's History Wars: Indigenous Genocide and Public Memory in the United States, Australia and Canada », *Journal of Genocide Research*, vol. 17, n° 4, 2015, p. 411.
 11. À en juger par le contenu du Musée canadien des droits de la personne, le premier musée national ouvert à l'extérieur de la région de la capitale nationale, le gouvernement canadien a trouvé beaucoup plus facile de parler des génocides s'étant déroulés dans d'autres pays que le Canada.
 12. Voir E.B. LOWMAN et A.J. BARKER, préc., note 2.

culièrement sur le rôle du système électoral et des partis politiques dans ce pays, doit tenir compte des relations complexes et inégales qui existent dans les colonies de peuplement en ce qui concerne la race, l'origine ethnique, l'autochtonie, la classe, la langue, la région, le genre et les autres formes de différenciation¹³.

Il existe de multiples récits concernant l'histoire depuis la Confédération, qui à leur tour reflètent des historiographies distinctes, y compris en anglais et en français¹⁴. Mon point de départ est d'assumer qu'une grande partie de l'histoire a été façonnée par les pressions exercées pour que les minorités se conforment au groupe dominant, anglophone. Je soutiendrai qu'il y a une tension continue entre deux modèles lorsqu'il s'agit de l'interface avec divers « autres » qui ne sont pas conformes à cette norme. Le premier modèle offre une vision d'ouverture, d'accueil et de confiance envers les autres, ce qui peut conduire à des formes de reconnaissance et de coexistence. Le deuxième modèle est celui de la fermeture, du rejet et de la peur des autres, et peut mener à des pressions d'assimilation ou à un déni catégorique. Étant donné qu'il y a 35 millions de personnes au Canada et 7 milliards d'habitants dans le monde, chacun d'entre nous, en tant qu'individu, traite quotidiennement avec divers « autres ». Mais l'ouverture ou la fermeture est aussi un choix qui se fait collectivement par le truchement des institutions et de leur mode de fonctionnement, ainsi que de la philosophie qui sous-tend leurs pratiques. Je m'intéresse aux pratiques collectives et, de ce point de vue, il y a essentiellement deux Canadas : un premier qui est ouvert aux autres et un deuxième qui est fermé. Même si les deux ont toujours été présents dans une certaine mesure, la tension entre ces deux Canadas s'est manifestée de différentes façons selon les époques.

Ce chapitre développe cet argument en adoptant une approche en trois temps. Tout d'abord, je mettrai en lumière comment la tension entre le Canada fermé et le Canada ouvert est inscrite au moment même de la fondation du Canada en tant que fédération et continue de se déployer en lien avec les débats normatifs sur le fédéralisme. Deuxièmement, je montrerai comment cette tension entre le Canada ouvert et le Canada fermé s'est également manifestée dans les partis politiques et les élections,

13. Daiva STASIULIS et Radha JHAPPAN, « The Fractious Politics of a Settler Society: Canada », dans Daiva STASIULIS et Nira YUVAL-DAVIS (dir.), *Unsettling Settler Societies: Articulations of Gender, Race, Ethnicity, and Class*, Londres, Sage, 1995, p. 95.

14. Voir, par exemple, Alain-G. GAGNON et Xavier DIONNE, « Historiographies et fédéralisme au Canada », *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n° 9, 2009, p. 10.

en particulier lors des élections fédérales de 2015. Enfin, étant donné qu'un Canada ouvert est une vision normative plus convaincante de l'endroit où nous voulons vivre, je conclurai en examinant les nouvelles possibilités qui s'offrent à nous afin de ré-imaginer un Canada plus ouvert pour le XXI^e siècle.

PARTIE I : LE FÉDÉRALISME : LES DEUX CANADAS DEPUIS LA CONFÉDÉRATION

La création de la fédération canadienne en 1867 figure dans une littérature vigoureuse et croissante sur les pères fondateurs et le fédéralisme, y compris maintenant dans une perspective comparative avec d'autres fédérations telle celle des États-Unis¹⁵. Cependant, on a beaucoup moins écrit sur la question du fédéralisme d'un point de vue autochtone. Il s'agit d'un constat troublant dans la mesure où des politologues autochtones comme Kiera Ladner ont attiré notre attention sur le fait que, bien avant l'occupation coloniale dans les Amériques, les peuples autochtones avaient développé des formes de gouvernance fédérale. À titre d'exemple, Ladner souligne la Confédération des Haudenosaunee (Iroquois) qui a réuni cinq nations souveraines¹⁶. Selon elle, la conséquence de cet effacement des formes de gouvernance autochtone est la production d'une sorte « d'orthodoxie constitutionnelle » sur le fédéralisme dans les Amériques¹⁷. Dans le cas des ouvrages de langue anglaise en science politique et dans des domaines connexes, cette orthodoxie crée un récit qui débute largement avec la Confédération et ignore ce qui s'est passé avant le premier contact ou l'arrivée des Européens et Européennes. Un tel récit, à mon avis, est une forme de déni et, dans la mesure où il a imprégné ou continue d'impré-

15. 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, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 19.

16. Kiera LADNER, « Treaty Federalism : An Indigenous Vision of Canadian Federalisms », dans François ROCHER et Miriam SMITH (dir.), *New Trends in Canadian Federalism*, 2^e éd., Peterborough, Broadview Press, 2003, p. 169. Voir aussi James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.

17. K. LADNER, préc., note 16 ; voir aussi Radha JHAPPAN, « The New World : Legacies of European Colonialism in North America », dans Yasmeen ABU-LABAN, Radha JHAPPAN et François ROCHER (dir.), *Politics in North America : Redefining Continental Relations*, Peterborough, Broadview Press, 2008, p. 28-32.

gner les interprétations publiques de l'histoire et des idées, ou de nos propres écrits et histoires, il illustre un Canada fermé.

Concernant la période qui a précédé la Confédération, comme Martin Papillon le fait remarquer de façon tranchante, aucun délégué ni aucune déléguée autochtone n'a participé aux conférences de 1864 à Charlottetown et à Québec, lesquelles ont jeté les bases de la Confédération¹⁸. Du point de vue des peuples autochtones, ce qui s'est passé après la Confédération est tout aussi déterminant. En 1967, à l'occasion du centenaire de la Confédération, le discours du chef Dan George, « Lamentation pour la Confédération », s'ouvrait sur le refrain : « Et aujourd'hui, quand vous célébrez vos cent ans, ô Canada, je suis triste pour tous les Indiens du pays », poursuivant ainsi :

Ô Canada, comment puis-je célébrer avec vous ce centenaire, ces cent ans ? Dois-je vous remercier pour les réserves qui me sont laissées de mes belles forêts ? Pour les conserves de poissons de mes rivières ? Pour la perte de mon orgueil et de mon autorité, même parmi mon propre peuple ? Par manque de volonté de riposter ? Non ! Je dois oublier ce qui est passé et ce qui est disparu¹⁹.

De même, le 150^e anniversaire de la Confédération, en 2017, a eu un coût inacceptable pour les peuples autochtones, selon Gabrielle Slowey. Ces 150 ans ont été définis par le vol des terres, la violence et l'instrument colonial connu sous le nom de *Loi sur les Indiens*, qui existe toujours aujourd'hui²⁰. Des universitaires et des militantes et militants autochtones ont souligné que le cent cinquantième n'a rien de réjouissant : un ouvrage récent a même été éloquemment intitulé *Surviving Canada: Indigenous Peoples Celebrate 150 Years of Betrayal*²¹. Cette perspective est également représentée graphiquement dans le tableau *The Daddies*²² de l'artiste cri Kent Monkman, exposé pour la première fois en 2016 à l'Université de

18. Martin PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones », dans A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 15, p. 463 et 464.

19. Dan GEORGE, « This Day in History: 1 July 1967 », *The Vancouver Sun*, 2 juillet 2015, [En ligne], [www.vancouversun.com/This+history+July+1967/6876736/story.html].

20. Gabrielle SLOWEY, « Confederation Comes at a Cost: Indigenous Peoples and the Ongoing Reality of Colonialism in Canada », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 33-36.

21. Kiera LADNER et Myra TAIT (dir.), *Surviving Canada: Indigenous Peoples Celebrate 150 Years of Betrayal*, Winnipeg, Arbeiter Ring Publishing, 2017.

22. L'œuvre de Kent Monkman peut être consultée en ligne : [www.kentmonkman.com/painting/2017/1/9/the-daddies]. L'expression « Miss Chief » est un jeu de mots, *mischief* signifiant « méfait ».

Toronto et qui a fait le tour du Canada avec l'exposition plus vaste intitulée *Honte et préjugés : une histoire de résilience* en 2017 et 2018.

The Daddies est une version adaptée du tableau original de Robert Harris *Les Pères de la Confédération*, datant de 1884 (détruit dans un incendie du parlement en 1916) et la copie commandée pour le centenaire par Rex Woods, qui est maintenant au parlement. Cependant, dans *The Daddies*, Monkman prend l'image emblématique et durable des pères de la Confédération et insère la drag queen « Miss Chief » parmi les pères, pointant ainsi vers le fait que les 150 dernières années ont eu des effets négatifs pour les peuples autochtones²³. Pour reprendre les termes de Monkman lui-même :

C'était un effort assez délibéré de faire réfléchir les gens sur les 150 dernières années en termes d'expérience autochtone... Les 150 ans du Canada – qu'est-ce que cela signifie pour les Premières Nations ? Quand j'y ai pensé, j'ai pensé que c'était la pire période, parce que cela remonte à la signature des traités, au début du système des réserves, à l'héritage de l'incarcération, aux pensionnats, à la maladie, à l'enlèvement d'enfants au cours des années 1960, aux femmes disparues et assassinées²⁴.

Le cas des peuples autochtones en ce qui a trait à la Confédération est frappant, tant par rapport aux 150 dernières années qu'en lien avec leur absence dans l'édification même de la Confédération. De plus, d'autres acteurs étaient également exclus des débats sur la Confédération, y compris les femmes²⁵ et les travailleurs et travailleuses²⁶; par conséquent, leurs droits n'étaient pas clairement pris en compte. De même, les débats sur la Confédération n'ont accordé qu'une attention très limitée aux droits des francophones hors Québec²⁷, ce qui explique les luttes de longue date et toujours en cours de ces minorités pour leurs droits linguistiques²⁸.

23. Voir Ged MARTIN, « The Robert Harris Group Portrait », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 40-44.

24. Cité dans Caoimhe MORGAN-FEIR, « Kent Monkman: History Painting for a Colonized Canada », *Canadian Art*, 26 janvier 2017, [En ligne], [canadianart.ca/features/kent-monkman-critiques-canada-150/].

25. Kathryn MCPHERSON, « Gender and the Confederation Debates », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 30-32.

26. Craig HERON, « A Workingman Watches », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 27-29.

27. Marcel MARTEL, « An Example for the World? Confederation and French Canadians », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 7-9.

28. Yasmeen ABU-LABAN et Claude COUTURE, « Multiple Minorities and Deceptive Dichotomies: The Theoretical and Political Implications of the Struggle for a Public French Education System in Alberta », *Revue canadienne de science politique*, vol. 43, n° 2, 2010, p. 433.

L'idée de démocratie est à peine évoquée dans ces débats, sauf d'un point de vue négatif²⁹. Enfin, le caractère colonial de l'ensemble du Canada est mis en évidence dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (anciennement appelée l'Acte de l'Amérique du Nord britannique), établissant que l'Union devait « favoriser les intérêts de l'Empire britannique ». En outre, l'acte constitutionnel fondateur, promulgué par le Parlement britannique, n'était qu'en anglais. Aujourd'hui, il n'existe toujours pas de version française officielle de ce document de première importance.

Dans ce contexte fortement hiérarchisé et colonial, il est plutôt remarquable qu'un système fédéral ait été adopté, surtout si l'on considère que les États unitaires ont été favorisés dans une grande partie de la pensée politique moderne³⁰ et qu'ils avaient la préférence de John A. Macdonald. En dépit de la vision de la Grande-Bretagne, ce choix ne peut s'expliquer que par les luttes et les pressions des Canadiens français et Canadiennes françaises³¹. Bien que les droits des minorités n'aient été abordés que par rapport aux Canadiens français et Canadiennes françaises, aux catholiques³² et aux protestants, c'est sans doute cette compréhension « pactiste » de la fondation qui permet de penser aux éléments et aux possibilités d'un Canada plus ouvert (voir le chapitre de Sébastien Grammond dans ce volume sur la conception négociée et contractuelle du fédéralisme). En effet, bien que les « idées » associées à la Confédération canadienne aient été et continuent d'être débattues³³, il est significatif que Samuel LaSève perçoive, dans la vision de George-Étienne Cartier, un fondement moral

29. Dennis PILON, « Confederation and Democracy », *Canada Watch*, printemps 2016, p. 18-20.

30. Dimitrios KARMIS, « Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien », dans A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 15, p. 63.

31. Yasmeen ABU-LABAN et Tim NIEGUTH, « Reconsidering the Constitution, Minorities and Politics in Canada », *Revue canadienne de science politique*, vol. 33, n° 3, 2000, p. 465.

32. M. MARTEL, préc., note 27, p. 8.

33. Voir Peter J. SMITH, « The Ideological Origins of Canadian Confederation », *Revue canadienne de science politique*, vol. 20, n° 1, 1987, p. 1 ; Janet AJZENSTAT et Peter J. SMITH, « Liberal-Republicanism : The Revisionist Picture of Canada's Founding », dans Janet AJZENSTAT et Peter J. SMITH (dir.), *Canada's Origins: Liberal, Tory or Republican?*, Ottawa, Carleton University Press, 1995, p. 1.

du fédéralisme canadien ancré dans ce qu'il appelle la « fraternité », définie comme une forme de communauté qui permet différents modes de vie³⁴.

Même si, dans la pratique, le fédéralisme n'a pas toujours reflété ce respect des différents modes de vie, c'est la possibilité de ce type d'interprétation qui a contribué à faire en sorte que les discussions sur le fédéralisme dépassent les simples arrangements institutionnels pour aboutir à une reconnaissance explicite et à des débats normatifs sur les différentes visions du fédéralisme³⁵. L'identification par Dimitrios Karmis d'un fédéralisme universaliste (mettant l'accent sur des institutions communes), d'un fédéralisme communautaire (reposant sur des communautés relativement limitées) et d'un « fédéralisme pluraliste » (défini ci-dessous) est un point de départ utile pour la réflexion sur ces différentes visions³⁶. C'est le fédéralisme pluraliste, associé notamment à l'œuvre de James Tully, Samuel LaSelva et Alain-G. Gagnon³⁷, qui m'inspire dans l'imagination d'un nouveau point d'entrée pour penser un Canada ouvert (plutôt que fermé).

Un des problèmes soulevés par les analystes de la gouvernance multi-niveau est qu'une vision « fossilisée » du fédéralisme ou de la gouvernance peut avoir pour effet d'écarter un large éventail d'acteurs de la société civile. Ces derniers peuvent avoir des intérêts distincts, être affectés de manière particulière par des stratégies politiques ou des politiques publiques, ou souhaiter en élaborer d'autres³⁸. Comme le souligne Asha Kaushal, le fédéralisme a évolué depuis 1867, mais, à mesure que la population canadienne elle-même s'est diversifiée en raison de l'immigration, il est nécessaire d'aborder à la fois les droits et, particulièrement, les compétences, de manière plus harmonisée aux formes que prend la

34. Samuel V. LA SELVA, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 25.

35. D. KARMIS, préc., note 30, p. 64.

36. *Ibid.*

37. Pour une vue d'ensemble, voir Martin PAPILLON, « Is the Secret to Have a Good Dentist? Canadian Contributions to the Study of Federalism in Divided Societies », dans Linda A. WHITE, Richard SIMEON, Robert VIPOND et Jennifer WALLNER (dir.), *The Comparative Turn in Canadian Politics*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2008, p. 123 ; Alain-G. GAGNON et Raffaele IACOVINO, *De la nation à la multination : les rapports Québec-Canada*, Montréal, Boréal, 2008, chapitre 3.

38. Caroline ANDREW, « Federalism and Feminism : The Canadian Challenge for Women's Urban Safety », dans Melissa HAUSSMAN, Marian SAWER et Jill VICKERS (dir.), *Federalism, Feminism and Multilevel Governance*, Londres, Ashgate, 2010, p. 83.

diversité collective, notamment les minorités visibles, les personnes multilingues et les minorités religieuses non chrétiennes, entre autres³⁹.

Le type de fédéralisme pluraliste que je préconise est à la fois dynamique et procédural. En s'appuyant sur la compréhension de Karmis, un fédéralisme pluraliste peut être défini comme une forme de fédéralisme qui reconnaît que la culture et l'identité sont complexes et en évolution. Cette conception tient compte du plus grand nombre d'acteurs clés possible, donc pas seulement des provinces et du gouvernement fédéral. Autrement dit, un fédéralisme pluraliste s'adresserait aux acteurs qui ne contrôlent pas les institutions étatiques ainsi qu'à ceux qui les contrôlent, et serait ouvert à des arrangements asymétriques, notamment parce que l'idée d'asymétrie a toujours été une caractéristique déterminante du constitutionnalisme au Canada⁴⁰. Le fédéralisme pluraliste offre une réponse inclusive à la complexité du Canada en ce sens qu'il peut potentiellement s'appliquer à la fois aux minorités nationales et aux autres minorités (comme les minorités ethniques, les immigrants et immigrantes, les femmes en tant que groupe minorisé, etc.). C'est aussi une compréhension pluraliste du fédéralisme qui peut potentiellement commencer à répondre aux appels en faveur d'un « fédéralisme par traités⁴¹ », ainsi qu'à des façons plus respectueuses de partager les terres avec les peuples autochtones dans les régions où les traités n'ont jamais été conclus⁴². Un fédéralisme pluraliste serait donc en mesure d'accommoder la mise en œuvre des droits des peuples autochtones tels qu'ils sont exprimés dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007.

Un tel fédéralisme pluraliste implique nécessairement de ranger les cartes géographiques qui ont façonné et encadré notre imaginaire politique, donc une forme de réapprentissage du fédéralisme canadien et de la constitution. Il s'agit d'aller au-delà des représentations cartographiques du Canada définies uniquement par des lignes de provinces et de territoires, pour aller vers celles qui perçoivent aussi les traités. Une telle vision serait

39. Asha KAUSHAL, « Constitutional Jurisdictions », premier prix, Concours de la famille Baxter sur le fédéralisme 2016-2017, [En ligne], [www.mcgill.ca/law/research/essay-contests/baxter-competition-federalism].

40. D. KARMIS, préc., note 30, p. 67-69. Pour en savoir plus sur l'asymétrie et le constitutionnalisme, voir Guy LAFOREST, « The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism in Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note », *Asymmetry Series*, vol. 1, n° 8, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, School of Policy Studies, Queen's University, 2005, p. 1-5.

41. Voir K. LADNER, préc., note 16.

42. E.B. LOWMAN et A.J. BARKER, préc., note 2, p. 67.

également facilitée en apprenant à conceptualiser et à parler de ce qui existait avant le Canada, les États-Unis et le Mexique d'aujourd'hui, à savoir « l'île de la Tortue », le terme que les peuples autochtones en Amérique du Nord ont utilisé et utilisent actuellement pour désigner l'entièreté de l'Amérique du Nord⁴³.

Selon Jean-François Caron et Guy Laforest, l'abandon du modèle de l'État-nation, associé à une identité unique, au profit d'une forme d'accommodement et de reconnaissance, fait partie de l'émergence d'un « consensus éclairé » dans de nombreuses publications savantes⁴⁴. Un tel consensus est également lié aux conceptions du multiculturalisme et des droits humains au Canada⁴⁵ et à l'échelle internationale⁴⁶. En d'autres termes, l'esprit d'un Canada inclusif et ouvert doit aussi tenir compte des vagues continues d'immigrants et immigrantes et de réfugiés et réfugiées.

Le défi que l'on vient de décrire pourrait ne jamais être « résolu » de façon concluante parce que des conceptions normatives distinctes du fédéralisme sont associées parfois à des minorités nationales (les Québécois

43. Pour un excellent panorama sur l'île de la Tortue, voir R. JHAPPAN, préc., note 17.

44. Jean-François CARON et Guy LAFOREST, « Canada and Multinational Federalism : From the Spirit of 1982 to Stephen Harper's Open Federalism », *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 15, n° 1, 2009, p. 51.

45. En réponse aux conclusions de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, le premier ministre Pierre Elliott Trudeau a annoncé une politique de multiculturalisme dans un cadre bilingue (français et anglais) en 1971. Ce cadre a également été repris dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui offre une reconnaissance aux minorités des langues officielles et au multiculturalisme. À bien des égards, le multiculturalisme a servi de cadre d'inclusion pour les minorités ethniques – c'est-à-dire les Canadiennes et Canadiens non francophones, non anglophones et non autochtones – afin qu'ils et elles puissent revendiquer la reconnaissance et les ressources de l'État. Les minorités ont utilisé le multiculturalisme pour faire valoir leurs revendications en matière d'équité, de représentation et de lutte contre le racisme. Par ailleurs, l'idéal du multiculturalisme s'inscrivait dans les changements apportés à la politique d'immigration du Canada à la fin des années 1960, ce qui a permis d'éliminer les exclusions ethniques et raciales explicites du passé. Par contre, le multiculturalisme n'est pas statique, pas plus que les politiques qui sont étroitement liées à l'évolution du multiculturalisme, telles l'immigration et la citoyenneté. Dès lors, la signification et le contenu du multiculturalisme sont façonnés par les acteurs étatiques, par les acteurs sociaux au pouvoir inégal, ainsi que par les circonstances politiques changeantes. Cette question est discutée dans Yasmeen ABU-LABAN, « Reform by Stealth : The Harper Conservatives and Canadian Multiculturalism », dans Jack JEDWAB (dir.), *The Multiculturalism Question : Debating Identity in 21st Century Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2014, p. 149.

46. Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys : Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

et Québécoises, les francophones et les peuples autochtones considèrent que le fédéralisme implique deux nations ou plus, c'est-à-dire l'expression communautaire et parfois à une majorité nationale (l'expression universaliste avec une identité pancanadienne étant favorisée par les anglophones et peut-être aussi parfois par des minorités racialisées qui sont souvent des immigrantes et immigrants récents et des citoyennes et citoyens nouvellement canadiens)⁴⁷.

Le fédéralisme pluraliste n'est pas seulement un arrangement juridique ou constitutionnel. Il exige un dialogue permanent et le développement d'une compréhension entre les multiples institutions de l'État et de la société civile, avec une attention particulière portée à l'éducation aux niveaux primaire, secondaire et postsecondaire. L'écart entre cet idéal et la pratique devient évident si l'on considère simplement, par exemple, que jusqu'à présent les cours d'histoire et d'études sociales donnés dans les écoles primaires et secondaires ne parlent généralement toujours pas des traités⁴⁸. Le système électoral et les partis sont également pertinents pour façonner cette nouvelle conversation. Mais, là aussi, on constate un écart entre l'idéal et la pratique.

PARTIE II : LES PARTIS POLITIQUES ET LE SYSTÈME ÉLECTORAL : LES DEUX CANADAS AUJOURD'HUI

Du point de vue du fédéralisme (en particulier du fédéralisme pluraliste), il existe des hypothèses très intéressantes concernant les partis et le système électoral. Les politologues canadiens ont utilisé le concept de « partis courtiers » (*brokerage parties*) pour saisir l'idée selon laquelle, en s'efforçant de gagner des mandats électoraux, les partis politiques au Canada ont renoncé à la pureté idéologique au profit d'un changement continu pour attirer le plus grand nombre d'électeurs et d'électrices. Parallèlement, une des hypothèses qui prévaut depuis longtemps dans l'étude de la science politique canadienne est que les partis courtiers jouent un rôle d'édification de la nation/d'unité nationale grâce à leurs

47. Voir Linda CARDINAL et Marie-Joie BRADY, « Citoyenneté et fédéralisme au Canada : une relation difficile », dans Alain-G. GAGNON (dir.), préc., note 15, p. 436; Antoine BILODEAU, Luc TURGEON, Stephen E. WHITE et Ailsa HENDERSON, « Seeing the Same Canada? Visible Minorities Views of the Federation », *IRPP Study*, vol. 56, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 2015.

48. Connie Wyatt ANDERSON, « Canada's Sesquicentennial: Revisiting Confederation », *Canadian Issues*, automne 2014, p. 38-41.

fortes capacités d'attraction en lien avec les enjeux fédéraux-provinciaux⁴⁹. Une autre hypothèse qui prévaut depuis longtemps est que le système électoral canadien du type majoritaire uninominal à un tour a encouragé les partis à réserver leurs propositions pour des régions particulières, s'appropriant ainsi leur rôle d'agents de l'unité nationale⁵⁰. La réforme électorale, même si elle a fait l'objet de nombreuses discussions, s'est révélée irréalisable⁵¹. De plus, d'un point de vue transnational au sein des démocraties libérales, le Canada se distingue par une faible correspondance entre les partis fédéraux et provinciaux en ce qui concerne l'organisation des partis, le comportement des électeurs et électrices, le calendrier des élections et même les enjeux⁵². En ce sens, il existe une coupure entre le fédéral et le provincial, ce qui va à l'encontre de la forme pluraliste du fédéralisme.

Cependant, ce qui a changé au fil du temps, c'est la nature du système de partis fédéral canadien, en particulier le style même de la politique. L'avènement d'un nouveau système de partis, qui remonte à 2006, l'année où les conservateurs de Stephen Harper sont arrivés au pouvoir pour la première fois, marque un tournant. Cette année-là annonçait le début d'un déclin relatif des partis concentrés dans l'Ouest canadien. Les partis politiques ont été aidés par les nouvelles technologies de communication et d'analyse des données pour recueillir des informations sur les électeurs et électrices et ainsi livrer des messages plus finement ciblés. C'est le moment où nous sommes passés d'une *politique de courtage* à une *politique de boutique spécialisée*⁵³. Tout comme une boutique est normalement à la fine pointe et cible un type particulier d'acheteurs et d'acheteuses, par

-
49. Herman BAKVIS et A. Brian TANGUAY, « Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting? », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 3^e éd., Don Mills, Oxford University Press, 2012, p. 97.
50. Alan C. CAIRNS, « The Electoral System and the Party System in Canada, 1921-1965 », *Revue canadienne de science politique*, vol. 1, n^o 1, 1968, p. 55. Concernant le débat sur l'argument classique de Cairns, voir J.A.A. LOVINK, « On Analyzing the Impact of the Electoral System on the Party System in Canada », *Revue canadienne de science politique*, vol. 3, n^o 4, 1970, p. 497.
51. A. Brian TANGUAY, « The Promise of Direct Democracy: Is That All There Is? », dans Alain-G. GAGNON et A. Brian TANGUAY (dir.), *Canadian Parties in Transition*, 4^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 332 et 333.
52. Lori THORLAKSON, « Party Systems in Multilevel Contexts », dans Dan HOUGH et Charlie JEFFERY (dir.), *Devolution and Electoral Politics*, Manchester, Manchester University Press, 2006, p. 41-45.
53. Alex MARLAND et Thierry GIASSON, « From Brokerage to Boutique Politics: Political Marketing and the Changing Nature of Party Politics in Canada », dans A.-G. GAGNON et A.B. TANGUAY (dir.), préc., note 51, p. 343.

opposition à un grand magasin de détail qui peut attirer un plus grand nombre de consommateurs et consommatrices, la politique de boutique consiste à attirer un segment particulier d'électeurs et d'électrices, ce qui peut fragmenter l'électorat.

Dans le système multipartisan actuel, il suffit d'aussi peu que 39 % du vote populaire pour obtenir un gouvernement majoritaire au sein du système électoral. Les partis sont dès lors encouragés, dans les faits, à rechercher des coalitions qui ne remportent qu'un strict minimum de voix⁵⁴. Comme Steve Patten le fait remarquer de manière judicieuse, les stratégies axées sur le marketing mises de l'avant par les conservateurs de Harper – et maintenant employées par tous les partis – « entravent de nombreux aspects de la politique de courtoisie traditionnelle, y compris l'accent mis sur la conciliation des intérêts régionaux dans une conception unifiée de l'intérêt national, ainsi que le désir de calmer les possibles tensions politiques et d'éviter les extrêmes idéologiques⁵⁵ ». Par conséquent, les tendances récentes offrent de nouvelles possibilités de division qui remettent en question un fédéralisme pluraliste.

Dans cette nouvelle ère de communication et de politique numérique, la campagne électorale permanente est de rigueur. De plus, la « politique de polarisation » qui vise à briser l'unité entre les citoyens et citoyennes, souvent par des discours virulents, est toujours une possibilité, bien qu'elle ne soit pas inévitable⁵⁶. La tendance d'un tel style de politique à renforcer un Canada fermé, par opposition à un Canada ouvert, est évidente avec l'adoption par les conservateurs de Harper d'un nationalisme nostalgique et patriotique, insistant sur l'histoire militaire et les liens du Canada avec la Grande-Bretagne et la monarchie⁵⁷. Une telle vision était non seulement aliénante pour les Québécois et Québécoises francophones et les peuples autochtones⁵⁸, mais elle allait de pair avec l'affaiblissement des droits de la

54. Steve PATTEN, « The Evolution of the Canadian Party System: From Brokerage to Marketing-Oriented Politics », dans A.-G. GAGNON et A.B. TANGUAY (dir.), préc., note 51, p. 20.

55. *Ibid.*, p. 19.

56. *Ibid.*, p. 20.

57. Yasmeen ABU-LABAN, « The Politics of History Under Harper », *Labour/Le Travail*, vol. 73, 2014, p. 215-217; Y. ABU-LABAN, préc., note 3.

58. Alain NOËL, « History Under Harper: Leaving Québec, and Much Else, Outside Canada », *Labour/Le Travail*, vol. 73, 2014, p. 210-212; Kiera L. LADNER et Michael MCCROSSAN, « Whose Shared History? », *Labour/Le Travail*, vol. 73, 2014, p. 200-202.

personne et des éléments antiracistes du multiculturalisme, une politique en place depuis 1971⁵⁹.

De même, la rhétorique de la campagne électorale de 2015 des conservateurs de Harper a laissé beaucoup à désirer du point de vue d'un Canada ouvert. L'accent a été mis sur la question des niqabs lors des cérémonies de citoyenneté, une manière de signaler directement les « pratiques culturelles barbares » et la révocation de la citoyenneté des Canadiennes et Canadiens naturalisés définis comme « terroristes ». La rhétorique était à la fois source de divisions et exploitée par les courants contemporains du racisme antimusulman.

Il s'agissait également d'une attaque plus vaste contre les droits de la personne et contre l'immigration qui a été alimentée par l'utilisation par Harper d'expressions comme Canadiens de « souche », ce qui semblait diviser les Canadiens d'origine européenne (la soi-disant souche) et les autres⁶⁰. Au milieu de la campagne de 2015, les historiennes Karen Dubinsky et Franca Iacovetta ont observé que « la musulmane voilée d'aujourd'hui se joint à une longue lignée de femmes immigrantes que ce pays a craintes et prises en pitié, mais toujours stéréotypées, depuis au moins un siècle⁶¹ ». Suivant ce propos, elles ont rappelé aux électeurs et électrices qu'historiquement les femmes issues de différents groupes « indésirables » étaient injustement vilipendées et ciblées pour leur tenue vestimentaire. Cela inclut notamment des femmes de Doukhobors qui labouraient dans les prairies avec leurs visages couverts de babouchkas, des femmes islandaises qui portaient un bonnet distinctif avec un pompon ou des femmes italiennes qui portaient des foulards noirs⁶². En racontant ces histoires, elles font valoir que, même si les femmes de ces groupes étaient historiquement considérées comme ne s'adaptant pas correctement au Canada, dans le contexte contemporain, les Canadiens et Canadiennes d'origine de ces groupes étaient probablement ceux et celles à qui le premier ministre Stephen Harper croyait parler lorsqu'il a utilisé le terme clivant « Canadien de souche ».

59. Y. ABU-LABAN, préc., note 45.

60. Mark GOLLUM, « Stephen Harper's "old-stock Canadians": Politics of Division or Simple Slip? », *CBC News*, 19 septembre 2015, [En ligne], [www.cbc.ca/news/politics/old-stock-canadians-stephen-harper-identity-politics-1.3234386].

61. Karen DUBINSKY et Franca IACOVETTA, « Baba Wore a Burqa, and Nona Wore a Niqab », *Active History*, 16 octobre 2015, [En ligne], [activehistory.ca/2015/10/baba-wore-a-burqa-and-nona-wore-a-niqab/].

62. *Ibid.*

Le refus des conservateurs de Harper d'admettre des réfugiées et réfugiés syriens a également été un élément d'une réponse canadienne fermée qui s'est révélée être une source de division, même chez les conservateurs. C'est ce qu'a montré le plaidoyer de l'ancienne membre du gouvernement Mulroney, Barbara McDougall, dans *The Globe and Mail*, en demandant à Harper de répondre aux besoins d'un nombre croissant de réfugiées et réfugiés syriens. Au cours de la campagne électorale, leur sort a trouvé un écho dans la reproduction mondiale de l'image d'Alan Kurdi, un enfant de trois ans retrouvé sans vie, noyé dans la mer Méditerranée, alors que sa famille tentait désespérément de trouver un lieu sécuritaire, loin de la Syrie. En parlant de Stephen Harper, McDougall y est allée d'une observation rhétorique :

Il ne veut certainement pas entrer dans l'histoire, quel que soit le moment, avec l'image déchirante d'un tout-petit tragiquement noyé tout au haut de son dossier. Et cela pourrait bien dominer, quelles que soient ses réalisations au gouvernement, à moins qu'il ne trouve un moyen de naviguer dans le flot de sympathie que les Canadiennes et Canadiens de tous les horizons, y compris de nombreux conservateurs, expriment maintenant⁶³.

En fait, l'ouverture ou la fermeture du Canada à l'égard des réfugiées et réfugiés varie selon les époques, et le Canada fermé a des racines très profondes⁶⁴.

Cependant, le danger de la campagne électorale permanente – et les gains qui peuvent être espérés grâce aux clivages – ne se limitent pas à la promotion d'un Canada fermé pendant les élections. Cela se passe désormais aussi entre les élections. Prenons par exemple le cas de Marie-Claude Landry, présidente de la Commission canadienne des droits de la personne, qui a publié un communiqué de presse le lendemain même de la victoire électorale surprise des libéraux de Justin Trudeau en 2015, demandant au nouveau gouvernement d'« agir rapidement pour endiguer l'érosion des droits de la personne au pays et de réparer les préjudices en abrogeant les lois et en révisant les politiques qui favorisent la discrimination et les

63. Barbara MCDUGALL, « Mr. Harper: This Refugee Crisis Should be Your Moment », *The Globe and Mail*, 8 septembre 2015, [En ligne], [www.theglobeandmail.com/opinion/mr-harper-this-refugee-crisis-should-be-your-moment/article26259650/].

64. Irving ABELLA et Harold TROPER, *None is Too Many: Canada and the Jews of Europe 1933-1948*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

préjugés. Personne ne devrait vivre dans la peur à cause de ce qu'il est ou parce qu'il n'a pas les mêmes croyances que la majorité⁶⁵».

Ce communiqué de presse s'accompagnait d'un appel lancé par Landry à Trudeau et au Parlement, pour qu'ils ou elles se penchent sur les récents développements des politiques et les silences sous le gouvernement Harper et pour que les mesures suivantes soient prises :

- Réécrire et renommer la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* afin de supprimer toute insinuation selon laquelle certaines religions constituent une menace pour la société canadienne ;
- Accélérer le processus d'admission des réfugiées et réfugiés et des demandeurs et demandeuses d'asile fuyant la guerre, les persécutions et la dévastation de l'environnement, et veiller à ce que le processus de sélection ne soit pas discriminatoire ;
- Veiller à mettre fin à la détention et à l'emprisonnement arbitraires de milliers de personnes sans papier qui demandent l'asile au Canada, dont un grand nombre souffrent de maladie mentale ;
- Convoquer immédiatement une enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues ou assassinées, et élaborer un plan d'action pancanadien ;
- Veiller à ce que toutes les personnes au Canada aient accès à de l'eau potable salubre et à un logement adéquat ;
- Mettre fin au financement inéquitable des services de protection de l'enfance et des écoles dans les réserves des Premières Nations ;
- Modifier la *Loi canadienne sur les droits de la personne* afin de protéger explicitement les personnes transgenres contre la discrimination ;
- Mettre fin à la surutilisation des périodes prolongées d'isolement pour gérer les délinquants et délinquantes, une pratique qui s'applique de façon disproportionnée aux détenues et détenus noirs et autochtones et aux délinquantes et délinquants atteints de maladie mentale ;
- Protéger le droit de toutes les femmes d'exprimer leurs croyances religieuses⁶⁶.

65. Marie-Claude LANDRY, présidente de la Commission canadienne des droits de la personne, « Endiguez l'érosion des droits de la personne au Canada et réparez les préjudices », communiqué de presse, 20 octobre 2015.

66. *Ibid.* Adoptée en 2015, la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* a modifié la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada en interdisant

Étant donné l'importance des thèmes liés au racisme antimusulman (ou à l'islamophobie) lors des élections fédérales de 2015, il n'est pas surprenant que, lorsque le chef Justin Trudeau a prononcé son discours de victoire devant les militants du parti, il a suscité des applaudissements pour avoir dit « un Canadien est un Canadien est un Canadien⁶⁷ ». Le fait qu'une déclaration aussi banale et répétitive puisse trouver un écho aussi fort est lié au contexte électoral. Cette déclaration visait à présenter un Canada ouvert, du moins symboliquement, en ce qui concerne les Canadiennes et Canadiens musulmans et les immigrantes et immigrants. Trudeau et les membres de son cabinet ont répété cette déclaration à maintes reprises durant leur premier mandat (2015-2019).

Cependant, il est important de mentionner que la tension entre les deux Canadas – fermé et ouvert – n'est pas strictement partisane. Par exemple, Justin Trudeau et les libéraux ont récemment appuyé la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* de 2015, celle-là même que la Commission canadienne des droits de la personne a critiquée, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, pour alimenter les stéréotypes religieux et plus particulièrement le racisme antimusulman. De plus, les révocations de la citoyenneté de Canadiennes et Canadiens nés à l'étranger se sont multipliées depuis l'arrivée au pouvoir des libéraux de Trudeau⁶⁸.

Par ailleurs, étant donné les enjeux du fédéralisme multinational, par traités ou pluraliste, l'appel à l'uniformité canadienne à travers la citoyenneté n'a pas nécessairement le même attrait pour de nombreuses personnes au Québec, pour les peuples autochtones ou encore pour les francophones hors Québec qui entretiennent des relations juridiques et constitutionnelles distinctes avec l'État canadien. Cela complexifie la situation, car l'appel à l'inclusion de la citoyenneté fait partie d'un programme antiraciste caractérisant le climat mondial actuel marqué par le racisme antimusulman et la peur de l'autre. C'est dans ce climat que *The Guardian* a publié un

l'entrée aux étrangers et étrangères ou aux résidentes et résidents permanents qui pratiquent la polygamie. Elle a aussi modifié la *Loi sur le mariage civil* pour empêcher la pratique du mariage forcé. Comme ces deux pratiques ont été stéréotypées comme « musulmanes », le langage des « pratiques culturelles barbares » est largement considéré comme un courant contemporain du racisme antimusulman.

67. Justin TRUDEAU, « Justin Trudeau, for the Record: "We Beat Fear with Hope" », *Maclean's*, 20 octobre 2015, [En ligne], [www.macleans.ca/politics/ottawa/justin-trudeau-for-the-record-we-beat-fear-with-hope/].
68. Evan DYER, « Trudeau Government Revoking Citizenship at a Much Higher Rate than Conservatives », *CBC News*, 9 octobre 2016, [En ligne], [www.cbc.ca/news/politics/citizenship-revocation-trudeau-harper-1.3795733].

article où le Canada était déclaré la dernière « nation immigrante » du monde et possiblement le premier pays « postnational⁶⁹ ». Dans ce contexte international plus large, la compréhension pluraliste du fédéralisme serait beaucoup plus convaincante si elle s'accompagnait d'une conversation antiraciste plus globale sur l'immigration, l'islamophobie et la diversité au XXI^e siècle.

Les partis politiques canadiens axés sur le marketing peuvent-ils y parvenir? Cette question lancinante est clairement liée aux perspectives d'un Canada ouvert.

PARTIE III : RÉ-IMAGINER UN CANADA OUVERT

Les politologues n'ont pas de boules de cristal pour prédire rigoureusement l'avenir ni même le fédéralisme et son avenir. Dans les deux premières parties, j'ai analysé notre passé et notre présent à la recherche de modèles. Il est clair que, si la tension entre l'ouverture et la fermeture s'est manifestée de différentes façons au fil du temps, elle n'est jamais disparue complètement. D'ailleurs, il se peut qu'elle ne disparaisse jamais. À ce titre, je ne peux offrir que quelques réflexions sur la façon dont l'avenir pourrait être plus inclusif pour les citoyennes et citoyens, ainsi que pour les citoyennes et citoyens potentiels, c'est-à-dire relativement plus ouvert, plutôt que catégoriquement et complètement ouvert.

À cet égard, les cabinets de Justin Trudeau au cours de son mandat à la tête d'un gouvernement majoritaire (2015-2019) et d'un gouvernement minoritaire (2019-) sont intéressants en raison de leur pluralisme de représentation en matière de genre, ainsi que par son inclusion des peuples autochtones et des autres minorités, y compris les personnes réfugiées. Pourtant, comme nous le constatons, le fait que le ministère de la Justice ait été dirigé, lors du premier mandat, par Jody Wilson-Raybould n'a pas pour autant signifié que les appels de la Commission de vérité et de réconciliation du Canada (CVR), comme la mise en œuvre juridique de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, ont été reçus favorablement⁷⁰. De plus, l'exclusion de Wilson-Raybould du

69. Charles DORAN, « The Canada Experiment: Is This the World's First "Postnational" Country? », *The Guardian*, 4 janvier 2017, [En ligne], [www.theguardian.com/world/2017/jan/04/the-canada-experiment-is-this-the-worlds-first-postnational-country].

70. Laura KANE, « Jody Wilson-Raybould Lays out Vision for UN Indigenous Rights Declaration », *CBC News*, 7 septembre 2016, [En ligne], [www.cbc.ca/news/canada/

caucus libéral et sa ré-élection à titre de députée indépendante en 2019 ont soulevé de sérieuses questions quant à la capacité du premier ministre et du Parti libéral du Canada de représenter les intérêts des peuples autochtones. Dans la même veine, le fait d'avoir nommé, lors du premier mandat, Ahmed Hussein, un réfugié somalien au Canada, comme ministre de l'Immigration, ne s'est pas automatiquement traduit par une dénonciation publique de l'interdiction de voyager imposée par le président Donald Trump à certains pays musulmans (dont la Somalie) comme étant raciste⁷¹.

Cela étant, le fait d'avoir un cabinet qui commence à « ressembler » au Canada a une certaine portée symbolique, malgré les contraintes structurelles et les relations de pouvoir au sein du cabinet et du caucus qui peuvent créer des obstacles au moment de poser des gestes concrets. En outre, la représentation symbolique et les politiques elles-mêmes ne devraient pas être considérées comme étant sans rapport simplement parce que les individus subissent parfois des contraintes. On pourrait penser qu'un système électoral plus proportionnel pourrait produire un Parlement plus représentatif, ce qui est également important sur le plan symbolique, même si, comme le souligne Brian Tanguay dans le présent ouvrage, il n'est pas certain qu'au Canada la réforme du système électoral uninominal majoritaire à un tour constituerait une panacée pour les questions relatives à la représentation régionale et linguistique.

Compte tenu des incertitudes liées à la réforme électoral, il est pertinent d'examiner le rôle important que jouent les partis politiques et le système électoral par rapport aux idées et au discours, un point soulevé il y a plusieurs années par Janine Brodie et Jane Jenson⁷². Mon point de départ était que le Canada a été formé et demeure une colonie de peuplement. Les colonies de peuplement sont par définition diverses et ne peuvent reposer sur des mythes d'origine commune pour unir les peuples. Au mieux, ils peuvent s'inspirer de l'idée d'un destin commun⁷³. Une forme pluraliste de fédéralisme pourrait être un moyen pour les minorités nationales, les minorités ethniques, les minorités religieuses et les peuples autochtones de

british-columbia/jody-wilson-raybould-lays-out-vision-for-un-indigenous-rights-declaration-1.3752129].

71. John GEDDES, « On Trump Travel Ban New Immigration Minister Plays it Cool », *Macleans's*, 29 janvier 2017, [En ligne], [www.macleans.ca/politics/ottawa/on-trumps-travel-ban-canadas-new-immigration-minister-plays-it-cool/].

72. Janine BRODIE et Jane JENSON, *Crisis, Challenge and Change: Party and Class in Canada*, Toronto, Methuen, 1980.

73. Daiva STASIULIS et Nira YUVAL-DAVIS, « Introduction », dans D. STASIULIS et N. YUVAL-DAVIS (dir.), préc., note 13.

trouver un terrain d'entente : l'union de tous ces groupes pourra rendre le Canada plus ouvert. Cependant, cela implique de trouver des moyens de nourrir des formes plus vigoureuses de solidarité afin que cette perspective puisse fleurir. À cet égard, la façon dont les gouvernements et les institutions répondent aux appels pressants de la CVR pourrait être une nouvelle avenue importante de réflexion sur l'histoire, non seulement depuis 1867, mais aussi plus ancienne, ainsi que sur les traités et les territoires. C'est peut-être l'un des éléments centraux pour vivifier le fédéralisme pluraliste, non seulement au sein des partis, mais aussi d'autres institutions.

Actuellement, le contexte international plus large, dont le Canada fait partie, n'est guère propice à l'appui d'une vision pluraliste ouverte. Des États-Unis à l'Europe, et au-delà, on constate des parallèles entre les développements actuels et les années précédant la Deuxième Guerre mondiale. Cela génère de nombreux débats non seulement sur le populisme, mais aussi sur l'autoritarisme et même le (néo)fascisme⁷⁴. L'avenir incertain d'aujourd'hui, caractérisé par le Brexit, la politique marquée par la post-vérité et les décrets présidentiels américains bannissant certains pays et ciblant les sans-papiers constituent des défis de taille. En particulier, de telles actions remettent en question la confiance de plusieurs dans la capacité des institutions des démocraties libérales, ainsi que des institutions associées à l'architecture internationale d'après-guerre, à survivre indemnes. Il est possible que cet avenir incertain et sombre à l'échelle mondiale puisse servir de tremplin pour promouvoir une manière différente de penser le Canada et son avenir : à quoi ressembleraient nos politiques si nous ne voulons pas que l'avènement d'un Trump « se produise ici au Canada⁷⁵ » ?

Éviter le populisme comme celui qui est alimenté par Trump exige sans doute l'adoption de politiques sociales qui atténuent les inégalités socioéconomiques, l'ouverture aux immigrantes et immigrants et aux réfugiées et réfugiés, des initiatives antiracistes et l'instauration d'un dialogue continu fondé sur la reconnaissance que le Canada est diversifié et que cette caractéristique ne va aller qu'en s'accroissant. La fusillade dans une mosquée de Sainte-Foy (Québec), qui a fait six morts au début de 2017, a été suivie de déclarations puissantes et émouvantes du premier

74. Isabel BEST, «Should We Even Go There? Historians on Comparing Fascism to Trumpism», *The Guardian*, 13 décembre 2016, [En ligne], [www.theguardian.com/us-news/2016/dec/01/comparing-fascism-donald-trump-historians-trumpism].

75. Stephanie LEVITZ, «Could Trump-style Populism Happen Here in Canada?», *The Star*, 5 février 2017, [En ligne], [www.thestar.com/news/canada/2017/02/05/could-trump-style-populism-happen-here-in-canada.html].

ministre Justin Trudeau, de l'ancien premier ministre du Québec Philippe Couillard, de plusieurs maires et de l'imam de la mosquée⁷⁶. Les gens ordinaires des villes du Québec et du Canada qui ont participé aux vigiles ont également exprimé des sentiments humains. Ces exemples forment la base du discours humaniste nécessaire pour soutenir un Canada ouvert.

Les forces en faveur d'un Canada fermé n'ont jamais complètement disparu et la tension entre le Canada fermé et le Canada ouvert est en fait enracinée dans la fondation du Canada en tant que colonie de peuplement, où les relations inégales ont été le moteur de « l'édification d'une nation nordique⁷⁷ ». Néanmoins, la nature de ce régime politique est collective et le processus est en voie de réalisation. Si nous considérons le Canada ouvert comme une vision plus convaincante de l'endroit où nous voulons vivre, cela implique nécessairement un engagement continu – que ce soit en empruntant la voie du système politique et des partis, du système d'éducation, des médias, des mouvements sociaux, des syndicats – dans la rue ou dans les conversations au jour le jour.

En juin 2017, juste avant de souligner les célébrations du 150^e anniversaire de la Confédération, le gouvernement du Québec a décidé de tenir une discussion avec tous les Canadiens et Canadiennes sur l'avenir du Québec au sein de la fédération, compte tenu du fait que la province n'a toujours pas signé les modifications apportées à la Constitution en 1982⁷⁸. Il s'agit d'un rappel pertinent que la quête d'un tel engagement et d'un fédéralisme pluraliste fait partie intégrante de la politique canadienne qui perdurera bien après le 150^e anniversaire de la Confédération. Les deux Canadas reposent ainsi sur une histoire qui se déploie, se transforme et dont on ne peut imaginer la fin.

Traduction : Priscyll Anctil Avoine

76. En fait, l'auteure britannique de Harry Potter, J.K. Rowling, a qualifié le discours de l'imam comme « extraordinaire et humain » : Rob DRINKWATER, « J.K. Rowling Praises Quebec Imam's "Extraordinary" Eulogy to Mosque Shooting Victims », *The Huffington Post*, 6 février 2017, [En ligne], [www.huffingtonpost.ca/2017/02/05/quebec-city-imam-speech-mosque-shooting_n_14630182.html].

77. John Murray GIBBON, *Canadian Mosaic: The Making of a Northern Nation*, Toronto, McClelland and Stewart, 1938.

78. QUÉBEC, SecrÉTARIAT AUX RELATIONS CANADIENNES, *Québécois : notre façon d'être Canadiens : politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, 2017.

Notes à propos des directeurs et des auteurs

Notes à propos des directeurs

Alain-G. Gagnon est titulaire de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes à l'Université du Québec à Montréal (UQAM). Ses ouvrages les plus récents incluent, en tant qu'auteur, *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational* (Québec Amérique) et *L'âge des incertitudes : essais sur le fédéralisme et la diversité nationale* (PUL) ; en tant que co-auteur *Federalism, Citizenship, and Quebec* (UTP) et, en tant que codirecteur, *Federal Democracies* (Routledge) et *Political Autonomy and Divided Societies* (Palgrave Macmillan). Il est le président sortant de l'Académie des sciences sociales de la Société royale du Canada (2019-2022) et le directeur fondateur du Centre d'analyse politique : constitution et fédéralisme à l'UQAM. En 2018, il a été décoré du grade de chevalier de l'Ordre de la Pléiade et, en 2019, il a été nommé officier de l'Ordre du Canada.

Johanne Poirier enseigne le droit constitutionnel et le fédéralisme comparé à la Faculté de droit de l'Université McGill, où elle est titulaire de la Chaire Peter MacKell sur le fédéralisme. Elle a préalablement été professeure à l'Université libre de Bruxelles. Ses recherches et ses publications portent sur les fondements, le potentiel, les risques et les expressions concrètes du « phénomène fédéral », en particulier dans les sociétés plurinationales et multiculturelles, ainsi que sur l'intersection entre le droit et les relations intergouvernementales dans les régimes fédéraux, avec un accent particulier sur les accords intergouvernementaux. Elle a participé à de nombreuses missions d'experts sur l'élaboration des constitutions dans plusieurs pays. En 2015, elle a codirigé l'ouvrage *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics* (Oxford University Press) avec Cheryl Saunders et John Kincaid.

Notes à propos des auteurs

Yasmeen Abu-Laban est professeure de science politique à l'Université de l'Alberta et spécialiste des enjeux relatifs au genre et à l'ethnicité. Elle a beaucoup publié sur la citoyenneté et les minorités au Canada. Elle a été présidente de l'Association canadienne de science politique en 2016-2017 et est vice-présidente de l'Association internationale de science politique pour 2018-2020. Elle fait également partie du comité de rédaction de *Canadian Ethnic Studies*. En

2018, l'Université de l'Alberta lui a attribué la prestigieuse Chaire de recherche du Canada sur les dimensions politiques de la citoyenneté et des droits de la personne.

Eva Maria Belser est titulaire d'une Chaire UNESCO sur les droits de l'homme et la démocratie et de la Chaire de droit constitutionnel et administratif à l'Université de Fribourg, où elle codirige également l'Institut du fédéralisme, en plus de diriger l'unité internationale. La professeure Belser est une spécialiste du fédéralisme, de la démocratie et des relations intergouvernementales et codirige le Centre suisse d'expertise en droits de l'homme. Ses publications récentes incluent une réflexion sur la protection des minorités nationales dans la fédération suisse, la mise en œuvre des droits de l'homme dans la gouvernance multiniveau et les limites aux droits de la démocratie directe. Elle dirige également une importante étude sur l'harmonisation constitutionnelle des politiques sociales dans les États fédéraux.

Arthur Benz est professeur de science politique à la Technische Universität Darmstadt. Il est un chercheur mondialement reconnu en matière de fédéralisme. Le professeur Benz siège à plusieurs comités de rédaction de revues allemandes et européennes. Il est titulaire d'une importante subvention de recherche de la German Research Foundation pour son projet « Linking National and International Administrations ». En 2016, il a publié un ouvrage majeur intitulé *Constitutional Policy in Multilevel Government: The Art on Keeping the Balance* à Oxford University Press. En 2018, il a reçu le Publius Distinguished Scholarship Award pour ses contributions au fédéralisme comparé.

Jörg Broschek de l'Université Wilfrid-Laurier est titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur le fédéralisme comparatif et la gouvernance multiniveau, dont la mission est de comparer l'architecture institutionnelle, l'évolution et la performance de différents systèmes de gouvernance multiniveau en Europe et en Amérique du Nord. Il a beaucoup étudié les fédéralismes canadien et allemand, et est donc bien placé pour analyser la fédération canadienne d'un point de vue à la fois « interne » et « externe ». Il a notamment codirigé *Federal Dynamics: Continuity, Change and the Varieties of Federalism* (Oxford University Press, 2013) avec Arthur Benz.

Abbie Buckman a obtenu son diplôme conjoint de common law et de droit civil à l'Université McGill en 2019. Pendant son séjour à McGill, elle a fait du bénévolat pour deux cliniques juridiques communautaires et a travaillé comme assistante de recherche auprès de plusieurs professeurs. Elle est également titulaire d'une maîtrise en études islamiques et en droit de l'Université de Strasbourg et d'un baccalauréat ès arts de l'Université McGill.

Linda Cardinal est titulaire de la Chaire de recherche sur la francophonie et les politiques publiques. Elle est une spécialiste reconnue du régime linguistique

canadien, ainsi que des questions relatives à l'élaboration et à l'aménagement des politiques linguistiques, à la gouvernance communautaire et à la représentation des minorités. En 2017, elle a publié, avec Sébastien Grammond, un ouvrage de premier plan intitulé *Une tradition et un droit: le Sénat et les communautés francophones et acadienne du Canada* (Presses de l'Université d'Ottawa) et en 2018 un chapitre de livre avec Rémi Léger, « The Politics of Multilingualism in Canada. A neo-institutional Approach », dans *The Politics of Multilingualism. Europeanisation, Globalisation and Linguistic Governance*, dirigé par François Grin et Peter Kraus (John Benjamins Publishing Company).

Jean-Philippe Gauvin est titulaire d'une bourse postdoctorale Horizon au Département de science politique de l'Université Concordia. Ses recherches se concentrent principalement sur le fédéralisme canadien et les politiques publiques. Plus précisément, sa thèse porte sur les relations intergouvernementales entre les fonctionnaires et leurs effets sur les politiques publiques, comme l'attention portée aux politiques gouvernementales. Son expertise s'étend également à l'étude de l'opinion publique, des partis politiques et des méthodes empiriques. Ses recherches ont été publiées dans plusieurs revues universitaires, dont le *Policy Studies Journal*. Il est actuellement le chercheur canadien pour le Comparative Agendas Project (www.comparativeagendas.net), un projet international qui vise à mesurer les tendances dans les résultats des politiques publiques.

Sébastien Grammond est juge à la Cour fédérale du Canada. Avant sa nomination, en 2017, il a enseigné le droit constitutionnel et autochtone à l'Université d'Ottawa. Il a publié de nombreux ouvrages sur ces sujets, notamment *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013) et *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities* (2009). Entre autres prix et distinctions, il a reçu le Prix du mérite du Barreau du Québec en 2014 et le prix du président de l'Association du Barreau de l'Ontario en 2017. En 2016, il a été élu membre de la Société royale du Canada.

Noura Karazivan est professeure de droit à l'Université de Montréal. Ses recherches portent sur le droit constitutionnel canadien, le droit constitutionnel comparé et l'analyse géographique du droit, y compris le rôle des frontières politiques ou abstraites dans l'application du droit. En tant que membre de la « nouvelle génération » dans le domaine des études fédérales, ses recherches ont porté entre autres sur le fédéralisme coopératif.

Martin Papillon est professeur au Département de science politique de l'Université de Montréal. Ses recherches portent principalement sur les relations intergouvernementales et les accords intergouvernementaux trilatéraux (fédéral-provincial-Autochtones). Il a publié de nombreux ouvrages, dont *Canada: The State of the Federation 2013: Aboriginal Multilevel Governance, Les autochtones et le Québec: des premiers contacts au Plan Nord* et *Fédéralisme*

et gouvernance autochtone. Il a également codirigé *Comparing Canada: Methods and Perspectives on Canadian Politics*.

Ian Peach est un praticien de la politique publique très expérimenté et un universitaire qui a publié de nombreux articles sur le droit constitutionnel, le fédéralisme, les droits des Autochtones, le droit et les politiques autochtones et le processus d'élaboration des politiques publiques. Il s'intéresse particulièrement à la façon dont les arrangements constitutionnels peuvent servir à bâtir des communautés démocratiques plus fortes et une société dans laquelle tous les membres sont respectés et habilités de façon égale, peu importe leurs identités, histoires et cultures. Il est conseiller auprès du Mi'kmaq-Wolastoqey Centre de l'Université du Nouveau-Brunswick et consultant en politiques publiques pour KTA Inc.

Cheryl Saunders est professeure émérite à l'Université de Melbourne et experte de renommée mondiale en matière de droit public comparé. Elle est une ancienne présidente de l'International Association of Centers for Federal Studies (IACFS). Elle est également la fondatrice du Center for Comparative Constitutional Studies de l'Université de Melbourne. Elle a été nommée officier de l'Ordre d'Australie et chevalier de l'Ordre national de la Légion d'honneur en France et est rédactrice en chef de la *Public Law Review*. En 2015, elle a codirigé l'ouvrage *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics* (Oxford University Press) avec Johanne Poirier et John Kincaid.

A. Brian Tanguay est professeur de science politique à l'Université Wilfrid-Laurier. Ses recherches actuelles portent sur la réforme du mode de scrutin et la politique québécoise, en particulier sur l'évolution du système de partis au Québec. Il a rédigé, en 2004, le rapport de la Commission du droit du Canada intitulé *Voting Counts: Electoral Reform for Canada* et a récemment publié un chapitre intitulé « Democratic Reform and the Vagaries of Partisan Politics in Canada », dans *Canadian Politics* (University of Toronto Press). Il s'intéresse particulièrement à l'effet des diverses options de réforme sur les principaux acteurs de la fédération, en particulier les provinces, le Québec – à la fois comme province et comme nation – ainsi que les minorités linguistiques.

Marc Verdussen est professeur de droit à l'Université catholique de Louvain, où il est le directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO). Ses recherches portent sur le rôle du juge constitutionnel dans les États fédéraux, incluant dans les États multinationaux. Il a été chercheur invité à l'University of Berkeley (2001-2002) et professeur invité à l'Université d'Ottawa (1998, 2000 et 2004), à l'University of Szeged (2003), à l'Université d'Aix-Marseille (2011) et à l'Université de Lille (2012). Son ouvrage *Justice constitutionnelle*, publié en 2014, fournit une critique et une analyse comparative du pouvoir judiciaire dans les systèmes fédéraux.

Didier Zúñiga est doctorant spécialisé en théorie politique à l'Université de Victoria. Il est également doctorant invité à la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes (UQAM). Il est titulaire d'un B.A. et d'une M.A. en science politique de l'Université de Montréal.

Le fédéralisme canadien et son avenir: acteurs et institutions convie des historiens, des juristes et des politologues à décoder le passé et l'avenir de la fédération canadienne. L'ouvrage s'articule autour de quatre institutions: le bicaméralisme, le pouvoir judiciaire, le système électoral et les partis politiques et, enfin, les relations intergouvernementales. Chaque institution est ensuite analysée à travers le prisme des «acteurs clés» affectés par la quête d'équilibre entre unité et diversité (provinces et territoires, minorités linguistiques, nations internes, peuples autochtones). Ces réflexions tant rétrospectives que prospectives révèlent les répercussions différenciées du fédéralisme pour ces divers acteurs, l'omniprésence de conflits, de négociation et de coopération dans l'histoire fédérale du Canada et l'(in)adéquation d'institutions créées au XIX^e siècle pour répondre à la diversité sociale, culturelle, linguistique et nationale du Canada d'aujourd'hui. Ces constats pointent vers l'impératif d'une solide créativité institutionnelle afin que l'expérience fédérale puisse favoriser l'autonomie et la coexistence des groupes et des nations qui se partagent le territoire.

Cet ouvrage constitue la version française du troisième volume d'une série conçue par le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP). Les deux premiers ont été publiés par les Presses de l'Université Laval et McGill-Queen's University Press: *Ces constitutions qui nous ont façonnés / The Constitutions that Shaped Us* et *La Conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard / The Quebec Conference of 1864*.

Œuvre en couverture :
Fernand Leduc, *Porte d'Orient*, 1955
© Succession Fernand Leduc / SOCAN (2020)



Collection dirigée par Guy Laforest



Science politique

ISBN 978-2-7637-5250-1



9 782763 752501

Presses de l'Université Laval
pulaval.com