

Université d'Ottawa

Thèse de maîtrise

Préparée sous la direction du professeur

François Rocher, Ph. D.

École d'études politiques – Université d'Ottawa

**La condition constitutionnelle des Canadiens dans l'œil de la
science politique canadienne – 1982-2010**

Jean-Claude Racine

© Jean-Claude Racine, Ottawa, Canada, 2011

14 juillet 2011

Résumé

Comment la littérature politologique relative à la réforme constitutionnelle de 1982 rend-elle compte de la condition constitutionnelle des Canadiens ? L'auteur apporte une réponse originale à cette question en proposant une typologie qui fait découler la pluralité des récits politologiques sur la réforme constitutionnelle de 1982 de la déclinaison d'un même paradigme discursif, le *paradigme contractualiste*, en vertu duquel la constitution du Canada est un contrat entre gouvernements souverains. Le paradigme contractualiste se décline en quatre trames explicatives distinctes : la trame institutionnaliste, qui explore l'effet paralysant du double conflit inscrit dans la *Loi constitutionnelle de 1982* entre une constitution des citoyens fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et une constitution des gouvernements, fondée sur la procédure formelle de modification de la Constitution ; la trame réformiste, qui cherche à surmonter ce double-conflit sans modifier formellement la *Loi constitutionnelle de 1982* ; la trame organiciste, qui s'intéresse au pouvoir « constituant » des tribunaux ; et la trame idéaliste, qui propose la renégociation du contrat constitutionnel canadien à partir de nouveaux principes. L'auteur termine cet exercice d'interprétation en constatant l'épuisement du paradigme contractualiste et son remplacement prévisible par un paradigme successeur en devenir.

REMERCIEMENTS

L'élaboration de cette thèse de maîtrise a été un long voyage intellectuel le plus souvent passionnant, mais aussi parsemé d'embûches et de doutes. Tout au long de ce parcours, j'ai pu profiter des conseils toujours avisés et compétents de mon directeur de thèse, le professeur François Rocher, de l'École d'études politiques de l'Université d'Ottawa. J'adresse au professeur Rocher mes remerciements les plus sincères pour sa disponibilité, sa générosité et ses critiques à la fois exigeantes et stimulantes : nos échanges riches et amicaux ont été essentiels à l'aboutissement de ce travail.

Mes remerciements vont aussi à ma femme et sociologue privée, Céline, qui m'a mis sur la piste de ce projet et qui, tout au long de son exécution, s'est faite la complice active de mes questionnements. Je ne la remercierai jamais assez de son enthousiasme, de sa foi en moi et de ces longues discussions sans concessions grâce auxquelles l'idée, qui se cherchait encore, trouvait enfin sa voie.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
1 – La trame institutionnaliste.....	11
2 – La trame réformiste.....	36
3 – La trame organiciste.....	62
4 – La trame idéaliste.....	91
Conclusion.....	140
Bibliographie.....	147

INTRODUCTION

La présente recherche a pour but de répondre à la question suivante : dans la foulée de la réforme constitutionnelle de 1982, comment la littérature politologique canadienne rend-elle compte de la condition constitutionnelle des Canadiens ? Je me propose de répondre à cette question en identifiant et décrivant quatre grands récits – ce que j’appelle des « trames explicatives » – à partir desquelles se déclinent, c’est la thèse que je soutiens, les discours politologiques expliquant la réforme constitutionnelle de 1982 et la nouvelle condition constitutionnelle des Canadiens.

Mise en contexte

La réforme constitutionnelle de 1982 trouve son expression légale dans la *Loi constitutionnelle de 1982* et, notamment, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui est la Partie I de cette loi. La réforme avait, entre autres objectifs, celui d’affirmer la souveraineté constitutionnelle du Canada et des Canadiens, et d’affranchir le pays de la tutelle britannique en cette matière. Quelque trente ans plus tard, soit en 2011, on peut raisonnablement prétendre que l’ambitieux projet de Pierre Elliott Trudeau de doter le Canada d’une constitution authentiquement canadienne et durable a réussi.

Un important bémol s’impose néanmoins. Il touche l’incapacité partielle¹ des Canadiens de modifier formellement la *Loi constitutionnelle de 1982* et donc d’exercer

¹ Je parle « d’incapacité partielle » parce qu’il est bien évident que, dans les faits, la *Loi constitutionnelle de 1982* a été modifiée à plusieurs reprises depuis son adoption. Ces changements ne touchaient que des enjeux régionaux, de portée limitée, et ne requéraient que l’accord d’une province et du gouvernement fédéral. Aucune modification de substance, requérant l’accord de toutes les provinces ou de sept provinces représentant 50% de la population du Canada, les deux modalités de modification les plus exigeantes de la *Loi de 1982*, n’a pu être

pleinement leur souveraineté, ce qui était pourtant l'un des objectifs prioritaires de la réforme. Le refus du Québec d'adhérer à la nouvelle constitution et les échecs successifs des accords du Lac Meech en 1990 et de Charlottetown en 1992 pour renverser ce refus ont en effet simultanément fait ressortir les lacunes de la procédure de modification décrite à la Partie V (articles 38 à 49) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que plusieurs analystes jugent rigide, voire dysfonctionnelle, et fait apparaître une transformation importante de la culture constitutionnelle canadienne. La trajectoire constitutionnelle canadienne depuis lors a essentiellement montré que les Canadiens n'ont toujours pas la pleine maîtrise d'œuvre de leur devenir constitutionnel et ne semblent pas avoir de recours satisfaisants pour compenser l'important déficit démocratique engendré par cet état de fait.

Les auteurs ont des avis partagés quant à l'évaluation qu'ils font de la gravité du problème. Le politologue Peter H. Russell², une sommité sur ces questions, et nombre d'auteurs avec lui, seraient plutôt d'avis que le déficit démocratique, quoique réel, est néanmoins réversible. Si une leçon positive se dégage de l'échec référendaire de 1992 sur l'accord de Charlottetown, nous dit Russell, c'est bien le fait que pour une première fois les citoyens canadiens eux-mêmes, non leurs gouvernements, étaient invités à se prononcer sur l'ordre constitutionnel devant les régir. La réponse des Canadiens à la proposition référendaire de 1992 fut négative. Ce refus, de poursuivre Russell, n'en constitue pas moins un geste de souveraineté populaire significatif en attendant ce jour où le peuple canadien, réconcilié avec lui-même et exerçant pleinement sa souveraineté, se dira enfin oui à lui-même et acquiescera à une même idée du Canada. Alors sera résolu ce double conflit entre, d'une part, le Canada comme nation ou comme multination et, d'autre part, la constitution comme la chose des gouvernements ou la chose des citoyens. Nous n'en sommes toutefois pas là.

réalisée depuis 1982. L'effondrement de l'Accord du Lac Meech en 1990 est l'illustration la plus éloquentes des complications inhérentes à cette procédure et des complications qui en dérivent.

² Russell, Peter H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 3-6 et 190-127.

La procédure formelle de modification de la constitution retenue en 1982 prend néanmoins partie sur ces deux questions : elle dénie le caractère multinational du Canada et laisse le pouvoir ultime de changer la constitution entre les mains des gouvernements, non des citoyens, contredisant l'idéal citoyen que Trudeau³ cherchait à implanter par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cette double problématique est au cœur du déficit démocratique induit par la réforme constitutionnelle de 1982. Elle a retenu l'attention de nombreux politologues au cours des 30 dernières années. Une fréquentation, même superficielle, de l'abondante littérature scientifique qu'elle a engendrée confronte immédiatement le lecteur à un constat indéniable : il existe une pluralité de perspectives et de schémas explicatifs, souvent contradictoires, voire antagonistes, pour rendre compte de la condition constitutionnelle des Canadiens. Les pages qui suivent visent essentiellement à faire émerger de ce foisonnement théorique, à défaut d'une structure simple, du moins un certain classement critique des approches et des positions à travers lesquelles on peut mieux saisir la spécificité de la condition constitutionnelle des Canadiens. C'est cette dernière notion – la condition constitutionnelle des Canadiens – qui est l'objet ultime de ce travail. La notion de « condition constitutionnelle » sert à décrire le degré de souveraineté dont jouissent les Canadiens au regard de leur constitution. Les Canadiens peuvent-ils, comme la réforme de 1982 les en a convaincus, changer leur constitution ?

Cadre théorique et méthode de recherche

Le matériau de base utilisé pour mener à bien cette entreprise est naturellement l'immense production d'essais et de recherches de ceux qui font profession, justement, d'étudier la question constitutionnelle. Elle a donc un certain caractère encyclopédique en

³ Trudeau, Pierre Elliott, « *We, the People of Canada* », p. 46. Dans ce texte sur l'Accord de Charlottetown, Trudeau conclut un survol de la genèse de la nation canadienne en évoquant sa propre contribution : « *Finally, one of the more recent prime ministers (Mr. Trudeau) brought in a Charter of Rights and Freedoms entrenched in the Constitution, and which was meant to create a body of values and beliefs that not only united all Canadians in feeling that they were one nation, but also set them above the governments of the provinces and the federal government itself. Thus the people have rights which no legislative body can abridge, therefore establishing the sovereignty of the Canadian people over all institutions of government.* »

même temps qu'elle ne saurait, pour des raisons évidentes, compte tenu de l'immensité du corpus textuel visé, prétendre à l'exhaustivité. L'unique avenue disponible à cet égard est de procéder par échantillonnage, c'est-à-dire à partir d'une sélection d'auteurs choisis pour leur notoriété, pour leur influence dans le forum des études politologiques et pour la diversité des points de vue qu'ils représentent.

Tout le projet consiste donc, à partir d'un échantillon suffisamment large pour être représentatif des principales tentatives d'explication de la condition constitutionnelle des Canadiens, de ramener la diversité des propos à un nombre limité de schémas-types, ce que j'appelle des *trames explicatives* par analogie à la notion de trame narrative en littérature : au sens littéral, une trame est l'« ensemble des fils passant transversalement entre les fils de la chaîne tendus sur le métier à tisser »⁴ ; au sens figuré, une trame est « ce qui constitue le fond sur lequel se détachent des événements marquants »⁵

C'est ce dernier sens qui s'applique ici quand je parle de « trame explicative » : la trame explicative est faite de fils discursifs rattachés les uns aux autres et dont l'entrelacement laisse apparaître un motif. La trame est la logique sous-jacente à ce motif qu'elle rend apparent et intelligible. Elle n'a pas le caractère structuré et fermé d'un récit, mais n'en joue pas moins un rôle structurant dans la manière d'observer la réalité et de l'interpréter à partir d'une certaine logique argumentaire.

Ces « trames explicatives », le sociologue français Danilo Martuccelli, qui s'intéresse aux grandes œuvres de la sociologie pour en dégager certaines constances, les appelle des « matrices ». Pour Martuccelli, le discours sociologique tout entier est animé par *une inquiétude fondatrice* que résume la question suivante : « Pourquoi aujourd'hui n'est-il plus comme hier ⁶? » Les matrices sont des réponses-types à cette question ; elles sont, nous dit-il,

⁴ Petit Larousse 2008.

⁵ Petit Larousse 2008.

⁶ Martuccelli, Danilo, *Sociologies de la modernité. L'itinéraire du XXe siècle*, p. 10.

« moins qu'un paradigme, plus qu'une idée de base, autre chose qu'une école⁷. » Elles désignent davantage « un espace d'invention théorique et de description de la modernité qu'une doctrine ou un modèle épistémologiquement consistant⁸. » Elles procèdent le plus souvent « d'une mise en intrigue dans laquelle un événement fondateur (la Révolution française, le début de l'industrialisation, la consolidation historique de l'État-nation, la sécularisation...) est censé expliquer la rupture du fil entre le présent et le passé⁹. » Elles visent avant tout « à donner une réponse à des exigences plus ou moins vitales, en passant de représentations confuses ou informes de la vie sociale à des images ou des modèles qui, tout en prétendant à une grande cohérence scientifique, parviennent à donner un sens à l'inscription des hommes dans la modernité. Une matrice sociologique a autant sinon plus affaire, nous dit Martuccelli, avec cette exigence qu'avec le souci de tracer les limites d'intelligibilité d'un discours proprement scientifique. »¹⁰

Les trames explicatives, qui sont au fondement du système de classification que je propose pour comprendre la condition constitutionnelle des Canadiens, ne se comprennent pas autrement. Mon ambition est toutefois plus modeste que celle de Martuccelli : elle ne concerne que la manière dont les politologues d'ici ont réfléchi cet événement fondateur que constitue la réforme constitutionnelle de 1982 et ont expliqué l'impasse constitutionnelle qu'elle a subséquentement engendrée, les causes de celle-ci, ses enjeux et ses solutions. Si une inquiétude fondatrice, pour reprendre l'expression de Martuccelli, inspire leurs travaux, elle peut se traduire par cette interrogation récurrente et jamais définitivement répondue : qu'est-ce que le Canada, qu'est-ce que le Québec et quel avenir partagent-ils ensemble ? La question constitutionnelle, qui est celle qui nous intéresse ici, n'est qu'une dimension de cette inquiétude fondatrice.

⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰ *Ibid.*, p. 21.

À l’instar des matrices de Martuccelli, les trames explicatives reflètent un certain nombre de partis pris idéologiques, une certaine manière de concevoir les rapports politiques, la structure étatique, les notions de continuité et de changement constitutionnels, d’institution, d’unité et de diversité, et d’en évaluer la portée. Même pour un sujet restreint comme la condition constitutionnelle des Canadiens, ces trames sont innombrables, d’où l’effort consenti pour les ramener à quelques idéaux-types.

Un tel effort n’apporte pas que des bénéfices. Il s’accompagne d’une perte d’information inévitable, puisqu’il faut niveler les différences pour faire apparaître le motif essentiel, et qu’il expose, pour cette raison, à des choix discutables, à des amalgames indus et peut-être même à des distorsions. Ces inconvénients sont néanmoins largement compensés par les avantages heuristiques du procédé : en donnant à l’observateur les moyens de transcender les idiosyncrasies de surface, il fait apparaître une certaine logique argumentaire commune et ramène le matériau de base de ce projet – l’immense production d’essais et de recherches de ceux qui font profession d’étudier la question constitutionnelle – à des dimensions gérables et davantage propices, parce que réduit à ses grands linéaments, à un examen critique.

Un paradigme et quatre trames explicatives

J’ai divisé la littérature politologique relative à la condition constitutionnelle des Canadiens depuis la réforme constitutionnelle de 1982 en quatre trames explicatives. Ces quatre trames constituent autant de formes différentes d’un même paradigme, dont elles sont la déclinaison, et que j’ai appelé *le paradigme contractualiste*. Dans les termes du paradigme contractualiste, la solution du malaise canadien, celui de la triple concurrence nationalitaire canadienne, québécoise et autochtone selon les époques, passe nécessairement par la renégociation des termes du contrat constitutionnel canadien.

Le paradigme contractualiste est moins une théorie constitutionnelle que l'expression d'un certain rapport à la constitution. Il est jusqu'à un certain point assimilable à la *Compact theory* pour qui la Confédération est le résultat d'un contrat négocié entre partenaires égaux. Les fondements légaux et historiques de la *Compact theory* ont été fortement contestés – et de manière convaincante – par ceux qui voyaient en l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* une manifestation de l'ordre impérial britannique plutôt qu'un contrat négocié. Ceci dit, sa signification est avant tout morale et non politique. Comme le soulignait Robert A. MacKay en 1963, « *legally the British North America Act of 1867 is merely a statute of the British Parliament, morally it is a compact between the provinces of Canada* »¹¹.

De manière inégale, le paradigme contractualiste a traversé et souvent dominé la politique constitutionnelle canadienne de 1867 à 1982, année du rapatriement de la constitution et de la plus ambitieuse réforme constitutionnelle depuis la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans les faits, ces deux événements – le rapatriement de la constitution et la réforme constitutionnelle, auxquels il faudrait sans doute ajouter le Renvoi de 1981 relatif à la résolution pour modifier la constitution¹² – marquent le déclin définitif de ce paradigme. La procédure de modification de la constitution – la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* – apparaît de ce point de vue comme un reliquat du paradigme contractualiste planté par les provinces récalcitrantes, l'Alberta en tête, dans le corps de la constitution de 1982, que Trudeau voulait démocratique et nationalitaire.

Les quatre trames explicatives présentées dans le cadre de ce travail sont la déclinaison du paradigme contractualiste, toujours vivant, mais affaibli, à partir de 1982. Elles se reconnaissent à la manière dont elles se démarquent de la position de base du paradigme à l'effet que la solution au malaise canadien est constitutionnelle et que la constitution est l'affaire des gouvernements. J'ai associé les noms d'un certain nombre de politologues et de

¹¹ MacKay, Robert, *The Unreformed Senate of Canada*, p. 207.

¹² Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753

juristes à chacune des trames tout en ayant conscience que cet étiquetage n'a pas pour corolaire que ces auteurs soient nécessairement des tenants de la *Compact theory*. Ils ont néanmoins dû prendre position par rapport à la nouvelle conjoncture constitutionnelle créée par la réforme de 1982 et sa procédure de modification. C'est cet aspect de leurs travaux qui nous intéresse.

Chacune des variations du paradigme fait l'objet d'un chapitre.

Le premier chapitre porte sur la *trame institutionnaliste*. La trame institutionnaliste fait référence au regard des institutionnalistes canadiens sur l'impasse constitutionnelle canadienne et ses suites. Les institutionnalistes s'intéressent à l'effet de façonnement des institutions sur la culture politique d'une communauté politique et sur les comportements de ses membres. Ils ont été les premiers à noter le caractère foncièrement dysfonctionnel de procédure formelle de modification de la constitution, telle que décrite à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à s'inquiéter des conséquences de ce problème sur la démocratie constitutionnelle canadienne et sur la viabilité du paradigme contractualiste. Le chef de file de ce courant de pensée est indiscutablement le politologue Alan C. Cairns mais d'autres auteurs, tel Keith Banting, Richard Simeon, Donald V. Smiley pour n'en mentionner que quelques-uns, seront également invités à la barre des témoins.

Le deuxième chapitre est consacré à la *trame réformiste*. La trame réformiste prend acte du constat des institutionnalistes sur le caractère dysfonctionnel de la procédure formelle de modification de la constitution et sur le paradigme contractualiste. Simultanément, elle propose de surmonter cette difficulté par l'emprunt de voies de contournement pour changer la constitution sans en toucher le texte. Peter H. Russell est probablement l'auteur qui a développé le corps théorique le plus ambitieux à cet égard, mais les contributions d'auteurs comme David E. Smith et C.E.S. Franck, plus pragmatiques, seront aussi examinées.

Le troisième chapitre traite de la *trame organiciste*. La trame organiciste assimile la constitution à une matière vivante et les changements constitutionnels à un processus évolutif. Pour cette raison, elle tend à sous-estimer l'importance pour la démocratie constitutionnelle canadienne de la procédure formelle de modification de la constitution et du déficit démocratique que son inefficacité induit. La trame organiciste valorise le rôle des tribunaux en tant que gardiens et interprètes légitimes de la constitution. Les tribunaux selon elle apportent au système une dimension de flexibilité indispensable. La trame organiciste sert de toile de fond à plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada. Nous l'aborderons à travers les travaux d'auteurs comme Peter W. Hogg, W. J. Waluchow, Alan C. Hutchison, Eugénie Brouillet et à travers la réplique que leur donnent F. L. Morton, Tom Flanagan et Christopher P. Manfredi. Parce que la trame organiciste s'appuie sur une tradition juridique qui déborde largement le débat constitutionnel canadien, un certain nombre d'auteurs étrangers, tel Eileen Kavanagh, David A. Strauss et d'autres seront aussi mis à contribution dans cette section.

Le quatrième et dernier chapitre est consacré à la *trame idéaliste*. On y retrouve des auteurs comme Guy Laforest, Alain G. Gagnon, Will Kymlicka et James Tully. La trame idéaliste est résolument contractualiste. Elle procède de la dénégarion explicite ou implicite par ses tenants du caractère durable ou irrémédiable de l'impasse constitutionnelle, dénégarion qui laisse le champ libre à l'intérieur du paradigme contractualiste à l'élaboration de projets de réforme constitutionnelle tantôt fondés sur le principe d'asymétrie, tantôt sur celui du caractère multinational du Canada, tantôt sur le droit à l'autodétermination du Québec. Les scénarios de réforme des idéalistes ont généralement un faible coefficient de faisabilité parce que, comme nous le verrons, ils sont surtout fondés sur des positions de principe et parce qu'ils font l'impasse sur la condition constitutionnelle réelle des Canadiens.

La conclusion de ce travail nous permettra de jeter un second regard sur le paradigme contractualiste, tel qu'il se déploie depuis 1982, en même temps qu'elle sera l'occasion de spéculer sur la forme que semble devoir emprunter son paradigme de remplacement.

La démarche proposée pour cette recherche permet-elle de rendre compte de la totalité du discours politologique relatif à la réforme constitutionnelle de 1982 et à la nouvelle condition constitutionnelle des Canadiens ? La réponse à cette question est très certainement négative. D'autres trames dérivées du paradigme contractualiste sont très probablement concevables et auraient l'avantage de mieux quadriller l'espace d'investigation qui est le nôtre. Une chose apparaît néanmoins certaine : l'identification de trames explicatives découlant d'un même paradigme permet de réduire le caractère pléthorique du discours politologique sur ces questions et de le ramener à quelques grands schémas argumentaires. Une telle démarche se prête à une discussion plus ordonnée de ces enjeux et, par voie de conséquence, il faut le souhaiter, elle ouvre sur une meilleure compréhension de la condition constitutionnelle réelle des Canadiens.

1 – LA TRAME INSTITUTIONNALISTE

Introduction

Le paradigme contractualiste analyse la constitution du Canada dans les termes d'un contrat entre gouvernements souverains et consentants. Il part du principe que la solution au malaise canadien, surtout celui de la triple concurrence nationalitaire canadienne, québécoise et autochtone, passe nécessairement par la renégociation des termes de ce contrat.

Le paradigme contractualiste a dominé la politique constitutionnelle canadienne de 1867 à 1982, année du rapatriement de la constitution et de la plus ambitieuse réforme constitutionnelle depuis l'adoption de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* en 1867. Dans les faits, ces deux événements – le rapatriement de la constitution et la réforme constitutionnelle de 1982 – ont porté un dur coup au paradigme contractualiste. Leurs effets délétères n'ont pas été immédiatement saisis par les observateurs et les leaders politiques du temps. Tout au long des années 1980 et 1990, et encore aujourd'hui, les institutionnalistes sont ceux qui ont mis le plus de soin à prendre la mesure des problèmes créés par la nouvelle constitution et ses conséquences anticipées sur la condition constitutionnelle des Canadiens.

Le discours des institutionnalistes, la trame institutionnaliste, porte un regard critique sur la réforme constitutionnelle de 1982 en même temps qu'elle se montre plutôt pessimiste quant à la viabilité du paradigme contractualiste qui avait prévalu jusque-là. Contre les défenseurs d'une perspective plus sociologique, qui prétendent que les structures gouvernementales, y compris les constitutions qui en règlent les agissements, ne sont qu'un

reflet des rapports et des conflits sociaux sous-jacents¹³, les institutionnalistes sont d'avis que les instances de gouvernance, au premier chef desquels les gouvernements, ont leur dynamique propre qui en font quelque chose de plus que la somme des forces dont elles sont le produit. Ces instances, nous dit la politologue Miriam Smith, sont assimilables d'un point de vue institutionnaliste à des variables indépendantes « that potentially shape policy and political outcomes »¹⁴.

La tradition institutionnaliste canadienne-anglaise

Pour des raisons historiques, la science politique canadienne, surtout canadienne-anglaise, semble avoir fait de l'institutionnalisme comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. Miriam Smith note à cet égard que « [b]oth English Canadian political discourse and political science have been engaged with 'redesigning the state' to an extent perhaps unparalleled in other industrialized democracies. »¹⁵ Smith associe cette préoccupation constante de renouveler les institutions à l'appréhension qu'entretiennent les Canadiens quant à la viabilité de ce pays qu'ils jugent improbable compte tenu de ses origines conflictuelles, de la démesure de sa géographie et de la menace que fait peser sur lui son voisinage périlleux avec le géant américain. Soucieuse de rendre les institutions plus efficaces et mieux à même de surmonter les défis qui se posent aux Canadiens, la science politique canadienne-anglaise manifesterait, selon Smith, une propension marquée à penser en termes normatifs et descriptifs plutôt qu'en termes sociologiques ou explicatifs. À quelques exceptions près, de conclure Smith, « *[i]n English Canadian political science, ultimately, debates on values have*

¹³ L'une des figures de proue du courant sociologique fut sans contredit William S. Livingston qui, dans son important ouvrage intitulé *Federalism and Constitutional Change* paru en 1974, affirme que les institutions, à commencer par les structures de gouvernance et les formes qu'elles épousent, sont essentiellement le reflet de la société dont elles émanent. « *The institutions themselves* », affirme Livingston, « *do not provide an accurate index of the federal nature of the society that subtends them; they are only the surface manifestations of the deeper federal quality of the society that lies beneath the surface. The essence of federalism lies not in the constitutional or institutional structure but in the society itself. Federal government is a device by which the federal qualities of the society are articulated and protected.* » (Livingston, William S. : *Federalism and Constitutional Change*, p. 2)

¹⁴ Smith, Miriam, « Institutionalism in the Study of Canadian Politics: The English Canadian Tradition », p. 102.

¹⁵ *Ibid.*, p. 119.

*dominated the scholarly and intellectual enterprise at the expense of an empirical and comparative social science. »*¹⁶

Qui sont ces chercheurs qui ont donné ses lettres de noblesse au courant institutionnaliste canadien-anglais ? Malgré les disparités qui peuvent exister entre eux, Smith attire l'attention de ses lecteurs sur la triade Donald V. Smiley, Alan C. Cairns et Richard Simeon pour la période couvrant les années 1970 et 1980, et mentionne des auteurs comme Donald Savoie, David E. Smith, Keith Banting ou Grace Skogstad parmi plusieurs autres pour la période subséquente. Les noms de politologues comme Roger Gibbins, Tom Flanagan, F. L. (Ted) Morton, que ne mentionne pas Smith, pourraient facilement être ajoutés à cette liste dont la composition reste toujours quelque peu subjective.

La tradition institutionnaliste francophone

L'un des effets pervers du penchant normatif de la science politique canadienne-anglaise observé par Smith aurait été, nous dit-elle, de creuser un fossé entre la science politique canadienne-anglaise, du moins dans son courant institutionnaliste, et sa vis-à-vis francophone¹⁷. Celle-ci a été examinée par la politologue Linda Cardinal¹⁸. Le bilan que dresse Cardinal de la tradition institutionnaliste québécoise est plutôt mitigé. Cardinal estime en effet qu'il n'y a aucun grand héritage institutionnaliste au Québec même si, au fil des âges, certains auteurs ont porté une attention particulière aux institutions comme agents de transformation sociale. Cardinal cite notamment les noms de Jean-Charles Bonenfant dans les années 1950, de Gérald Bergeron et de Léon Dion des années 1960 aux années 1980, voire même le nom de Pierre Elliott Trudeau. Dans l'ensemble, si l'on en croît Cardinal, la production québécoise s'est révélée plutôt modeste par sa taille, hétérogène dans ses manifestations, limitée quant à son influence et tout aussi normative et idéologique que sa contrepartie canadienne-anglaise dans son traitement de « la question nationale ».

¹⁶ *Ibid.*, p. 121.

¹⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹⁸ Cardinal, Linda, « New Institutionalism and Political Science in Quebec », p. 128-150.

Cette évaluation de la tradition institutionnaliste au Québec par Linda Cardinal est indirectement corroborée par le politologue François Rocher¹⁹ qui s'élève contre le fait que, dans les études portant sur le régime fédératif canadien, « les jugements de valeur abondent, constituent même la norme » et que les « prescriptions au sujet de ce qui doit être entrepris pour le bonifier » et le « refédéraliser » abondent et se contredisent. Pour appuyer ses dires, Rocher cite une brochette d'auteurs, surtout francophones, comme Guy Laforest, André Burelle, Alain Dubuc et bien d'autres. Cardinal, pour sa part et nonobstant la sévérité de son verdict, croît néanmoins observer depuis le tournant des années 1990 l'émergence d'une nouvelle génération de chercheurs qu'elle associe à la variante néo-institutionnaliste. Ces nouveaux chercheurs seraient plus au fait que leurs prédécesseurs des avancées théoriques et méthodologiques de la science politique américaine et canadienne-anglaise et s'en distingueraient par leur approche plus empirique et par leur compréhension mieux étayée du rôle des institutions et de leur effet sur la culture politique ambiante. « At the moment », nous dit Cardinal en 2005, « *new institutionalist analysis in Quebec is especially concerned with the future of the welfare state and public policy, but also with Quebec's specific circumstances as a small nation in North America and within the Canadian federation. These questions now lie at the core of the discipline and make it distinctive.* »²⁰ Cardinal associe des auteurs comme André Lecours, Luc Juillet et Alain Noël à cette nouvelle mouvance. Elle aurait tout aussi bien pu mentionner les noms de François Rocher et d'Eugénie Brouillet à son palmarès.

Le script institutionnaliste de base

En somme, la perspective institutionnaliste québécoise, malgré ses racines anciennes et sa nouvelle vitalité, peine toujours à s'imposer. Elle semble encore bien loin de pouvoir fournir une trame explicative globale capable de rendre compte de manière convaincante de

¹⁹ Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », p. 136-137.

²⁰ Cardinal, Linda : « New Institutionalism and political science in Quebec », p. 143

l'ordre constitutionnel canadien, des tensions qui le secouent et, *a fortiori*, de la portée et des limites de la procédure de modification adoptée en 1982. L'élaboration d'une telle trame semble essentiellement le fait de la science politique canadienne-anglaise qui, alors que l'encre de 1982 était à peine sèche, entreprenait déjà de retracer la genèse de la nouvelle procédure de modification de la Constitution, d'en scruter la logique et le fonctionnement, les ratées à travers les péripéties subséquentes des accords du Lac Meech et de Charlottetown et d'en calculer les incidences observées ou supputées sur la condition constitutionnelle des Canadiens. Plus que sa contrepartie québécoise, le courant institutionnaliste canadien-anglais semble être parvenu à traduire la réalité politique canadienne et, dans le cas qui nous intéresse, la genèse, la négociation et la mise à l'épreuve politique de la procédure de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans les termes d'une trame explicative plurielle dans ses voix, plus étoffée et plus informative dans son propos et probablement plus influente dans les faits. C'est cette trame qu'il s'agit maintenant de reconstituer.

Alan C. Cairns

De tous les politologues canadiens, Alan C. Cairns est probablement celui qui, plus que quiconque, s'est intéressé de façon globale à « *The Politics of Constitutional Renewal in Canada* »²¹, pour reprendre le titre de l'un de ses articles publié en 1985, et a cherché à en faire voir les contradictions et les conséquences sur la culture politique canadienne. Son interprétation de la problématique constitutionnelle issue de la réforme de 1982 est donc celle qui nous servira de toile de fond pour mettre au jour la trame explicative institutionnaliste.

Pour Cairns, la réforme constitutionnelle de 1982 et la procédure de modification de la constitution qui en a émergé sont principalement le résultat d'une lutte de titans entre des gouvernements préoccupés de protéger ou de promouvoir pour l'avenir la base de leur pouvoir et de leur légitimité. Cette lutte s'est déroulée sur des décennies. Elle a culminé au

²¹ Cairns, Alan C. : « *The Politics of Constitutional Renewal in Canada* », 1985.

tournant des années 1980, dans l'onde de choc du premier référendum sur la souveraineté du Québec, et s'est conclue en 1981 par une entente qui allait devenir la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette entente fut le résultat d'un marchandage de dernière minute entre, d'une part, le gouvernement fédéral et son projet de constitutionnaliser une charte des droits et libertés qui transcende les gouvernements et rassemble les Canadiens de toutes les provinces dans le giron unifié d'une même communauté citoyenne et, d'autre part, les gouvernements des provinces et leur détermination de faire en sorte que le caractère fédéral du pays, assimilé à un syndicat de gouvernements souverains seuls habilités à fixer les règles régissant leur association, soit maintenu et protégé.

Le choc de deux visions

Ces deux visions, « *a citizen-regarding Charter and a government-regarding amending formula* »²², nous dit Cairns, sont antagonistes. Aux sources de cet antagonisme, il y a deux conceptions opposées de la souveraineté.

La première, tributaire du parlementarisme britannique, défendue par les provinces, est celle qui a inspiré la procédure de modification de la constitution adoptée en 1982. Elle procède de la même logique confédérale que celle qui a présidé à l'union initiale des colonies de l'Amérique du Nord britannique en 1867, logique qui prévoyait, pour le Canada, une constitution analogue à celle de la Grande-Bretagne. En vertu de cette conception, westminsterienne en son principe²³, le locus de la souveraineté, « cette puissance qui ne connaît aucune puissance supérieure »²⁴, réside dans les institutions parlementaires des différents ordres de gouvernement. La cohérence de cette approche exige donc que le pouvoir de modifier la constitution, y compris de modifier sans restriction une éventuelle charte des

²² Cairns, Alan C. *Charter Versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 64.

²³²³ La locution « westminsterien en son principe » fait référence au principe de *souveraineté du Parlement*, « principe associé avant tout au régime parlementaire britannique, selon lequel il appartient au Parlement d'adopter les lois qui vont s'appliquer à la population d'un pays et de les modifier au besoin, ces lois ne pouvant être soumises à un contrôle par les tribunaux. » (Pelletier, Réjean et Manon Tremblay, *Le parlementarisme canadien*, Annexe 4 : Glossaire, p. 532).

²⁴ Mairet, Gérard, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, p. 32.

droits et libertés des citoyens, réside là où la souveraineté réside, c'est-à-dire entre les mains des parlementaires. Dans les faits, notent Réjean Pelletier et Manon Tremblay, « dans la plupart des pays, un tribunal ou un organe spécial est chargé de vérifier la constitutionnalité des lois, ce qui restreint la portée de la souveraineté du Parlement »²⁵.

Le Canada post-1982 ne fait pas exception à cette règle. La nature et l'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois par le pouvoir judiciaire en vertu de la *Charte* auront d'ailleurs constitué une pierre d'achoppement tout au long des discussions. Un compromis sera négocié *in extremis* par l'inclusion, dans la *Charte*, d'une disposition de dérogation – l'article 33, dit clause notwithstanding. Cet article vient s'ajouter à l'article 1 de la *Charte* qui concède déjà que les droits garantis par la *Charte* peuvent être « restreints par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »²⁶ L'article 33 permet de son côté au Parlement ou à toute législature provinciale d'exercer sa souveraineté en adoptant une loi où « il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 »²⁷ de la *Charte*. Une telle dérogation, limitée à une période maximale de cinq ans, mais indéfiniment renouvelable, doit néanmoins, au terme de chaque période, faire l'objet d'une adoption expresse par l'instance parlementaire compétente avec les risques politiques qu'un tel exercice comporte.

La seconde conception, celle défendue par le gouvernement fédéral au moment de la réforme constitutionnelle de 1982, s'inscrit dans une logique d'affranchissement du Canada de sa sujétion à l'Empire britannique. L'enjeu de fond du rapatriement de la Constitution est d'affirmer la souveraineté du Canada en donnant aux Canadiens, non à leurs gouvernements, le plein contrôle de leur constitution. Inspirée du républicanisme américain et français, cette conception situe le locus de la souveraineté directement dans le peuple. *La Charte*

²⁵ Pelletier, Réjean et Manon Tremblay, *Le parlementarisme canadien*, p. 532.

²⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, article 1.

²⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, article 33, (1).

canadienne des droits et libertés est l'instrument par lequel la puissance de tous les gouvernements viendra se buter contre l'ultime puissance, celle « qui ne connaît aucune puissance supérieure », soit la puissance du peuple, celle des citoyens et de leurs droits. C'est au nom de la souveraineté populaire que Pierre Elliott Trudeau a farouchement combattu l'inclusion d'une disposition de dérogation dans la Charte. Si le gouvernement fédéral en avait eu le pouvoir, la procédure de modification de la constitution de 1982 aurait par contre inclus un mécanisme référendaire destiné à briser, au nom de la souveraineté populaire, toute impasse éventuelle susceptible de survenir dans les tractations des gouvernements entre eux. Il y aurait alors eu congruence entre le message véhiculé par la *Charte*, celui de la souveraineté du peuple, et le pouvoir ultime de modifier la constitution, qui devrait lui revenir directement, non à ses représentants, même élus. L'édifice constitutionnel aurait ainsi revêtu une cohérence logique que l'histoire, pour de bonnes et de mauvaises raisons, lui a déniée. Cairns résume ainsi les termes de cet antagonisme fondamental :

*The amending formula suggested that sovereignty resided in governments. The Charter suggested that it resided with the people, or at a minimum that the rights the Charter protected against violation by governments in ordinary politics could not be eroded or withdrawn be a government-controlled amending process that excluded the public. From patriation to the present, we have wrestled unsuccessfully with this fundamental incoherence or ambivalence concerning the location of sovereignty. The consequence is a paralyzed amending process.*²⁸

Les premières évaluations de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Cette incohérence philosophique, qui est aussi une incohérence structurelle, n'a pas été immédiatement perçue dans toute son étendue et toute sa profondeur par les observateurs de la scène constitutionnelle d'alors, Cairns inclus, même si déjà des éléments de la problématique d'ensemble se dégagent. Un ouvrage collectif intitulé *And No One Cheered*, publié en 1983 sous la direction de Keith Banting et Richard Simeon, donne un bon aperçu de l'évaluation initiale qu'ont fait de nombreux politologues institutionnalistes de la réforme

²⁸ Cairns, Alan C., « Constitutional Reform : The God That Failed », p. 53.

constitutionnelle de 1982. Ainsi, Cairns note, pour un, que le compromis final ayant mené à la *Loi constitutionnelle de 1982* « *resulted in the partial provincialization of a nationalizing Charter and the partial nationalizing of a province-protecting amending formula.* »²⁹. Cairns pense notamment, ici, à l'inclusion à la demande des provinces, de la disposition de dérogation à la Charte (article 33) et à l'édulcoration, à la demande du fédéral, du droit de retrait avec juste compensation financière que peut exercer une province en cas de transfert de compétences législatives provinciales au Parlement (article 40).³⁰ Ce faisant, loin de transcender deux visions antagonistes, la nouvelle constitution les institutionnalisait à demeure. Nonobstant ces lacunes et d'autres liées à la force d'inertie du système politique canadien, Cairns pose encore en 1983 un regard indulgent sur la réforme constitutionnelle de 1982 et estime que « *a restrained half cheer may be suggested as the appropriate response to the new Canadian constitution* »³¹.

Donald V. Smiley³² est plus sévère dans son appréciation de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Son jugement s'appuie principalement sur le risque évident que fait peser sur l'avenir des relations Québec-Canada le déni à peu près total des revendications du Québec dans le texte final de la Loi de 1982 et sur le caractère généralement brouillon et ambigu de ses nouvelles dispositions, notamment celles relatives à la procédure de modification :

*There was remarkably little debate about the proposed amending formula among governments or the informed public during 1980-81. (...) The eight-province Accord of April 1981, which formed the basis for the amending procedure embodied in the Constitution Act, was widely interpreted at the time (...) as a strategic ploy and was not subjected to much critical examination. Thus we now have an amending formula which has received little scrutiny. Such scrutiny could have proceeded by examining either the likely fate of projected amendments under the formula or what might have happened to past amendments had this formula been in effect.*³³

²⁹ Cairns, Alan C., « The Politics of Constitutional Conservatism », p. 42.

³⁰ Cette édulcoration du droit de retrait d'une province avec juste compensation financière limite l'exercice de ce droit aux seuls domaines de l'éducation et de la culture. Les provinces auraient initialement souhaité que ce droit puisse être exercé dans tous les cas de transferts d'une compétence provinciale vers le Parlement. Comme le note Benoît Pelletier, « cette application limitée de la compensation financière semble d'ailleurs avoir été destinée à répondre aux désirs des tenants d'un régime fédéral fort et centralisé. » (Pelletier, Benoît, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 310).

³¹ Cairns, Alan C., « The Politics of Constitutional Conservatism », p. 55

³² Smiley, Donald V., « A Dangerous Deed: The Constitution Act, 1982 », p. 74-95.

³³ *Ibid.*, p. 85.

Pour Smiley, la réforme constitutionnelle de 1982 est un exercice bâclé et illégitime visant, par l'entremise de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à forcer les Canadiens à renoncer à leurs allégeances identitaires régionales respectives, celles qui avaient justifiées le choix d'une structure fédérale pour le pays en 1867, au profit d'une allégeance nationale incontestée dont le Québec surtout allait faire les frais. Il s'agit là, nous dit Smiley, d'un choix que les Canadiens ne sentaient pas le besoin de faire et qu'on leur imposait à tort au nom de l'unité nationale. « *There is little cause for national self-congratulation in the Constitution Act, 1982 and the procedure by which it became a part of the constitution.* »³⁴, de conclure Smiley sur un ton amer.

La critique est à peine moins sévère du côté de Roger Gibbins³⁵ qui a examiné la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses incidences sur les intérêts régionaux. En 1983, Gibbins est convaincu que « *Canadians face an intensifying institutional crisis that threatens to dismember the Canadian federal state* »³⁶. Si la réforme de 1982 a fait quelque chose, nous dit-il, c'est d'exacerber plutôt que d'atténuer les tensions qui existent depuis toujours entre les intérêts nationaux, que promeut Ottawa, et les intérêts régionaux, surtout ceux du Québec et des provinces de l'Ouest. La procédure de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* reflète ces tensions dans la mesure où elle confirme que le Québec est une province comme les autres et qu'il ne saurait prétendre à un statut d'exception, qu'elle affirme en matière de constitution la suprématie des gouvernements sur les citoyens que ces gouvernements représentent, qu'elle constitutionnalise l'égalité des provinces entre elles sans égard à leur population et en contravention de l'égalité des citoyens entre eux, et qu'elle consacre le refus de reconnaître le pouvoir du peuple d'agir comme instance de dernier recours en cas de différends irréconciliables entre les gouvernements. La *Loi constitutionnelle de 1982* laisse en outre sans réponse la demande des provinces de l'Ouest en vue d'obtenir une

³⁴ *Ibid.*, p. 93.

³⁵ Gibbins, Roger, « Constitutional Politics and the West », p. 119-132.

³⁶ *Ibid.*, p. 119.

représentation régionale équitable au sein des institutions centrales, au sein du Sénat notamment, une vieille pomme de discorde qui a pris valeur de symbole dans l'Ouest. En somme, de conclure Gibbins, « *In the Constitutional Act, we missed the opportunity to organize our institutional life so that regional conflict could be moderated and contained. Instead, the Constitution Act takes a troubled political past and casts it in constitutional cement for an uncertain future.* »³⁷

La plupart des thèmes abordés par Cairns, Smiley et Gibbins et d'autres pour évaluer encore à chaud la réforme constitutionnelle de 1982 se recoupent à plusieurs égards sans se recouvrir entièrement. L'humeur dominante est marquée au coin de la désillusion, d'un sentiment d'impuissance liée à la difficulté évidente qu'éprouve le Canada à s'arracher à la force d'inertie de l'ordre constitutionnel de 1867 et d'un sentiment non moins prégnant d'un rendez-vous manqué avec l'histoire pour le Canada. Selon Keith Banting et Richard Simeon³⁸, ce constat plutôt pessimiste des auteurs débouche sur trois observations principales.

La première de ces observations est la contrepartie d'une autre, largement répandue, qui consiste à regretter la force d'inertie de l'ordre constitutionnel issu de 1867 et la difficulté de le réformer. Banting et Simeon voient plutôt dans la *Loi constitutionnelle de 1982* la confirmation de la pérennité de l'ordre constitutionnel canadien, non de sa paralysie. Pour eux, « *[t]he existing constitution has shown remarkable resilience in the face of virtually universal denigration, and it may yet survive, battered and bruised, well into the twenty-first century* »³⁹. Le temps qui passe tend à leur donner raison.

La deuxième observation de Banting et Simeon concerne l'impact sur la culture politique canadienne de l'enchâssement d'une charte des droits et libertés dans la nouvelle constitution. Cet impact, en 1983, est encore difficile à évaluer bien qu'on puisse l'imaginer

³⁷ *Ibid.*, p. 132.

³⁸ Banting, Keith et Richard Simeon, « Federalism, Democracy and the Future », p. 348-360.

³⁹ *Ibid.*, p. 355.

significatif quant à la manière dont les Canadiens perçoivent leurs droits et libertés, leurs rapports avec l'État et le rôle du pouvoir judiciaire à cet égard.

*Will litigation through the Courts become a prominent feature of Canadian politics? How much will interpretation of the universalistic provisions of the Charter find itself in conflict with deeply-held interests and cultural values, as in the case of Quebec's language law and perhaps aspects of our multicultural heritage? All that can be known with certainty at this point is that the political reaction of citizens and governments to judicial initiatives will be an increasingly important element within Canadian politics (...).*⁴⁰

Enfin, la troisième observation de Banting et Simeon concerne directement la procédure de modification de la Constitution. C'est que la pérennité de la Constitution a un corollaire : l'ère des grands changements constitutionnels est révolue. Des changements, il y en aura encore, mais à petite échelle, à la pièce et de manière progressive. En fait, soutiennent Banting et Simeon, le refus d'inclure un quelconque mécanisme de consultation populaire comme instrument de modification de la Constitution est susceptible, par voie de conséquence et à défaut d'aucune autre avenue d'intervention, d'encourager les citoyens et les groupes à promouvoir tout projet de modification de la constitution localement d'abord, un gouvernement à la fois, jusqu'à ce que la cause ainsi promue rallie une majorité d'appuis au niveau national ou permette de jouer un gouvernement contre un autre en faveur de l'objectif poursuivi. Si cette extrapolation de Banting et Simeon ne semble pas s'être confirmée à ce jour, elle laisse néanmoins entrevoir des appréhensions réelles quant à l'effective maîtrise d'œuvre qu'ont les Canadiens de leur devenir constitutionnel en vertu de la nouvelle procédure de modification de la Constitution. Les auteurs reconnaissent la tension entre une constitution pour les gouvernements et une constitution pour le peuple, mais ils restent prudents quant à la signification réelle du phénomène, notant que « *[s]trong public pressure might ensure that in the future, critical policies are not formulated in a purely intergovernmental process. But as in other areas, it is equally plausible that the future will*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 357.

resemble the past, and that Canadian politics will remain an elite process tempered by occasional populist anger. »⁴¹

L'épreuve du feu

Il faudra attendre les échecs subséquents des accords de Meech et de Charlottetown et le référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec pour permettre à la classe politique, aux politologues et au grand public de véritablement prendre la mesure, par l'expérience et à la dure, des contradictions inhérentes à la *Loi constitutionnelle de 1982*, de ses lacunes, mais aussi de sa résilience et de son extraordinaire pouvoir de re-façonnement de la culture politique canadienne. Ces trois échecs politiques agiront comme de puissants révélateurs d'une transformation profonde et rapide de la culture politique canadienne. L'instrument principal de cette transformation, c'est bien sûr la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce projet caressé par Trudeau dans ses premiers écrits⁴² et qui sera le trophée auquel il s'accrochera avec la dernière énergie tout au long du processus de rapatriement, quitte à jeter du lest au profit des provinces sur la procédure de modification. Quelque trente ans plus tard, il semble bien que les provinces aient laissé la proie pour l'ombre et que Trudeau ait fait le choix le plus déterminant pour l'avenir politique du Canada, la *Charte* étant devenue la clé de voûte de l'ordre constitutionnel canadien et de l'allégeance que cet ordre reçoit des Canadiens aujourd'hui, y compris de larges pans de l'opinion publique québécoise.

La transformation de la culture politique canadienne

Lorsqu'on parle d'une transformation rapide et profonde de la culture politique canadienne, de quelle transformation s'agit-il ? Dans une perspective institutionnaliste, de quelle manière ou en quels termes la *Loi constitutionnelle de 1982* et, notamment, la *Charte des droits et libertés* ont-elles refaçonné la culture politique canadienne ?

⁴¹ *Ibid.*, p. 358.

⁴² Trudeau, Pierre Elliot, « Il nous faut une charte des droits » (Maclean's, 8 février 1964) et « Pourquoi nous en avons besoin » (Conférence constitutionnelle, Ottawa, du 6 au 7 février, 1968, traduit de l'anglais par Gérard Pelletier)

Cairns nous ouvre un certain nombre de pistes de réflexion pour répondre à ces questions quand il observe que la *Loi* n'est pas une simple addition à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qu'elle ne révoque pas par ailleurs, mais qu'elle vient s'y ajouter en la transformant. Si, comme on l'a vu, nombre d'auteurs, particulièrement au lendemain du rapatriement, ont regretté la force d'inertie de l'ordre constitutionnel canadien et la modestie des changements négociés en 1982, Cairns, au contraire, en reconnaît d'emblée l'ampleur et y voit encore, quelque dix ans plus tard, une volonté de rupture par rapport au passé :

As package, the Constitution Act of 1982 brought about patriation of the Canadian constitution, contained a comprehensive set of amending formulae that freed Canadians from the humiliating requirement of requesting Westminster to pass legislation bringing about major constitutional change, included a Charter of Rights and Freedoms that repudiated the historic principle of parliamentary supremacy on which Canada had been founded, recognized and affirmed aboriginal and treaty rights, committed the government and legislative bodies of Canada to the principle of equalization and the reduction of regional disparities, and extended provincial jurisdiction with respect to « Non-Renewable Natural Resources, Forestry Resources and Electrical Energy ». Finally, in section 52(1), the Constitution Act contained a supremacy clause: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect."⁴³

En fait, la *Loi* réussit ce tour de force, celui de ré-agencer les morceaux du puzzle confédératif canadien, en faisant apparaître, par l'intermédiaire de la *Charte*, un nouvel acteur constitutionnel aux côtés des gouvernements. Ce nouvel acteur, c'est le peuple canadien lui-même, ce grand exclu de la tradition constitutionnelle canadienne, dont les droits sont finalement inscrits dans la constitution en des termes qui leur donne préséance sur les prérogatives des gouvernements. L'addition de ce nouvel acteur n'a pas été immédiatement perçue par les leaders politiques. L'échec de Meech en aura été le révélateur : « *Meech Lake makes clear that the constitution now has a social base. As a consequence, society now has a constitutional existence to a degree that previous generations would not have recognized.* »⁴⁴

Depuis 1982 – c'est ce que les péripéties constitutionnelles des années ultérieures ont mis en lumière – le peuple canadien existe constitutionnellement par-delà et au-dessus des

⁴³ Cairns, Alan C., *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 63.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 99.

appartenances provinciales; il existe comme une totalité organique et indivisible, identique à elle-même pour l'essentiel sur la totalité du territoire canadien dans la mesure où la constitution, en vertu de l'alinéa 15 (1) de la *Charte*, reconnaît que « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et [que] tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi (...) ». La constitution reconnaît ainsi que tous les Canadiens, quel que soit leur lieu de résidence sur le territoire canadien, sont désormais détenteurs des mêmes droits et des mêmes protections contre la discrimination, indépendamment de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. Tout empiètement sur ces droits par les gouvernements fédéral ou provinciaux est justiciable devant les tribunaux.

Les Canadiens en tant qu'individus acquièrent ainsi un statut constitutionnel sans précédent. Ils ont, comme totalité formant le peuple du Canada – un peuple indépendant de ses gouvernements et capable de prévaloir contre eux par le pouvoir des tribunaux – des intérêts constitutionnels reconnus. Ces intérêts, ils ont désormais à cœur de les défendre et de les promouvoir. Que ce nouveau statut soit consacré par la loi suprême du pays qui « rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », comme l'établit l'alinéa 52 (1) de la Constitution du Canada, ne fait qu'ajouter à l'autorité de ces droits et à l'autorité ainsi conférée au peuple comme nouvel interlocuteur constitutionnel.

Cette reconnaissance du peuple canadien comme totalité consacrée par la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'uniformisation des droits des personnes qui l'accompagne et l'affirmation sans équivoque de l'autorité suprême de la constitution du Canada sur toute autre règle de droit va directement à l'encontre de l'esprit aux sources de l'union fédérale de 1867. Elle rend caduque la théorie du caractère binational du Canada dont Meech et Charlottetown visaient justement, fut-ce en termes mitigés, à avaliser le principe. Elle diminue l'importance relative qu'occupent désormais le principe fédéral et le parlementarisme

britannique comme piliers institutionnels de la communauté politique canadienne et elle lie directement les citoyens canadiens à leur constitution par le truchement des nouveaux droits qui leur sont reconnus. Le politologue Guy Laforest parlera à ce propos de « La fin d'un rêve canadien », faisant référence à l'effacement des principes de la dualité nationale si chère aux Québécois et d'asymétrie entre les provinces sous-jacents à la logique de 1867. Pour François Rocher⁴⁵ comme ce l'avait été pour Fernand Dumont⁴⁶, la nouvelle dynamique Québec-Canada créée par la réforme constitutionnelle de 1982 équivaut à « une refondation du Canada », refondation animée par un refus profond de « l'idéal fédéral ». Ce refus se traduit, nous dit Rocher, par :

le rejet de la conception binationale et biculturelle au profit d'une vision unitaire et multiculturelle de la nation canadienne, la banalisation du statut du Québec ayant permis le rapatriement sans son consentement, l'atomisation des rapports politiques, la consécration du principe de l'égalité des individus et des provinces et la réduction des compétences législatives provinciales en matière de gestion du régime linguistique⁴⁷.

Une telle transformation du régime constitutionnel, avec l'assentiment même tardif et réticent de la plupart des provinces, correspond, nous dit Rocher, à « l'achèvement idéal de la communauté politique canadienne »⁴⁸. Elle n'a été possible et réussie que parce qu'elle s'est faite en concomitance avec d'autres transformations de l'éthos politique national et international survenues pendant l'après-guerre, transformations liées, notamment, à la nouvelle prééminence accordée dans les forums internationaux à la protection des droits de la personne, à la montée en puissance de l'État-providence au Canada jusqu'au tournant des années 1980 et à la transformation rapide du tissu démographique canadien par la place croissante qui occupent désormais les Canadiens non issus des « deux peuples fondateurs ». La réforme constitutionnelle de 1982 a servi à consolider l'émergence d'un sentiment national canadien et mis en place les balises permettant de contenir et de juguler l'effet centrifuge

⁴⁵ Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada et le refus de l'idéal fédéral », p. 132 et suivantes.

⁴⁶ Dumont, Fernand, *Raisons communes*, p. 46.

⁴⁷ Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada et le refus de l'idéal fédéral », p. 132.

⁴⁸ Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada et le refus de l'idéal fédéral », p. 135.

d'une certaine mentalité provincialiste déjà présente à l'époque pré-fédérale et institutionnalisée par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en 1867 :

The Charter was conceived for nation-building purposes as well as an instrument of rights protection. At the most general level, it was hoped that as Canadians assimilated their new status as holders of enforceable rights into their self-conceptions as citizens, they would be encouraged to think of themselves in pan-Canadian terms. A modified and strengthened country-wide identity would, relatively weaken provincial senses of community and identity. At this level, the Charter was an attack on the conception of Canada as a community of communities which flourished in the province building 1960s and 1970s⁴⁹.

En somme, surtout au Canada anglais nous disent Cairns et Rocher, « cette refondation civique, fonctionnelle et républicaine fut d'emblée acceptée puisqu'elle était au diapason de la représentation dominante de la nation qui s'était développée au Canada depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale⁵⁰. »

Ce constat, Cairns⁵¹ le dressait déjà 1992 lorsqu'il affirmait en se basant sur le contenu d'audiences publiques que la *Charte* « avait pris » au Canada anglais. Son appréciation était plus réservée dans le cas du Québec même si, selon lui, la réticence des Québécois à l'égard de la *Charte* ne devait pas être nécessairement perçue comme irrémédiable surtout si l'on prend en considération le rôle croissant de l'immigration, un phénomène susceptible de modifier en profondeur la composition démographique de cette province et d'accroître à terme l'appui à la *Charte* et à la vision pancanadienne qu'elle véhicule. Plus récemment encore, Gerald Kernerman nous rappelait qu'en 2002 des sondages cités par le gouvernement fédéral démontraient que la *Charte* recevait « *high level of public support across the country* »⁵², y compris au Québec, preuve, si besoin est, que la réforme constitutionnelle de 1982, quelles que soient les réticences exprimées par le gouvernement du Québec et les porte-parole souverainistes, prend racine au Québec comme ailleurs au pays et devient ainsi un élément clé de la nouvelle culture politique québécoise et canadienne. Cette tendance,

⁴⁹Cairns, Alan C., *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 118.

⁵⁰Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada et le refus de l'idéal fédéral », p. 134.

⁵¹Cairns, Alan C., *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 119.

⁵²Kernerman, Gerald, *Multicultural Nationalism. Civilizing Difference, Constituting Community*, p. 29.

maintenant vieille de quelque trente ans ne semble pas devoir se démentir dans un avenir prévisible et signale que cette constitution, que Trudeau⁵³ voulait bonne pour mille ans, pourrait à tout le moins se maintenir plusieurs années encore.

Les leçons de Meech

La transformation de la culture politique canadienne induite par la réforme constitutionnelle de 1982 – ou reflétée par elle, selon la manière dont on se représente la flèche de la causalité – heurte de plein fouet la procédure de modification de la constitution prévue à la Partie V de la Loi constitutionnelle de 1982. L'échec de l'accord du Lac Meech en 1990 fut particulièrement symptomatique de l'aveuglement des leaders politiques fédéraux et provinciaux de l'époque concernant le nouveau rapport qui s'est instauré entre les Canadiens et leur constitution : comme le note Cairns, l'impact visé et réalisé de la nouvelle Constitution et de la Charte « *is precisely its capacity to transform the relation between provincial governments and provincial residents into one between provincial governments and Canadians citizens who happen to reside in a province.* »⁵⁴

Ce changement fondamental de la culture politique canadienne a échappé aux Brian Mulroney, aux Robert Bourassa et aux David Peterson de l'époque. Confortés qu'ils étaient par le libellé même de la Partie V, qui fait de la constitution la chose des gouvernements, ils ont cru, en continuité avec l'esprit de 1867, qu'ils pouvaient disposer de la constitution comme bon leur semblait et que l'assentiment du peuple, sollicité par le biais de motions des assemblées législatives des provinces et du Parlement fédéral, ne serait qu'une formalité. L'histoire a prouvé qu'ils se trompaient. Dans les faits, ils ont grossièrement sous-estimé l'obstacle politique que représentait la sanction obligée de tout projet de réforme par les

⁵³ Référence au commentaire de Pierre Elliott Trudeau dans « Say Goodbye to the Dream of One Canada », lettre publiée par Pierre Elliott Trudeau dans le *Toronto Star* du 27 mai, 1987, et reproduite dans *Pierre Trudeau Speaks Out on Meech Lake*, p.20. « *Even a united front of the 10 provinces could not have forced the federal government to give ground: with the assurance of creative equilibrium between the provinces and the central government, the federation was set to last a thousand years !* »

⁵⁴ Cairns, Alan C., *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 119.

assemblées législatives des provinces. Plus important encore, ils ont sous-estimé l'attachement des Canadiens à leur nouvelle constitution et, notamment, aux droits que leur confère la *Charte*, tout comme ils ont sous-estimé la colère des Canadiens qui avaient le sentiment face à Meech d'avoir été placés devant un fait accompli, sans recours pour faire valoir leurs revendications. Cairns résume ainsi les leçons de Meech:

Consequently, Meech Lake lays bare a serious contradiction at the heart of the constitutional order that focuses on the amending formula. The conflict over the substance and process of Meech Lake indicates that the compromise of 1982 is unstable not only because Quebec's government was not party to it but also because of the tension between government's view of the constitution, focusing on federalism, and the citizens' view, focusing on the Charter and on aboriginal clauses. Whether knowingly or inadvertently, the organizers of Meech Lake tried and failed to repudiate the social forces pressing for more public and participatory process of constitutional change.⁵⁵

Charlottetown et le referendum de 1995

La négociation de l'accord de Charlottetown et le recours à une consultation populaire en 1992 pour en légitimer les termes n'aura été qu'une tentative maladroite pour mettre en œuvre les leçons de Meech. Charlottetown cherchera à compenser le déficit démocratique engendré par la procédure de modification de la constitution et le peu de prise du leadership politique de l'époque sur l'humeur constitutionnelle véritable des Canadiens en élargissant le nombre de partenaires admis à la table de négociation et superposant à la procédure de modification des consultations publiques tous azimuts avec, à la clé, un référendum national sur le projet de réforme. Le résultat net de l'entreprise aura été une fragmentation des opinions et des intérêts et une complexification exponentielle du processus de modification constitutionnelle. Alors que le rapatriement de la Constitution en 1982 devait avoir pour conséquence de donner aux Canadiens la pleine maîtrise d'œuvre de leur Constitution, Meech et Charlottetown ont tour à tour démontré, chacun à sa manière, que les Canadiens, exception faite du segment nationaliste de l'opinion publique québécoise, étaient finalement plutôt satisfaits de leur constitution, qu'ils ne s'entendaient pas sur les changements à y apporter,

⁵⁵ *Ibid.*, p. 117.

mais aussi qu'ils n'avaient guère de prise pour la changer et n'avaient, tout au plus, que les moyens d'empêcher que leurs gouvernements ne la change sans leur consentement. Le référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec a exacerbé ce double sentiment d'adhésion au *statu quo* constitutionnel et d'impuissance face à tout changement constitutionnel induit par les gouvernements chez la plupart des Canadiens. Certains gouvernements provinciaux, comme ceux de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, ont réagi en adoptant des lois les obligeant à soumettre tout projet de modification de la Constitution à une consultation populaire avant d'y consentir. L'adoption par le Parlement fédéral en l'an 2000 de la *Loi de clarification*⁵⁶, communément appelée *Loi sur la clarté*, donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême dans son avis sur le Renvoi relatif à la sécession du Québec, sera saluée avec d'autant plus d'enthousiasme par l'opinion publique canadienne-anglaise qu'elle la rassurait de sa capacité de mieux contenir les éventuelles velléités souverainistes québécoises et de mieux pouvoir contrôler à l'avenir la joute constitutionnelle. Il y a toutefois quelque chose d'ironique dans le fait que cette ultime barrière contre les projets sécessionnistes d'une province situe le siège de la souveraineté dans le Parlement plutôt que dans le peuple, laissant ce dernier encore une fois à l'extérieur du processus de modification constitutionnelle. Comme le notent François Rocher et Nadia Verelli, « *The Clarity Act, in limiting what can be asked in a referendum on sovereignty displaced the decision of defining clarity not only from the people of Quebec but also from the people of Canada as a whole. Under the act, the federal government alone has the power to define clarity*⁵⁷. »

« *The God that failed* »

La trame institutionnaliste telle qu'elle s'offre à travers les auteurs que nous venons de citer est finalement plutôt réceptive envers la réforme constitutionnelle de 1982 et son innovation majeure qu'est la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ton devient

⁵⁶ *Loi de clarification*, L. C. 2000, ch. 26.

⁵⁷ Rocher, François et Nadia Verelli, « Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act », p. 236.

toutefois beaucoup plus critique lorsqu'il s'agit de mettre en parallèle la logique démocratique et républicaine sous-jacente à la *Charte* et celle qui sous-tend la procédure de modification de la Constitution, telle que décrite à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Entre une constitution des citoyens, des droits et de la participation – c'est la Constitution de la *Charte* – et une Constitution des gouvernements et de leur souveraineté, du fédéralisme exécutif et de la protection de l'autonomie des provinces – celle de la Partie V –, une tension délétère existe à laquelle aucun remède sérieux n'a encore été apporté.

Les échecs de Meech et de Charlottetown, avons-nous dit, auront été les grands révélateurs de cette tension qui définit, depuis 1982, la condition constitutionnelle des Canadiens. Ils auront aussi marqué dans la conscience politique des Canadiens – et dans une large mesure des Québécois – le triomphe de la *Charte* et de son biais nationalitaire sur la conception plurinationale du Canada.

Pour les institutionnalistes, une question lancinante demeure : comment surmonter cette tension et comment donner aux Canadiens ce que le rapatriement de leur constitution devait leur offrir : le pouvoir souverain de choisir leur constitution et d'en modifier les termes à leur convenance ?

Le pronostic institutionnaliste est plutôt pessimiste à cet égard. Si le nombre de modifications constitutionnelles réussies depuis 1982 est significatif, leur ampleur, par contre, est dans l'ensemble modeste. Quant aux échecs, Meech et Charlottetown en sont la preuve, ils ont été spectaculaires et ont marqué profondément et de manière indélébile la culture politique canadienne.

La pauvreté de ce bilan donne raison aux doutes qu'entretiennent la plupart des experts sur la capacité des Canadiens de modifier formellement leur constitution. Ainsi, pour le constitutionnaliste André Tremblay, « [l]a procédure constitutionnelle canadienne est probablement l'une des plus exigeantes des fédérations contemporaines ; elle est parsemée

d'embûches de toutes sortes. En Australie, aux États-Unis et en Suisse, la constitution n'a pas été fréquemment modifiée, mais, au Canada, il apparaît difficile de concevoir beaucoup de circonstances propices à des amendements majeurs, à moins éventuellement que ceux-ci ne se réalisent sans le Québec.⁵⁸»

Le constitutionnaliste Benoît Pelletier abonde dans le même sens que Tremblay, qualifiant « d'accablante⁵⁹ » la complexité de la procédure de modification décrite à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pour Alan C. Cairns, tant les textes constitutionnels eux-mêmes que ce qu'il appelle « the ideological spillover of the 1982 Constitution Act »⁶⁰ expliquent, pour une part, l'impossibilité de plus en plus avérée d'une nouvelle réforme constitutionnelle d'envergure au Canada. Selon Cairns :

*The Charter and Aboriginal constitutional clauses have generated a host of new constitutional stakeholders clamouring for a role in the revision of a constitution that now speaks directly to them. Their inclusion multiplies and diversifies the interest to be conciliated, thus reducing the possibility of getting an agreement. (...) The post-1983 constitutional culture outside of Quebec erects additional barriers to the accommodation of Quebec within a renewed federalism. The equality of the provinces doctrine has attained the status of a constitutional dogma, thus inhibiting overt moves to special status for Quebec or, in contemporary parlance, asymmetrical status.*⁶¹

Le politologue Roger Gibbins corrobore les commentaires de Cairns sur la démultiplication des objets de négociation et des parties prenantes au processus de modification de la Constitution. De 1982 à 1992, nous dit-il, le débat constitutionnel a vu croître le nombre des enjeux apportés à la table de négociation et le nombre d'acteurs invités à s'y asseoir. Cet élargissement du débat a subrepticement changé la procédure de modification de 1982 en y ajoutant l'exigence supplémentaire de la sanction démocratique. Et Gibbins d'ajouter :

It will be all but impossible for governments to embark upon significant constitutional change in the future without going to the people in a national referendum. We have,

⁵⁸ Tremblay, André, *La réforme de la constitution au Canada*, p. 91.

⁵⁹ Pelletier, Benoît, *La Modification constitutionnelle au Canada*, p. 323.

⁶⁰ Cairns, Alan C., « Dreams versus Reality in 'Our' Constitutional Future », p. 321.

⁶¹ *Ibid.*, p. 321.

*finally and somewhat reluctantly, embraced popular sovereignty with respect to constitutional change. Only extremely courageous (or foolhardy governments) would attempt to elude that embrace in the future.*⁶²

Il existe par ailleurs parmi les institutionnalistes tout un courant de pensée qui insiste sur une toute autre dimension du déficit démocratique engendré par la réforme constitutionnelle de 1982. On pense ici à des auteurs comme Tom Flanagan, F. L. (Ted) Monton, Andrew Petter, Christopher P. Manfredi et Sébastien Lebel-Grenier, pour n'en nommer que quelques-uns. Leur grief principal à l'endroit de la réforme de 1982 est d'avoir remplacé le principe de la suprématie du Parlement, ce lieu où s'exprime et s'impose la volonté populaire comme source de toute légitimité dans la tradition du parlementarisme britannique, par un système bicéphale, inspiré du constitutionnalisme américain, dans lequel le Parlement partage son autorité avec les tribunaux, ce corps non élu qui ne devrait être rien de plus que « la bouche de la loi », pour citer Montesquieu⁶³.

Cette nouvelle prééminence des tribunaux est inusitée dans le système constitutionnel canadien. Selon Tom Flanagan :

*The 1982 amendment elevated judicial power to a status far higher than anything previously seen in Canada. The courts received the power to nullify legislation not only on division-of-power grounds, which they already possessed, but also on the basis of a long list of expansively worded right in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Moreover, section 24 of the Charter authorized them to go beyond mere nullification of legislation to impose "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances" (Manfredi 1994).*⁶⁴

L'une des conséquences négatives de ce changement fut d'introduire un élément d'imprévisibilité et d'incohérence dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques puisque les décisions des élus peuvent constamment être contestées et renversées par les tribunaux et réorientées par ceux-ci dans des directions que les élus ne voulaient justement pas emprunter.

⁶² Gibbins, Roger, *Conflict & Unity. An Introduction to Canadian Political Life*, p. 352.

⁶³ Montesquieu, Charles de Secondat baron de, *De l'esprit des lois*, XI, 6, 1749.

⁶⁴ Flanagan, Tom, « Canada's Three Constitutions : Protecting, Overturning, and Reversing the Status Quo », p. 135.

Enfin, le dernier mot concernant l'impasse constitutionnelle et le déficit démocratique qui lui est associé revient à Cairns pour qui la réforme constitutionnelle de 1982 n'a été possible que parce que, en l'absence d'une formule proprement canadienne de modification de la constitution, Trudeau pouvait menacer ses partenaires provinciaux de faire approuver unilatéralement par Londres son projet de réforme constitutionnelle⁶⁵. En somme, la plus importante réforme constitutionnelle depuis 1867 n'a pu être réalisée que parce qu'elle échappait à l'exigence de participation démocratique encouragée par la *Charte* et à la rigidité de la procédure de modification que cette réforme a eu pour résultat d'imposer. Les successeurs de Trudeau n'ont plus cet avantage. L'inanité des efforts subséquents (Meech et Charlottetown) pour parachever 1982 amènera ultérieurement Cairns à conclure que « *[t]he status quo survives because the process for its formal replacement is almost unworkable. Constitutional reform, therefore, has become a god that failed.* »⁶⁶

Conclusion

La trame institutionnaliste montre que la réforme constitutionnelle de 1982 rend désormais caduque la position de base du paradigme contractualiste voulant que l'avenir du Canada se joue dans sa constitution. En bref, elle conclut au blocage constitutionnel et à son caractère quasi-irréversible. Cet état de fait se traduit par un déficit démocratique chronique et par une prime à l'immobilisme constitutionnel engendré par les incohérences de la réforme de 1982 et par les développements politiques subséquents.

Ce constat – l'échec inéluctable désormais de tout projet de réforme constitutionnelle de quelque substance – est un constat puissant et quelque peu désespérant pour un peuple qui se croyait enfin maître de la loi qui le gouverne. La *Loi constitutionnelle de 1982* jouit néanmoins d'un haut niveau d'estime et d'assentiment au sein de la population canadienne. Sauf au Québec, sa légitimité démocratique n'est pas vraiment contestée. Ce haut niveau

⁶⁵ Cairns, Alan C., « Dreams versus Reality in 'Our' Constitutional Future », p. 327.

⁶⁶ Cairns, Alan C., « Constitutional Change: The God That Failed », p. 48.

d'appui populaire est attribuable en grande partie à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la reconnaissance implicite du caractère essentiellement territorial et symétrique du fédéralisme canadien. Il est la manifestation d'une transformation profonde du rapport des Canadiens à leur constitution qu'ils jugent désormais être leur chose, en tant que citoyens, et non celle des gouvernements qui les dirigent. Il est aussi l'indice d'un déclin du paradigme contractualiste, qui conçoit le Canada comme un contrat entre partenaires gouvernementaux ou nationaux, au profit d'une conception plus unitaire et plus organique de la nation.

Le constat institutionnaliste se devait d'être contesté. On reprochera à Cairns, notamment, de n'avoir pas assorti sa redoutable acuité analytique d'une égale passion pour développer des scénarios de solution, ce que John Meisel décrira comme « *a certain lopsidedness regarding the weight given in his works to analysis and criticism, on the one hand, and prescription, on the other.* »⁶⁷ D'autres seront moins timides que Cairns à cet égard et entreprendront, dans le prolongement des analyses institutionnalistes, de spéculer sur les avenues de sortie de l'impasse. Comment rénover l'édifice constitutionnel canadien de manière à l'adapter aux exigences du temps sans toucher à sa structure, désormais inamovible, sera leur question. Leur réponse constitue ce que j'ai appelé aux fins de cette recherche « la trame réformiste ».

C'est cette trame que je me propose de reconstituer dans le prochain chapitre.

⁶⁷ Meisel, John, « Alan Cairns : Public Intellectual », p. 16.

2 – LA TRAME RÉFORMISTE

Introduction

Le paradigme contractualiste part du principe que la réforme de la constitution est la voie royale à emprunter pour résoudre les problèmes d'organisation et de fonctionnement de la fédération canadienne. Les trames explicatives répertoriées aux fins de cette recherche sont autant de cas de figure de ce paradigme. Chacune forme récit – c'est-à-dire qu'elle procède d'une mise en séquence temporelle et logique des faits dans un effort soutenu pour leur donner sens. Chacune propose un cadre temporel, des protagonistes et une intrigue générale avec ses complications particulières. Le dénouement des intrigues n'est jamais vraiment connu au moment où les trames s'élaborent. C'est pourquoi la mise en récit politologique relève moins de l'histoire faite que de l'histoire se faisant et c'est pourquoi cette histoire en train de se faire intéresse tout particulièrement les politologues et les sociologues qui caressent l'ambition de dégager et comprendre, par-delà l'événementiel et l'anecdotique, ce qui relève de la règle et du système, de la chose sociale comme dirait Durkheim, et qui donne une certaine prise sur l'avenir.

Ce souci de trouver des solutions pour l'avenir, plus que des considérations théoriques ou de méthode, est probablement ce qui distingue le plus les tenants de la trame réformiste, au sens où nous l'entendons ici, de ceux de la trame institutionnaliste. Un David E. Smith, grand institutionnaliste s'il en fut par l'intérêt minutieux et plutôt admiratif qu'il porte aux institutions démocratiques canadiennes et à leur statut dans l'espace public, un C. E. S. Franks, un Harvey Lazar et un Peter H. Russell, tous des auteurs que nous associons à la

mouvance réformiste, font une lecture pessimiste de la capacité des Canadiens de modifier formellement leur constitution. Ils présentent toutefois des perspectives différentes sur les causes du problème et ses conséquences sur la condition constitutionnelle des Canadiens.

Si une métaphore peut servir à mettre en lumière la nature particulière du regard réformiste, c'est celle du naufragé sur son île, de Robinson Crusoë qui entreprend de refaçonner le monde dont il a hérité pour le faire sien, habitable, à son image et à sa ressemblance à l'intérieur des limites que lui impose son insularité forcée, son manque de moyens et l'horizon indépassable qui est le sien.

La Loi constitutionnelle de 1982 et la tournure qu'a prise le débat constitutionnel depuis son adoption définissent les pourtours de l'île et son horizon. Ils fixent les termes de la condition constitutionnelle canadienne depuis 1982. L'état d'esprit que cette condition génère ressortit à un sentiment d'enfermement redoublé d'un sentiment d'impuissance – Crusoë appelait son île Désespoir – que vient compenser chez notre héros la nécessité de faire contre mauvaise fortune bon cœur en attendant mieux, l'arrivée d'un navire improbable et salvateur, et le retour à la civilisation. L'ensemble de ces manifestations, si l'on reste dans l'ordre de la métaphore, correspond à ce nous pourrions appeler un syndrome, une collection diffuse et ambiguë de symptômes. On parlera de syndrome du prisonnier pour rendre compte de la qualité particulière du regard réformiste sur la conjoncture constitutionnelle canadienne depuis 1982, et ce sont les manifestations de ce syndrome que nous essaierons de repérer dans les travaux de Smith, Franks, Lazar et Russell.

David E. Smith : contre mauvaise fortune, bon cœur

David E. Smith est sans contredit l'un des auteurs qui a le plus fortement contribué à donner ses lettres de noblesse intellectuelle à la trame réformiste⁶⁸. Il a à son crédit un

⁶⁸ Notons au passage que Smith récuse spécifiquement l'étiquette de « réformiste ». Dans « The Improvement of the Senate by Nonconstitutional Means », l'auteur reproche en effet à ceux qui s'intéressent à la réforme de nos institutions parlementaires de traiter chaque institution de manière isolée, sans tenir compte de ses liens systémiques avec les autres institutions et des conséquences que tout changement à une composante du système

quatuor déjà classique sur les institutions de gouvernance canadienne que sont la Couronne⁶⁹, le Parlement⁷⁰ et le Sénat⁷¹, ainsi que sur la tradition parlementaire canadienne⁷². Dans chacun de ses ouvrages, Smith déploie une érudition et une finesse analytique peu communes.

C'est toutefois dans le cadre d'une contribution à un ouvrage collectif sur le Sénat publié en 2003 que Smith⁷³ expose avec le plus de clarté sa position sur la procédure de modification de la Constitution héritée de la réforme constitutionnelle de 1982 et de ses suites. L'auteur énonce clairement dans cet article le présupposé constitutionnel qui anime sa recherche – que la procédure de modification prévue à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en elle-même et à travers ses avatars (les accords du Lac Meech et de Charlottetown ainsi que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles (1996)*), est non opérationnelle à bien des égards. Selon lui, les seules avenues de changement aux institutions démocratiques de la nation qui aient quelque chance de réussir doivent pouvoir être empruntées sans avoir à modifier la constitution, pas en tout cas de manière importante. Smith résume ainsi son parti-pris théorique et méthodologique :

*What follows is an examination of how to make the Senate of Canada a more effective and, in the public mind, a more credible legislative body. The general thrust of the discussion is on making the institution work better and on achieving this goal by means other than the complex amendment provisions entrenched in Part V of the Constitution Act, 1982 or the requirements of the so-called "Regional Veto" Act. (...) Irrespective of the desirability of constitutional reform, practically speaking, only nonconstitutional improvements can be expected at the present time.*⁷⁴

Ce court extrait rend bien compte du syndrome du prisonnier comme il se manifeste chez les auteurs réformistes. Il exprime le sentiment d'enfermement et d'impuissance face aux exigences de la procédure de modification de la constitution ainsi qu'une exhortation à ne pas y recourir, du moins « at the present time », comme le précise Smith. La portée de ce « at

aura sur les autres. Il va de soi que la signification que Smith donne au terme « réformiste » dans ce contexte diffère entièrement de celle que je lui prête dans le cadre de ma recherche.

⁶⁹ Smith, David E., *The Invisible Crown: the First Principle of Canadian Government*.

⁷⁰ Smith, David E., *The People's House of Commons: Theories of Democracy in Contention*.

⁷¹ Smith, David E., *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*.

⁷² Smith, David E., *The Republican Option in Canada: Past and Present*.

⁷³ Smith, David E., « The Improvement of the Senate by Nonconstitutional Means ».

⁷⁴ *Ibid.*, p. 229-230.

the present time », l'attente du navire salvateur, qui se répète comme un mantra chez la plupart des auteurs réformistes, est quelque peu ambiguë : s'agit-il d'une pure précaution rhétorique visant à tempérer le caractère négatif du diagnostic d'impasse posé sur la démocratie constitutionnelle canadienne depuis 1982 ou alors l'expression est-elle une profession de foi convaincue dans la vitalité à long terme de la démocratie constitutionnelle canadienne?

Quelle que soit la réponse, Smith invite les acteurs constitutionnels à ne pas attendre pour agir que soient rassemblées les conditions gagnantes d'une réforme constitutionnelle majeure, mais à plutôt s'attacher à améliorer le mode de fonctionnement des institutions, du Sénat dans ce cas-ci, par des ajustements et des correctifs réalisables à l'intérieur des paramètres constitutionnels en vigueur. En termes stratégiques, la position de Smith peut être assimilée à une manœuvre délibérée d'évitement. Cette stratégie n'a pas pour corollaire le renoncement à tout changement. Smith est d'ailleurs catégorique :

There is in short, a practical need to do something in order to enhance the Upper House and thereby make it a constructive element of Parliament within current constitutional arrangements. Until it again becomes possible to amend the Constitution, it is better to pursue a gradual, cautious strategy, informed by an understanding of the institution's role, to make the most of the current Senate, by using non constitutional means. If properly implemented, this approach will bring about significant improvements in the workings of the Upper House.⁷⁵

Que cette stratégie d'évitement commandée par l'impossibilité, temporaire peut-être, de modifier la constitution vaille pour tout projet majeur visant à mettre les institutions parlementaires au diapason de la culture politique contemporaine est bien évident. Il en va de même du principe de prudence et de souci de l'ensemble dont Smith se fait le promoteur et qui devrait, à ses yeux, animer tout projet réformiste.

C'est qu'au fond – et sans égard aux rigidités du processus de modification de la constitution – Smith croit dans la solidité des institutions parlementaires canadiennes malgré la complexification croissante de la culture politique des Canadiens. Cette complexification,

⁷⁵ *Ibid.*, p. 230-231.

qu'il décrit dans *The People's House of Common: Theories of Democracy in Contention*, aurait été précipitée par la réforme constitutionnelle de 1982 et la montée en puissance des provinces de l'Ouest. Elle tient principalement à l'apparition de deux nouveaux modèles de démocratie qui sont venus se superposer et s'opposer à la démocratie parlementaire que la *Loi constitutionnelle de 1867* avait consacrée en établissant que la constitution du pays reposerait « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »⁷⁶. Selon Smith, à la démocratie parlementaire de type britannique s'ajoutent désormais la démocratie constitutionnelle, un sous produit de la constitutionnalisation de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du virage républicain imprimé à la démocratie canadienne par cette innovation, et la démocratie électorale, cet autre nom pour tout un courant de revendications, surtout exprimées à l'Ouest, et en faveur d'une démocratie plus directe.

Pour Smith, le défi qui se pose au Parlement et, peut-on dire, à l'ensemble des institutions démocratiques, est de se doter de principes généraux qui permettent d'intégrer dans les institutions les formes émergentes de la démocratie. Mais ce n'est pas tout, nous dit Smith, faisant écho aux préoccupations de Cairns : « *In fact, the challenge is far greater than that because at its base what is at issue is the largely unwritten, monarchical constitution that makes no provision for the people and rests uneasy with the concept of a law higher than itself.* »⁷⁷

Cette complexification de la culture démocratique canadienne et les tensions qu'elle génère ont pour effet de changer en profondeur le rapport qu'entretiennent les Canadiens à leurs institutions démocratiques et à faire apparaître des dissonances nouvelles, qu'il s'agisse du caractère non démocratique du Sénat, ou du manque de représentativité et de pouvoir des élus à la Chambre des communes, ou de l'absence d'un canal institutionnel acceptable permettant à la *vox populi* de se faire entendre directement, sans passer par le filtre de ses

⁷⁶ *Loi constitutionnelle de 1867* (Préambule).

⁷⁷ Smith, David E., *The People's House of Commons: Theories of Democracy in Contention*. p. x.

représentants. Elle ajoute crédit à l'idée d'un déficit démocratique au Canada et à la nécessaire refonte des institutions pour remédier à ce déficit.

Smith se veut néanmoins rassurant. Pour la Chambre des communes comme pour le Sénat, il se fait l'avocat de changements non constitutionnels. Selon lui, une bonne part du malaise institutionnel canadien est attribuable à la méconnaissance généralisée dont les institutions parlementaires, la Chambre des communes en tête, sont l'objet dans le public et au sein de la classe politique bien plus qu'à la nécessité de réformes en profondeur. Une mise en garde s'impose néanmoins que Smith s'empresse de faire et qui montre bien les limites de toute entreprise de changement des institutions : « *Rules changes notwithstanding, alterations to the conduct of lower house business are far more difficult to achieve that critics of Parliament appreciate, for the very good reason that they frequently touch on constitutional matters, especially in regard to the operation of responsible government.* »⁷⁸ La même mise en garde valait pour la réforme du Sénat. Encore une fois, Crusoë ne tarde pas à se heurter aux limites de son île et de tout projet de refonte des institutions qui passerait par de nécessaires modifications constitutionnelles.

C.E.S. Franks : tenir la constitution à distance

Le politologue canadien C. E. S. Franks de l'Université Queens, un expert des institutions parlementaires canadiennes, pose à ce propos un diagnostic analogue à celui de Smith. Faisant référence à la course à obstacles que constitue tout grand projet de réforme constitutionnelle, Franks note que :

*The [constitutional] processes are so complex, and require the consent of so many diverse players, that comprehensive amendment does not appear to be a practical option for Canada at this time. (...) Possibly the constitutional amending process has reached a dead end for the foreseeable future, at least for major revisions, those that P. H. Russell calls "mega constitutional politics... concerned with reaching agreement on the identity and fundamental principles of the body politics."*⁷⁹

⁷⁸ *Ibid.*, p. x.

⁷⁹ Franks, C.E.S., « A Continuing Canadian Conundrum: The Role of Parliament in questions of National Unity and the Processes of Amending the Constitution », p. 34-55.

Le projet réformiste de Franks pour le Parlement est donc très similaire à celui de Smith : modifier formellement la constitution est une avenue sans issue « at this time », de préciser Franks, et ne laisse d'autre alternative aux Canadiens soucieux de faire évoluer les institutions du Parlement que d'emprunter la voie non constitutionnelle. Ces réformes, soutient Franks, devraient contribuer à l'émergence de pratiques parlementaires plus consensuelles et moins conflictuelles. Elles pourraient prendre la forme d'un passage à la représentation proportionnelle de manière à accroître la représentativité des élus à la Chambre des communes ou d'une révision du rôle du Sénat pour en accroître l'efficacité et la légitimité à l'intérieur du processus parlementaire dans son ensemble. Une autre suggestion de réforme avancée par Franks s'inspire de dispositions décrites au paragraphe 26 de l'accord de Charlottetown : elle prévoit la création d'un statut législatif intermédiaire entre la loi ordinaire – adoptable, modifiable ou révocable à la majorité simple du Parlement – et la modification constitutionnelle, hors d'atteinte, particulièrement si la modification recherchée relève de la « Procédure normale de modification » de la Constitution, aussi dite du 7-50, principalement décrite aux articles 38 et 42 de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la procédure du « Consentement unanime », principalement décrite à l'article 41. Par l'instauration d'un statut législatif plus exigeant pour son adoption, sa modification ou sa révocation, cette dernière proposition aurait pour but de donner au Parlement les moyens de mieux garantir certains droits, certaines prérogatives provinciales ou régionales, ou certaines ententes fédérales-provinciales en leur conférant un statut quasi-constitutionnel, donc plus durable, sans pour autant les constitutionnaliser au sens strict. En guise d'exemple, Franks suggère que l'adoption, la modification ou la révocation d'une telle loi puisse être conditionnelle à l'obtention d'une majorité des deux tiers de la Chambre ou doive faire l'objet de deux passages obligatoires par le Parlement séparés chacun par une élection générale. On peut présumer que ces lois pourraient ajouter à la Constitution mais ne pourraient y

contrevenir sous peine d'être frappées d'inconstitutionnalité. Notons par ailleurs que, dans l'accord de Charlottetown, l'instauration de ce nouveau mécanisme législatif est elle-même conditionnelle à une modification constitutionnelle. Le mécanisme qui y est suggéré est significativement différent de celui avancé par Franks dans la mesure où il vise la quasi-constitutionnalisation d'ententes fédérales-provinciales par l'adoption simultanée et constitutionnellement encadrée de lois à cet effet par le Parlement fédéral et les assemblées législatives des provinces concernées. Franks semble suggérer que ce ne serait pas le cas de sa variante du projet, de portée plus limitée, puisque l'octroi d'un statut quasi-constitutionnel serait une prérogative du seul Parlement fédéral et pourrait déborder le cadre des ententes fédérales-provinciales pour inclure la protection des droits de la personne et des minorités. La procédure de quasi-constitutionnalisation ainsi comprise n'exigerait pas d'être sanctionnée par les gouvernements provinciaux. L'ensemble des réformes envisagées – l'introduction de la proportionnelle, la révision du rôle du Sénat et la création d'un nouveau régime législatif – viserait à accroître le caractère consensuel du fonctionnement parlementaire et sa productivité. « All can be made without constitutional amendment »⁸⁰, nous assure C. E. S. Franks.

L'examen des institutions parlementaires canadiennes que nous proposent Smith et Franks est généralement fondé sur une connaissance détaillée et approfondie de leur histoire, des systèmes similaires ailleurs dans le monde, notamment dans les pays anglo-saxons, et de leur place dans l'espace public canadien. Les propositions de réforme qu'ils avancent apparaissent pondérées et pragmatiques, surtout dans le cas de Smith, dont les prescriptions sont toujours soucieuses de respecter la tradition politique canadienne et la cohérence du système parlementaire bicaméral d'inspiration britannique hérité de cette tradition. Simultanément, c'est toujours avec beaucoup de prudence et de parcimonie que l'un et l'autre auteurs embouchent les trompettes de la philosophie politique comme si la faible marge de

⁸⁰ *Ibid.*, p. 50.

manœuvre constitutionnelle dont jouissent les Canadiens les forçait à une vision plus terre-à-terre de ce qui est possible et ne l'est pas.

Peter H. Russell : faire de nécessité vertu

Tel n'est pas le cas de Peter H. Russell, auteur d'innombrables articles sur la saga constitutionnelle canadienne et d'un maître-livre, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People ?*. L'ouvrage fait la chronique minutieuse de la trajectoire constitutionnelle canadienne du Régime français à l'année 2004, date de sa plus récente réédition. Il a été publié une première fois en 1992, sur les cendres encore fumantes de l'accord du Lac Meech, et à nouveau en 1993, enrichi cette fois d'un nouveau chapitre sur les négociations ayant mené à l'accord de Charlottetown et d'une conclusion révisée pour refléter le résultat du référendum pancanadien de 1992 et ses conséquences. L'édition de 2004, la plus à jour, a été à son tour augmentée d'un chapitre sur la politique constitutionnelle canadienne depuis Charlottetown.

Russell est probablement, avec Alan C. Cairns, le politologue intéressé à la question constitutionnelle le plus cité parmi ses pairs. Si, comme le suggère Cairns, la réforme de la Constitution « is a god that failed », c'est probablement, de soutenir Russell, que les Canadiens ont eu tendance au cours de la seconde moitié du vingtième siècle à rejeter une conception de la Constitution définie comme la somme des règles écrites et non écrites issues du vouloir-vivre ensemble et de sa pratique à travers les âges au profit d'une conception plus contractualiste de la Constitution, une conception en vertu de laquelle la Constitution est l'explicitation consciente, négociée et définitive de la volonté populaire.

Edmund Burke, philosophe et homme politique anglais du dix-huitième siècle, aurait été le principal porte-étendard de la première conception :

For the Burkean, a constitution is thought of not as a single foundational document drawn up at a particular point in time containing all of a society's rules and principles for government, but as a collection of laws, institutions, and political practices that have passed the test of time and which have been found to serve the society's interest tolerably

*well. For constitutional systems understood in this organic way, change is incremental and pragmatic, and consent is mostly implicit.*⁸¹

Dans une perspective burkéenne, la Constitution est le produit du fonctionnement en société, fonctionnement lui-même déterminé par la manière dont Dieu a organisé le monde et dont les hommes ont assumé son dessin. C'est cette conception qui aurait inspiré les Pères de la Confédération en 1867, qui les aurait amenés à choisir pour la nouvelle confédération une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »⁸² et qui aurait façonné la culture constitutionnelle du pays au cours de son premier siècle d'existence.

Le philosophe anglais John Locke, ce père du libéralisme politique, aurait été le principal porte-étendard de la deuxième conception, une conception plus près de la tradition politique américaine en vertu de laquelle le peuple est la source de légitimation de tout pouvoir politique. Dans une perspective lockéenne, nous dit Russell :

*[T]he Constitution is understood as a foundational document expressing the will of the people, reached through a democratic agreement, on the nature of the political community they have formed and how that community is to be governed. Constitution making is this tradition is a profoundly democratic act in which a people comes together to express its sovereign will.*⁸³

Au cours des années 1960 et après, le débat constitutionnel canadien aurait pris un virage résolument lockéen comme en font foi l'intensification de négociations constitutionnelles, qu'on l'envisage d'un point de vue strictement québécois ou d'un point de vue fédéral et canadien. Le moment paroxysmique de ce virage correspondrait à la réforme constitutionnelle de 1982, comme expression de la souveraineté populaire canadienne. Elle marquerait le triomphe du constitutionnalisme à la Locke par les principes qui l'inspirent et la tournure quasi-contractuelle qu'elle imprime au cadre constitutionnel canadien, notamment, l'affirmation du caractère supra législatif de la nouvelle constitution, la constitutionnalisation

⁸¹ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 247.

⁸² *Loi constitutionnelle de 1867 (Préambule)*.

⁸³ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 247-248.

de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le rôle accru qu'elle confie à la Cour suprême du Canada comme dernière instance de contrôle de la constitutionnalité des lois.

Ceci dit, la réforme constitutionnelle de 1982 marque aussi l'échec du projet lockéen canadien dans la mesure où ni la réforme, qui est restée inachevée puisqu'elle n'a pas rallié le Québec, ni les accords de Meech et de Charlottetown, qui ont voulu pallier cette lacune, n'ont permis aux Canadiens de transcender leurs différences et de parler d'une seule voix. Pour Russell, il faut moins attribuer cet échec au caractère dysfonctionnel de la réforme constitutionnelle de 1982 et à la tension structurelle observée par Cairns entre « *a citizen-regarding Charter and a government-regarding amending formula* »⁸⁴ qu'au peuple canadien lui-même qui, à ce moment-ci de son histoire et pour l'avenir prévisible, semble incapable de parler d'une seule voix. Cette incapacité constatée à travers les péripéties constitutionnelles successives des dernières trente années amène Russell à conclure que « *in neither Canada nor Quebec was there – or is there – a population capable of acting as a sovereign people in a positive Lockean way* »⁸⁵.

La trame explicative russellienne, on le voit, glisse imperceptiblement d'un schéma en apparence institutionnaliste, qui s'intéresse aux institutions et à leur effet de façonnement sur la société, à un schéma plus organiciste, peut-être même quelque peu anthropomorphique, de l'évolution sociétale : au cœur de cette vision, il y a la présomption qu'existe une réalité démographique, celle de la « population » du Canada, ce conglomérat d'individus et de communautés confinés à un espace déterminé, le Canada, mais incapables pour l'instant, au-delà de cette rencontre fortuite dans le temps et dans l'espace, de devenir « a sovereign people », c'est-à-dire une entité réconciliée avec elle-même, douée de volonté et en mesure de faire prévaloir cette volonté contre toute autre, souverainement.

⁸⁴ Cairns, Alan C. : *Charter Versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, p. 64.

⁸⁵ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 248.

Comment passe-t-on de l'état de « population » à celui de « *sovereign people* » ?

Russell ne répond que partiellement à cette question se contentant de constater qu'une des retombées positives du débat entourant le rejet de l'accord de Charlottetown aura été cette habilitation des Canadiens, à travers l'exercice référendaire qui leur fut proposé, à refuser un projet constitutionnel dont ils ne voudraient pas à défaut de pouvoir les amener à faire leur un quelconque projet sur lequel ils se seraient entendus. Les Canadiens ont ainsi acquis le pouvoir de refuser, ce que Russell associe à une souveraineté négative ; il leur reste à conquérir la souveraineté positive, celle qui consiste à s'entendre sur un projet constitutionnel précis et à en faire le projet de tous.

Cette avenue, celle de l'exercice de la souveraineté positive, échappe pour l'instant aux Canadiens, faute de consensus sur la nature profonde du Canada, du Québec et sur la manière dont les Premières nations s'insèrent dans cet ensemble. Faire consensus sur de tels sujets, immensément vastes et lourds de conséquences, est une entreprise qui renvoie à un ordre de réalité transcendant – Russell parle à ce propos de « macro-constitutional politics »⁸⁶ ou « mega-constitutional politics »⁸⁷ – par opposition à la politique constitutionnelle ordinaire ou « micro-constitutional politics »⁸⁸. La macro et la micro politiques constitutionnelles se distinguent de deux façons :

*First, macro-constitutional politics goes beyond disputing the merits of specific constitutional proposal and addresses the very nature of the political community on which the constitution is to be based. Macro-constitutional politics, whether or not directed toward comprehensive constitutional change, is concerned with reaching agreement on the identity and fundamental principles of justice of the body politic on which the constitution is to be based.*⁸⁹

Le deuxième trait distinctif de la macro politique constitutionnelle découle du premier, nous dit Russell : parce que ses enjeux interpellent les citoyens dans leur identité profonde, leur conception globale de la communauté politique et leur place à l'intérieur de cette

⁸⁶ Russell, Peter H. : « Can the Canadians Be a Sovereign People ? », p. 699.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 699.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 699.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 699-700.

communauté, la macro-politique constitutionnelle exacerbe les passions et tend à occuper toute l'avant-scène de l'espace politique. Ses effets peuvent être ravageurs – qu'on pense à la Révolution française ou à la guerre de sécession américaine, bien que, dans le cas canadien, ces moments de plus haute intensité, dont le référendum de Charlottetown et le référendum de 1995 ont été les temps forts, semblent s'être conclus « *by a whimper rather than a bang* »⁹⁰. L'apparente accalmie constitutionnelle dont jouissent les Canadiens depuis la fin des années 1990 semble en effet donner raison à Russell sur ce point.

Quelles leçons tirer de l'itinéraire constitutionnel canadien du dernier demi-siècle ? Russell répond à cette question dans « Canada Returns to Constitutional Normalcy », le titre du nouveau et dernier chapitre de la plus récente édition (2004) de *Constitutional Odyssey*, et dans un article ultérieur, « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods » publié en 2006.

En bref, selon Russell, les Canadiens doivent renoncer à leur rêve lockéen et revenir à une conception plus organique de la politique constitutionnelle. Ils doivent éviter, comme ils l'ont fait au cours du *sprint* constitutionnel de la seconde moitié du vingtième siècle, de mettre à tout prix les barres sur tous les « t » du mot « constitution » pour laisser place au non-dit volontaire et à la mise en veilleuse des enjeux problématiques. Russell⁹¹ évoque à ce propos la notion de « *constitutional abeyance* », empruntée à David Thomas⁹² notamment, pour qui l'ultime sagesse constitutionnelle ne réside pas dans la limpidité des textes constitutionnels, source de rigidité et motif d'affrontement, mais plutôt dans leur ambiguïté créatrice et le report salutaire des conflits que cette ambiguïté permet. Dans cet esprit, les Canadiens doivent substituer à la notion de méga changement constitutionnel, le changement avec un « C » majuscule, la notion de changement constitutionnel avec un « c » minuscule,

⁹⁰ Russell, Peter H. : « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods », p. 19.

⁹¹ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 272.

⁹² Thomas, David M. : *Whistling Past the Graveyard : Constitutional Abeyance, Quebec and the Future of Canada*.

c'est-à-dire le changement de l'ordre constitutionnel par des moyens non constitutionnels dont l'effet général est de réaliser, par retouches successives et limitées, ce que le changement avec un « C » majuscule tentait de réaliser d'un seul coup et à grands frais.

Cette approche, nous dit Russell, est celle privilégiée par Edmund Burke, pour qui le contrat social ne se négocie pas ici et maintenant entre contemporains, sur un texte intemporel, mais à travers le temps, de génération en génération, à travers l'édifice asystématique des coutumes et des lois, chaque génération transmettant à la suivante le produit accru de sa sagesse et de son expérience. Dans une telle société, le changement prend la forme de mises à jour continues de la tradition ; il n'est jamais radical ; il se fait par évolutions, non par révolutions, et il s'appuie sur le consentement renouvelé des générations successives.

À cette conception de la constitution comme produit vivant et évolutif, la conception lockéenne oppose une conception de la constitution comme « contract drawn up by the people setting out the terms on which they are to be governed »⁹³. Pour Locke, la volonté populaire, non celle des élites, est le véritable relais de la volonté divine et le fondement de toute légitimité politique. La constitution n'est pas un reflet du fonctionnement social; elle en est en quelque sorte la matrice : la constitution écrite devient dès lors, nous dit Russell, la consignation « *of the basic principles of government and the rights of the people. The Constitution (and the capital C is essential) expresses the will of the founding people as to the terms of which they wish to form a political community with a common government.* »⁹⁴

Russell associe la constitution de 1867 et la pratique du fédéralisme qui s'en suivit à une vision à la Burke, c'est-à-dire à une certaine manière de faire évoluer la société par changements progressifs, parcellaires et essentiellement négociés entre les élites légitimes sur les bases de l'expérience politique commune. La constitution dans cette optique est

⁹³ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 8.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

essentiellement le produit, souvent non explicite, de ce travail des agents sociaux. En contrepartie, la *Loi constitutionnelle de 1982* signale un changement de paradigme à cet égard, une mutation de la culture politique canadienne : elle consacre explicitement, sous forme écrite, la souveraineté du peuple et l'exigence de son consentement pour tout changement substantiel à la constitution.

En 1993, dans la foulée de l'échec de Charlottetown, Russell estimait que si l'expérience du dernier demi-siècle pouvait nous enseigner quelque chose, c'était que les Canadiens n'étaient pas vraiment parvenus à réaliser la transition d'une démocratie constitutionnelle à la Burke à une démocratie constitutionnelle à la Locke. Il estimait que c'était là leur prochain défi et « the question of our time »⁹⁵, pour reprendre ses termes propres : « *Ironically, de dire Russell, having become one of the world's oldest constitutional democracies largely on Burkean terms, Canadians must now find out whether they are capable of re-establishing their country on the basis of a Lockean social contract.* »⁹⁶

En 2006, sa pensée s'est encore précisée. La transition vers une démocratie constitutionnelle à la Locke lui semble bloquée ; après des années de querelles, elle ne constitue donc plus le défi de l'heure. Le défi de l'heure qui se pose aux Canadiens, c'est de continuer à évoluer sans toucher à la constitution, c'est de réaliser que le changement est possible, une étape à la fois et par de multiples voies : il faut revenir à Burke, revenir à l'idée d'une évolution dont les élites légitimes négocient les termes tout en évitant, dans la mesure de possible, d'ameuter les Canadiens. C'est que ceux-ci, les péripéties du débat constitutionnel l'ont prouvé, sont incapables de s'assumer comme sujet politique unifié. « *What is more, Canadians learned that the very effort of trying to reach a popular accord on*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 11. On retrouve cette phrase dans l'édition de 1993 de *Constitutional Odyssey* et dans celle de 2004.

*restructuring fundamental parts of the formal, capital 'C' part of their constitutional system would likely deepen their discord. »*⁹⁷

Il y a quelque chose de profondément séduisant et rassurant dans le récit que nous propose Russell de l'impasse constitutionnelle canadienne et de la manière de la transcender bien qu'elle soit fondée sur le constat de l'inanité « pour l'instant » de tout méga-projet de modification de la constitution. À quoi tient donc l'attrait qu'exerce cette construction intellectuelle édifiée sur l'île appelée Désespoir ?

Pour Patrick James, auteur d'une typologie de la pensée constitutionnelle canadienne depuis 1982, la conviction du caractère contreproductif de tout projet de méga-changement constitutionnel est au cœur de la réflexion russellienne : « *The basic insight of megapolitics theory is that the act of seeking constitutional revision itself, when carried on publicly and through omnibus proposals, contributes to the very result it is intended to avert – further national unravelling* »⁹⁸. Cette notion, celle de méga-changement constitutionnel, fait pour James désormais partie du langage courant et accepté des experts de la question constitutionnelle. La force explicative du concept serait principalement liée au scepticisme engendré dans le public canadien par les tentatives ratées de méga-changement constitutionnel des dernières années. « *The belief that such effort will fail is pervasive and well grounded in theory and practice* »⁹⁹, nous dit James.

À cette explication de James, on peut en ajouter une autre : plus que tout autre politologue canadien, Russell est parvenu à inscrire sa chronique de l'odyssée constitutionnelle à l'intérieur d'une trame narrative – et explicative – structurée, dramatique à souhait et facilement compréhensible par le plus grand nombre. Cette mise en récit, dramatisée par l'évocation d'un âge d'or constitutionnel perdu, par la mise en opposition de

⁹⁷ Russell, Peter H. : « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods », p. 23.

⁹⁸ James, Patrick : *Constitutional Politics in Canada after the Charter. Liberalism, Communitarianism and Systemism*, p. 62.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 108.

deux âges et de deux visions constitutionnelles, ajoute à l'efficacité du propos. La trame russellienne, comme toutes les bonnes histoires, est fondée sur une opposition binaire entre le blanc et le noir, le possible et l'impossible, le constitutionnalisme à la Burke et le constitutionnalisme à la Locke, le tout agencé avec suffisamment de contrastes et de nuances pour éviter à l'auteur de tomber dans la caricature, ce qu'on ne peut lui reprocher.

L'archétype du constitutionnalisme à la Locke est la constitution américaine au sujet de laquelle Russell rappelle néanmoins, jetant quelque peu de lest pour atténuer la dureté de sa mise en contraste, que « *if you look behind the actual events that produced the American Constitution, it soon becomes evident there was plenty of fiction in the notion of the 'people as a constituent power'* ». ¹⁰⁰ L'archétype du constitutionnalisme à la Burke est la constitution britannique, cet ensemble asystématique de droits et d'obligations qui « *far from being a single document drawn up at a particular point in time, is the collection of laws, institutions, and political practices that have survived the test of time and are found to be useful by a people* » ¹⁰¹. En 1867, les Pères de la Confédération auraient été burkéens dans l'âme ; l'ère Trudeau et l'opinion politologique moderne seraient résolument lockéennes.

Ce n'est toutefois pas tout d'avoir un chevalier blanc burkéen et un chevalier noir lockéen. Encore faut-il camper leur combat dans le temps. La trame dramatique russellienne se déroule en trois temps : au premier temps burkéen de l'odyssée constitutionnelle et à son deuxième temps lockéen, Russell oppose un troisième temps, déjà en marche selon lui, et qu'il identifie à un retour à la normale ou à l'esprit de Burke. Selon Russell, « *we are now in a new era of constitutional politics, when a lot of change is taking place, not through the stormy, crisis-ridden processes of mega-constitutional politics, but through the quieter, incremental and much sunnier ways of organic constitutionalism – the very ways in which our*

¹⁰⁰ Russell, Peter H. : *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.10.

constitutional system evolved through its first century ». ¹⁰² « *Burke to Locke and Back Again to Burke* » ¹⁰³, un sous-titre de son article intitulé « *Constitutional Politics : In a New Era Canada Returns to Old Methods* », résume bien le parcours constitutionnel que Russell d'un même souffle dessine et souhaite pour les Canadiens au seuil du vingt-et-unième siècle.

La chronique studieuse des péripéties de la saga constitutionnelle canadienne que nous propose Russell tire une bonne partie de son pouvoir de séduction, on le voit, de la dramatisation qu'en fait l'auteur. Comme pour la constitution américaine, il y a de la fiction dans le combat de Burke et Locke, tel que Russell nous le présente. Sa mise en opposition des deux penseurs prend une valeur emblématique. Elle correspond, tout en l'enjolivant, à un *distinguo* classique en droit constitutionnel – *distinguo* de nos jours superfétatoire nous dit le constitutionnaliste Michael Foley ¹⁰⁴ et d'autres avec lui ¹⁰⁵ – entre, d'une part, la notion de constitution écrite, à l'américaine, fondatrice, contractuelle et démocratique et, d'autre part, la notion de constitution non-écrite, à l'anglaise, éclatée, souple et fondée sur la tradition.

Pourquoi Foley juge-t-il ce *distinguo* superfétatoire ? Parce que, dans les faits et quoiqu'on en dise :

most of what is regarded as comprising the British constitution is ascertainable, definable, and written. The constitution may well have been the result of an inscrutable historical process and may consist of a disorderly accumulation of principles and practices. Nevertheless, its identity and meaning are discoverable by reference to statutes, judicial decisions, conventions, and constitutional commentaries, and by authoritative opinions, letters, and works of scholarship. ¹⁰⁶

À l'inverse, d'ajouter Foley, la plus écrite des constitutions, au premier chef desquelles la constitution américaine, la constitution française – mais aussi la constitution canadienne oserais-je ajouter – contient toujours une part non écrite substantielle et significative. Cette part est le plus souvent assimilée à des conventions constitutionnelles ou à

¹⁰² Russell, Peter H. : « *Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods* », p. 20.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴ Foley, Michael, *The silence of Constitutions*.

¹⁰⁵ Foley cite en appui à sa thèse les opinions de constitutionnalistes réputés tels que K. C. Wheare, Carl Friedrich, I. Jennings et d'autres.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 5-6.

des principes constitutionnels comme ceux mis à jour par la Cour suprême du Canada dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁰⁷. Ce qui distingue les deux formes de constitutionnalismes, c'est jusqu'à quel point les textes constitutionnels tiennent en un seul document ou en plusieurs étant acquis que les deux formes en question participent l'une et l'autre de l'écrit et du non-écrit. Ainsi compris, le distinguo entre constitutions écrites et non écrites devient effectivement superfétatoire, comme le suggère Foley, pour qui « *[i]t is clear from the debate that for the most part the written-unwritten classification is challenged on the grounds that it rests upon a false dichotomy.* »¹⁰⁸ Cette conclusion s'applique aussi au distinguo entre constitutionnalismes « à la Burke » et « à la Locke » dans la mesure où il est de même eau que le premier.

La trame russellienne apparaît problématique à bien d'autres égards. Ainsi, est-il réaliste de penser que le Canada, à contre-courant de la modernité, puisse retourner à une certaine innocence constitutionnelle et pré-démocratique ? La vision à la Burke, si on la comprend bien, est plus qu'une simple théorie du changement par le micro-changement, plus qu'un parti pris pragmatique et terre-à-terre destiné à éviter le chemin périlleux qu'il faudrait emprunter pour amender la constitution. Elle est plutôt l'expression d'un éthos culturel, à jamais révolu, et qu'il serait vain de vouloir ressusciter à l'heure du triomphe de l'esprit démocratique, non seulement au Canada, comme conséquence de la réforme constitutionnelle de 1982, mais partout dans le monde, comme expression incontournable de la modernité et de la pensée libérale triomphante.

En fait, toute la démarche de Russell – mais aussi celle de Harvey Lazar et celle de l'ère Chrétien au lendemain de l'échec de Charlottetown – repose essentiellement sur l'idée que « *the Canadian federation can continuously reinvent itself through non-constitutional*

¹⁰⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : les cinq principes sous-jacents et non-écrits « qui animent l'ensemble de notre Constitution » énumérés par la Cour sont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme, la primauté du droit et le respect des minorités.

¹⁰⁸ Foley, Michael, *The silence of Constitutions*, p. 5-6.

means. »¹⁰⁹. Cette approche tend à renvoyer dans l'ombre ses propres limites et à se présenter comme la solution de rechange sans résidu du processus formel de modification de la constitution. Qu'un certain nombre de modifications constitutionnelles rejetées par les Canadiens en même temps que l'accord de Charlottetown aient été ensuite implantées à la pièce, par voies non constitutionnelles, comme le rappelle Russell, relève du fonctionnement normal de la fédération et n'équivaut pas, ni de près ni de loin, à une modification formelle de la constitution, ce que les tenants du constitutionnalisme avec un « c » minuscule finissent par laisser croire. Tous ces changements – tous ceux cités par Russell en tout cas dans *Constitutional Politics : In a New Era Canada Returns to Old Methods* – ne font pas constitution, mais y restent soumis ; ils sont contestables devant les tribunaux ; ils pourraient devoir être renversés si la Cour, dans sa sagesse, jugeait qu'ils sont anticonstitutionnels ; ils pourraient être révoqués si le gouvernement fédéral décidait soudain de changer sa politique à cet égard. Ils sont certes importants à plus d'un titre ; certes ils infléchissent de façon significative la pratique du fédéralisme et des affaires de la nation et, certes ils sont autant de révélateurs de l'évolution du pays qui continue, si immuable que puisse être le libellé de la constitution, à devenir. Il ne s'agit toutefois pas d'un retour de la tradition comme cadre d'élaboration du changement – un retour à Burke –, mais de la pratique normale du changement en vertu de la constitution.

Dans son traité sur la modification constitutionnelle, André Tremblay ne parle pas de modifications constitutionnelles avec un petit « c » mais *de procédés de substitution à l'amendement constitutionnel*¹¹⁰, un libellé qui offre l'avantage de lever l'ambiguïté que Russell laisse planer sur le statut des changements réalisés dans le cadre de son constitutionnalisme avec un « c » minuscule. Sous cette rubrique, Tremblay dresse un inventaire détaillé et critique des procédés de substitution à l'amendement constitutionnel. Il

¹⁰⁹ Lazar, Harvey, « Non-Constitutional Renewal: Toward a New Equilibrium in the Federation », p. 3.

¹¹⁰ Tremblay, André, *La réforme constitutionnelle au Canada*, p. 91-98

en identifie quatre, soit : 1) les *ententes administratives*, telles que celles qui ont présidé à la conclusion de l'Accord sur le commerce intérieur conclu en 1994, au transfert aux provinces des programmes de formation de la main-d'œuvre en 1996 et la ratification le gouvernement fédéral et toutes les provinces, sauf par le Québec, de l'Entente-cadre sur l'Union sociale en 1999 ; 2) le *retrait provincial de programmes fédéraux*, avec ou sans compensations financières, comme moyen utile – mais encore aujourd'hui contentieux – d'encadrer le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral et dont l'entente de 2004 sur les soins de santé demeure l'exemple le plus récent ; 3) la *délégation interparlementaire ou intergouvernementale*, de portée limitée puisqu'un palier de gouvernement ne peut déléguer à l'autre que l'administration ordinaire d'une compétence ; et 4) le *vacuum législatif* qui vise l'harmonisation non concurrente et non intrusive des pratiques législatives des deux ordres de gouvernement.

Les procédés de substitution à l'amendement constitutionnel répertoriés par Tremblay couvrent à peu près tous les exemples de constitutionnalisme avec un « c » minuscule », « constitutional change à la Burke »¹¹¹ pour reprendre les termes mêmes de Russell, pour illustrer sa thèse. Il y a effectivement un retour à la normale.

Ceci dit, une thèse de l'évolution constitutionnelle qui prétend que l'accumulation dans le temps de petits changements obtenus par mille sortes de procédés de substitutions à l'amendement constitutionnel équivaut à changer la constitution est en fait problématique. Elle revient à dire qu'une formule d'amendement est inutile, qu'on peut s'en passer, pourvu qu'on y mette le temps et qu'on prenne les bouchées assez petites. Elle ignore par ailleurs que tous ces procédés de substitution, malgré leurs avantages indéniables, comportent un certain nombre d'inconvénients qui n'en font que d'imparfaits substituts à la modification constitutionnelle.

¹¹¹ Russell, Peter H., « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods », p. 23.

Le plus important de ces inconvénients est lié, justement, à leur caractère non constitutionnel. Cela veut dire, comme nous le soulignons plus haut, qu'ils ne font pas la constitution, mais qu'ils y sont soumis ; ils restent vulnérables au donnant-donnant de la politique ordinaire et à ses retournements ; ils doivent être renégociés à chaque détour du chemin, une particularité qui a son importance, en démocratie, quand les intérêts d'une minorité entrent en concurrence avec ceux de la majorité. Il y a enfin ces enjeux que la philosophie du constitutionnalisme avec un « c » minuscule semble inapte à régler dans le contexte canadien, à commencer par une réforme de fond du Sénat qui toucherait le nombre minimum de sénateurs alloués à une province ou la composition de la Cour suprême, la constitutionnalisation de la Loi 101, ou la pleine prise en compte des conséquences découlant de la reconnaissance de la nation québécoise. Il apparaît donc illusoire de hisser sur le même pied le constitutionnalisme avec un « c » minuscule et le constitutionnalisme avec un « C » majuscule, et de penser qu'on peut indéfiniment circonvenir la constitution, comme Russell nous invite implicitement à le croire. À long terme, une stratégie de contournement de la constitution finit par avantager le *statu quo*.

La théorie du changement constitutionnel avec un « c » minuscule pose aussi problème au plan de la pratique du fédéralisme. Selon Jennifer Smith, « *the course of non-constitutional change has been anti-federal, or certainly in opposition to the traditional understanding of federalism and to the federal principle of the Canadian Constitution* »¹¹². Cette compréhension traditionnelle du fédéralisme évoquée par Jennifer Smith procède d'une délimitation claire des sphères de compétence entre les niveaux de gouvernement, de l'autonomie des gouvernements dans leurs sphères de compétences propres et de l'exercice responsable de ces compétences devant les citoyens. Ces caractéristiques sont constitutionnalisées pour éviter que les plus faibles ne soient placés à la merci des plus forts

¹¹² Smith, Jennifer, « Informal Constitutional Development: Change by Other Means », p. 55.

lorsque les intérêts des premiers divergent d'avec ceux des seconds et pour faire en sorte qu'une relation claire de responsabilité, entendue comme l'obligation pour les gouvernants de rendre des comptes, puisse être instituée entre gouvernants et gouvernés. Le fédéralisme de collaboration issu du constitutionnalisme avec un « c » minuscule, parce qu'il cherche à circonvenir la constitution de manière à ne pas avoir à la changer par manœuvre frontale, tend à creuser l'écart entre les principes de la constitution et la gouvernance effective d'une part et, d'autre part, à brouiller la responsabilité des pouvoirs publics envers les citoyens. Pour Smith, l'Entente sur l'union sociale (2000), donnée en exemple de réussite du constitutionnalisme avec un « c » minuscule par Russell, semble plutôt illustrer les faiblesses de l'approche russellienne. « *An essential condition of public accountability in a federal system* », dit Smith, « *is the preservation of the federal principle as traditionally understood. In the age of the mass citizenry, who does what must be obvious. There is more to the federal principle than diversity. The federal principle is a critical component of democracy in large states.* »¹¹³.

Au plan démocratique, la proposition de Russell part d'un constat d'échec, celui du processus de méga-changement de la constitution. Si la réforme constitutionnelle de 1982 avait pour but de donner aux Canadiens une constitution qui leur appartienne, dans les faits, elle a abouti, de par le caractère étriqué de sa formule d'amendement, de par la prééminence accordée au pouvoir judiciaire et à travers les péripéties du débat constitutionnel, à une diminution de l'emprise démocratique des citoyens sur leur constitution. Bon nombre des modifications non constitutionnelles évoquées par Russell sont essentiellement le produit du fédéralisme exécutif ou de la diplomatie interprovinciale. Russell ne semble pas y voir d'inconvénients particuliers. Il estime en effet que « *In this new era of constitutional politics political leaders sense that (...) it is imperative to stay away from formal constitutional*

¹¹³ *Ibid.*, p. 56.

amendments that require a country-wide consensus »¹¹⁴. Dans cet esprit, il salue certaines modifications constitutionnelles de moindre envergure réalisées en vertu de la procédure formelle de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il se réjouit ainsi de ce que le Nouveau-Brunswick soit devenu constitutionnellement bilingue en 1993, grâce à une modification constitutionnelle négociée bilatéralement, sans référendum, par le gouvernement de la province et le gouvernement fédéral.¹¹⁵ Il se réjouit aussi de la modification des dispositions constitutionnelles régissant le régime scolaire québécois, négociée en 1997 entre le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral et celle, analogue, négociée par le gouvernement de Terre-Neuve et Labrador en 1998¹¹⁶. Toutes ces modifications, et d'autres, ont été réalisées en vertu de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'elles ne visaient que quelques provinces et ne requerraient l'assentiment que de ces provinces et du gouvernement fédéral.

On peut certes facilement convenir, avec Russell, que « *[w]hile none of these section 43 amendments involved changes to the structure of the Canadian federation, each was important to the people of the provinces involved.* »¹¹⁷. Simultanément, on a peine à saisir en quoi ces modifications illustrent les bienfaits de changements constitutionnels avec un petit « c » par opposition à ceux avec un grand « C », comme si ces deux niveaux de changement étaient interchangeables. Tout au plus, faut-il le répéter, ces changements ne manifestent que la mise à contribution de l'ordre constitutionnel hérité de la réforme constitutionnelle de 1982, là où cet héritage fonctionne. Il ne saurait remplacer la capacité de modifier la constitution dans ses aspects les plus essentiels et les plus généraux, une entreprise que les Canadiens tât

¹¹⁴ Russell, Peter H., « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods », p. 26.

¹¹⁵ Russell, Peter H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 249.

¹¹⁶ Dans le cas du Québec, il s'agissait de passer d'un régime scolaire confessionnel, garanti par la constitution de 1867, à un régime fondé sur la langue. Dans le cas de Terre-Neuve et Labrador, il s'agissait d'abolir le caractère confessionnel du système scolaire de la province, garanti par la constitution, au profit d'un modèle fondé sur le libre choix en matière d'enseignement religieux.

¹¹⁷ Russell, Peter H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People*, p. 249.

ou tard devront à nouveau envisager, mais que Russell, sous l’emprise du syndrome du prisonnier, nous invite à mettre en veilleuse pour l’avenir prévisible.

Conclusion

Au lendemain du référendum pan canadien de 1992 et du référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec, la trame explicative réformiste, argumentée et structurée par des auteurs comme David E. Smith, Harvey Lazar, C.S.S Franck et Peter H. Russell, est en quelque sorte devenue la théorie dominante du changement constitutionnel au sein de la communauté politologique canadienne et de la classe politique. Selon Patrick James, « *Rare is the theory that meets with general approval, but megapolitics (...) seems to have pulled this off.* » Sans se référer formellement à une théorie qui aurait pu être appelée « megapolitics » ou autrement, le gouvernement Chrétien en a néanmoins fait sa doctrine constitutionnelle officielle, tout comme le gouvernement Charest au Québec quand il invoque que le fruit constitutionnel n’est pas mur et qu’il professe préférer travailler à l’intérieur des paramètres constitutionnels existants. Le gouvernement Harper semble bien souscrire aussi à cette approche quand il reconnaît la nation québécoise par simple motion et s’engage à réformer le Sénat par des moyens non constitutionnels ou en procédant unilatéralement, en vertu de l’article 44 de la Constitution, de manière à éviter la procédure normale de modification (soit sept provinces représentant cinquante pour cent de la population), qui est la voie préconisée par la plupart des experts¹¹⁸.

Nonobstant ce succès d’estime et son caractère séduisant, la trame explicative réformiste conserve, au cœur de sa philosophie, quelque chose de pathétique et de résigné, l’admission d’une impuissance que seul le temps parviendra à corriger. Sur l’île appelée Désespoir, la communauté des citoyens apparaît dépouillée de son pouvoir constituant, ce pouvoir dont la réforme constitutionnelle de 1982 prétendait l’avoir investie. En lieu et place,

¹¹⁸ Smith, Jennifer (dir.), *The Democratic Dilemma. Reforming the Canadian Senate*, p. 1-2.

selon cette vision, les citoyens n'ont que des expédients entre les mains. Ils n'ont guère d'autre choix, dans ce contexte, que de faire évoluer la fédération, à la pièce, de façon parcellaire, dans les limites imposées par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Qu'on le veuille ou pas, ils restent prisonniers de leur île en attendant ce jour quasi-mythique où, parlant d'une seule voix comme la trame explicative réformiste russellienne le laisse entrevoir, ils prendront le plein contrôle de leur constitution. Crusoë enfin libéré quittera alors son île.

3 – LA TRAME ORGANICISTE

Introduction

La trame organiciste assimile la constitution à une entité vivante capable de croître et de s'adapter au gré des circonstances changeantes de la vie sociale et politique.

La métaphore de la constitution comme arbre vivant, énoncée pour la première fois en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP) de Londres dans l'arrêt *Edwards*¹¹⁹, est en quelque sorte la métaphore-mère de la trame organiciste. Elle part du principe que « L'Acte de l'Amérique britannique du Nord a planté au Canada un arbre capable de grandir et de grossir dans ses limites naturelles. L'objet de l'Acte était de donner une constitution au Canada. Comme toutes les constitutions écrites, celle-ci a pu se développer grâce aux coutumes et aux conventions. »¹²⁰

Je me propose, dans un premier temps, d'explorer la signification, la portée et les limites de l'appréhension de la constitution à travers la métaphore de l'arbre vivant du point de vue de la fonction interprétative des tribunaux et de la conception du changement constitutionnel que cette métaphore autorise ou, à tout le moins, exprime. Dans un deuxième temps, je m'attacherai à comprendre la manière dont ces différents courants de philosophie du droit et du changement constitutionnel trouvent leur écho dans l'expérience canadienne : je m'intéresserai tout particulièrement au principe de la suprématie de la constitution dans le nouvel ordre constitutionnel canadien et au pouvoir constituant des tribunaux dans ce contexte, pouvoir entendu comme le pouvoir premier et non dérivé de faire la constitution.

¹¹⁹ *Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 124*

¹²⁰ *Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 124*

Pour illustrer ma démarche, je m'appuierai sur les recherches d'un certain nombre de politologues et de constitutionnalistes canadiens et étrangers, notamment W. J. Walluchow, Allan C. Hutchison, Eugénie Brouillet, Jean Leclair, et d'autres. Parce que la question du caractère organique de la constitution est un enjeu ancien et fondamental de la théorie du droit, je solliciterai de plus les lumières d'auteurs étrangers, tel Eileen Kavanagh et David A. Strauss, dont les travaux ouvrent sur des perspectives à la fois inusitées et pertinentes pour ma recherche.

Ce qu'il faudra déterminer, en fin de parcours, c'est dans quelle mesure le pouvoir constituant des tribunaux représente une solution de rechange viable, satisfaisante et légitime – parce que la constitution serait un arbre vivant « capable de grossir et de grandir dans ses limites naturelles »¹²¹ –, à la procédure de modification de la constitution décrite à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Théorie de la constitution comme arbre vivant

La genèse d'une métaphore

Dans l'arrêt Edwards, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, par la voix de Lord Sankey, répondait par l'affirmative à la double question de savoir si, d'une part, la notion de « personnes » dans l'article 24 de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 comprenait les personnes de sexe féminin et si, d'autre part, les femmes, en tant que « personnes », pouvaient être appelées à siéger au Sénat canadien. En répondant affirmativement aux deux questions, le CJCP renversait ainsi une décision antérieure et unanime à l'effet du contraire datant de 1928 par la Cour suprême du Canada¹²². Il ouvrait du même coup tout un nouveau chapitre de l'histoire juridique canadienne en reconnaissant les femmes comme des sujets politiques de plein droit.

¹²¹ *Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 124*

¹²² Cour suprême du Canada, *Edwards c. Canada (Procureur général du Canada)* [1928] S.C.R. 276, cité dans HISTOR!CA, <http://www.histori.ca/peace/page.do?subclassName=Document&pageID=325>

Par-delà la question du statut politique des femmes au Canada, les cinq membres du CJCP ont aussi profité de l'occasion que leur offrait l'arrêt Edwards pour énoncer certains principes généraux devant guider, à leur avis, l'interprétation des textes constitutionnels. Selon ces Seigneuries, « Les dispositions de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, instituant une constitution pour le Canada, ne doivent pas recevoir une interprétation trop étroite et trop littérale, mais une interprétation large et généreuse (...) »¹²³ » C'est dans cette optique que les Lords du CJCP pouvaient assimiler la constitution à un arbre vivant capable de croître, à l'intérieur de ses limites naturelles, à travers l'interprétation qu'en donnent les tribunaux. Dans sa version la plus radicale, la philosophie de la constitution comme arbre vivant conduit certains penseurs, comme le professeur John T. Saywell, à conclure que la constitution n'a pas véritablement d'existence et de signification propres, mais que « *the law of the constitution is what the judicial lawmakers have said it is, and will be what they say it may be* »¹²⁴. Poussée à cet extrême, la différence entre la fonction interprétative des tribunaux, qui ont le pouvoir de redire la constitution dans des termes qu'ils jugent plus appropriés, et la fonction effective d'une procédure formelle de modification de la constitution devient extrêmement ténue en même temps qu'elle accrédite le rôle des tribunaux en tant que pouvoir constituant de plein droit.

L'idée de la constitution comme arbre vivant – ou plus largement « *The Idea of a Living Constitution* »¹²⁵ pour reprendre le titre d'un article de la constitutionnaliste irlandaise Aileen Kavanagh – dépasse largement les frontières du droit canadien. Elle relève, en fait, d'un débat plus large sur la tension qui existe inévitablement dans toute constitution entre les exigences de continuité, dont la constitution est le gage, et celles du changement, auxquelles elle est un frein, et sur la manière de composer avec cette tension. Ce débat est particulièrement bien documenté dans les pays de *common law* qui sont dits avoir une

¹²³ *Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 124*

¹²⁴ Saywell, John T., *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, p. 309.

¹²⁵ Kavanagh, Aileen, « *The Idea of a Living Constitution* », p.55-89.

constitution écrite, comme le Canada, l’Australie, l’Irlande et les États-Unis, et même dans des pays comme la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande, qui sont dits ne pas en avoir.

La fonction interprétative des tribunaux

Selon Kavanagh, « *the idea of a ‘living Constitution’ refers to the development and change in constitutional law, which occurs through the interpretations of the Constitution by the judges of the constitutional courts* »¹²⁶. Il s’agit d’une notion essentiellement juridique qui s’est développée en marge des procédures formelles de modification de la constitution, que celles-ci soient explicitement prévues par la constitution, comme c’est le cas à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la Partie V de la constitution américaine, ou qu’elles soient le produit de conventions constitutionnelles, comme c’était le cas au Canada avant 1982.

La fonction interprétative des tribunaux examinée à travers le prisme de la constitution comme arbre vivant soulève un certain nombre de questions théoriques sur le pouvoir « constituant » des tribunaux, la nature de ce pouvoir, ses limites et sa légitimité. Cette fonction est particulièrement importante dans les pays gouvernés par une constitution écrite et soumise à des règles de modification exigeant une super majorité, ce qui est un facteur de rigidité, et c’est l’un des rôles importants des tribunaux de palier à cette rigidité. Comme le remarque le constitutionnaliste américain Mark Tushnet : « *Because the US Constitution is difficult to amend, interpretation, rather than amendment, must carry the burden of adjusting those constitutional arrangements as seems necessary. And, because the Constitution uses abstract terms, someone must specify the meaning of those terms in particular contexts, a task that has fallen almost naturally, though not inevitably, to judges.* »¹²⁷

¹²⁶ *Ibid.*, p. 56.

¹²⁷ Tushnet, Mark, « The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism », p. 7.

Le paradoxe interprétatif

L'activité interprétative des tribunaux se bute à un paradoxe, à savoir que les tribunaux sont à la fois les gardiens de la constitution et des créateurs qui doivent dans une perspective organiciste en actualiser la signification de manière « large et généreuse ». Constitutionnalistes et juristes se départagent généralement entre deux grandes écoles distinctes à cet égard : d'un côté, il y a les « originalistes », qui s'identifient surtout au premier terme du paradoxe, au retour au sens premier de la loi; et vis-à-vis, de l'autre côté, il y a les « évolutionnistes », qui s'identifient surtout au deuxième terme du paradoxe, à la conviction que la vérité ultime de la loi réside, non dans son texte, mais dans l'œil de son lecteur. Les premiers présument que la loi a un sens, et que c'est leur travail que d'exhumer ce sens et de le rendre accessible; les seconds présument que la loi n'a pas suffisamment de sens, et que c'est leur travail de lui en donner davantage.

Les « originalistes » entendent la fonction interprétative des juges comme un effort rigoureux de retour au sens premier des mots et aux intentions originales des auteurs de la constitution. De ce point de vue, nous dit le constitutionnaliste américain Larry Alexander ¹²⁸, lui-même un originaliste, la constitution est assimilable à un recueil d'instructions durables, tout à fait semblables par leur fonctionnement à celles qu'énonceraient des ingénieurs pour la construction d'un pont, et c'est ce travail rigoureux d'exégèse du texte vers son sens original qui fait foi de la vérité de la loi. Si cette vérité ne convient plus aux citoyens d'aujourd'hui, il appartient au pouvoir politique, c'est-à-dire aux élus en société démocratique, d'en modifier les termes selon la procédure convenue. Une telle approche fait écho au principe voulant que les lois adoptées par les élus soient l'expression de la volonté populaire et que tout changement substantiel à la loi doive être assujéti à cette volonté. Elle est en quelque sorte une conception minimaliste du pouvoir constituant des juges qui doivent céder le pas devant

¹²⁸ Alexander, Larry, « Waluchow – Living Tree Constitutionalism », p. 96.

les élus. Pour le constitutionnaliste canadien Peter W. Hogg, « *The point of originalism is to deny that the courts may use their power of interpretation to adapt the text to new conditions and new ideas. For the originalist, adaptation can only come through the power of amendment* »¹²⁹.

L'originalisme, parce qu'il privilégie la continuité sur le changement, tend aussi à privilégier la volonté de ceux que W. J. Waluchow, un apologue convaincu de l'évolutionnisme juridique, appelle « les citoyens d'avant », ceux qui ont écrit la constitution, contre celle des « citoyens de maintenant », ceux qui vivent présentement sous son autorité. Aux yeux des évolutionnistes, l'originalisme est un vecteur de conservatisme : « *One who adopts a living tree approach* », nous dit Waluchow, « *will be inclined to spurn appeals to framers' intentions as attempts to impose the dead hand of the past upon contemporary society and practice.* »¹³⁰

L'approche originaliste trouve ses plus ardents défenseurs au sein des milieux académiques et juridiques américains, mais peu de défenseurs au sein de l'intelligentsia juridique canadienne.

Les « évolutionnistes », pour leur part, rejettent la conception étroitement exégétique du rôle des juges dont les originalistes font la promotion. Comme le souligne Jean Leclair, la constitution canadienne, particulièrement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, n'est pas l'expression de la volonté populaire, mais bien plutôt « *another manifestation of the Imperial Parliament's will. (...) Accordingly, judicial review in Canada did not imply a search for that elusive original intention. In fact, in Canada, courts have repeatedly rejected any form of originalism (such as a "founding fathers" approach), choosing instead a rather progressive approach to the interpretation of the constitution.* »¹³¹ Cette observation de Leclair est particulièrement éclairante pour comprendre le biais spontanément évolutionniste

¹²⁹ Hogg, Peter W., « Canada : From Privy Council to Supreme Court », p. 86.

¹³⁰ Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, p. 55

¹³¹ Leclair, Jean, « Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview », p. 545.

de la tradition interprétative canadienne depuis 1867, un biais accentué depuis 1982 par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il ne faudrait pourtant pas croire que la conception évolutionniste, qui s'exprime, notamment, à travers la métaphore de l'arbre vivant, n'a pas elle-même ses propres défis de cohérence. À l'inverse de l'approche originaliste, la logique de l'arbre vivant implique en effet, du point de vue des juges, qu'ils peuvent réinterpréter, de par l'autorité de leur *dictum*, des pans de la constitution et aller jusqu'à ignorer, voire contredire, eux qui ne sont pas élus, les instructions initiales des premiers constituants telles qu'elles nous sont transmises par le texte de la constitution.

Cette prérogative du pouvoir judiciaire trouve sa justification dans l'exigence de changement et d'adaptation à laquelle toute constitution est confrontée, comme nous le rappelait un peu plus tôt Mark Tushnet ; elle se fonde sur la présomption que les magistrats, grâce à leur savoir, leur savoir-faire, leur indépendance et leur probité morale, ont accès à une forme supérieure, parce que plus évoluée et plus actuelle, du bon droit et de la justice.

Pour W. J. Waluchow, cette concession à la nécessité de changer et de s'adapter soulève une question importante : si on ne voit la constitution comme un cadre fixe, durable et fiable, comme nous y invitent les originalistes, mais bien comme « un arbre vivant », dont les limites sont sans cesse révisées pour tenir compte de l'évolution de la société et de ses valeurs, comment la constitution peut-elle alors être cet instrument dont le but est justement de fixer les limites du pouvoir de l'État et d'en prévenir les abus?¹³²

À cette question, Waluchow répond en s'inspirant des travaux du célèbre philosophe américain Ronald Dworkin pour qui l'ultime fonction de la loi et de la constitution est « d'être éthique, c'est-à-dire qu'elle doit respecter l'exigence voulant qu'une communauté politique

¹³² Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, p. 65.

traite chacun de ses membres de manière cohérente et moralement justifiée »¹³³. Waluchow parle à ce propos de moralité constitutionnelle (constitutional morality)¹³⁴, moralité qui transcenderait la loi en même temps qu'elle lui conférerait sa légitimité puisqu'elle en fonde la vérité.¹³⁵

En premier lieu, nous dit Waluchow, une constitution n'est pas un cadre fixe ou univoque qui limite à perpétuité l'autorité et les pouvoirs du gouvernement, mais bien plutôt un cadre de référence pour la poursuite incessante du débat moral et constitutionnel à partir duquel l'autorité et les pouvoirs du gouvernement sont définis, négociés et limités. En deuxième lieu, la poursuite de ce débat moralo-politico-constitutionnel est incessante parce que les questions qui s'y posent sont en perpétuelle évolution et que les réponses qu'on y apporte doivent aussi tenir compte de ce qui se passe ici et maintenant dans la vie des citoyens. Enfin, conformément à la conception de l'herméneutique juridique de Dworkin, la fonction interprétative des tribunaux, nous dit Waluchow, doit être vue comme complémentaire à celle des premiers constituants, généralement associés au pouvoir législatif, dans la mesure où l'activité constituante se conçoit, non comme un événement unique et ancien, mais bien comme un projet continu à la poursuite duquel magistrats et élus, en bons partenaires, collaborent.

Dans cette optique, le droit et la constitution apparaissent comme un projet toujours en débat et jamais terminé – *a work in progress* – où se reconfigurent sans cesse sous l'impulsion des élus et des magistrats, chacun dans leur sphère, de manière cohérente et moralement justifiée, les rapports entre la constitution, l'État et les citoyens. En somme, nous dit Waluchow : « *A constitution is not a finished product handed down in a form fixed until*

¹³³ "to be ethical; that is, to meet the requirement that a political community act in a coherent and principled manner toward all its members...", <http://www.ou.edu/cas/psc/dworkin.htm>. Traduction libre.

¹³⁴ Waluchow, W. J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, p. 223-236.

¹³⁵ La vérité de la loi trouve en effet son fondement, selon Dworkin, dans sa moralité : « (...) *propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice* ». R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 110, 113, 114, et 225 (1986), cité par Allan C. Hutchison, *Evolution and the Common Law*, p. 72.

*such time as its amending formula is invoked successfully or a revolution occurs. Rather, it is the blueprint for a work in progress requiring continual revisiting and reworking as our theories about the limits it establishes are refined and improved. It is, in short, a tree that is very much alive. »*¹³⁶

Cette idée de la constitution entendue comme « arbre vivant » et comme *a work in progress* fait l'objet d'un tour de vis supplémentaire dans les travaux d'Allan C. Hutchison. Hutchison est professeur émérite à la Osgoode Hall Law School (York University, Toronto). Le projet théorique d'Hutchison consiste à dénoncer toute idée d'une harmonie préétablie de droit, de la justice et de la vérité pour plutôt s'attacher à démontrer le caractère foncièrement profane et foncièrement politique de la décision juridique et, par voie de conséquence, de la common law. Comme il le dit lui-même : « *From my critical perspective, (...) justification is a hermeneutical practice and what works or counts as good or reasons will depend on the social and therefore political context in which justification is sought and offered.* »¹³⁷ En d'autres termes, pour Allan C. Hutchison, « law is politics »¹³⁸.

Empruntant à la théorie de l'évolution de Darwin et au perspectivisme herméneutique du philosophe allemand Hans Georg Gadamer, Hutchison soutient que la *common law* – et la constitution comme cas de figure de la *common law* – est en perpétuelle évolution. Selon lui, cette évolution ne doit pas être assimilée au dévoilement par approximations successives, à travers la jurisprudence et grâce aux lumières de la raison, d'une justice universelle ou d'une moralité constitutionnelle transcendantale, qui serait l'horizon du progrès humain. Elle procède plutôt de la reconnaissance du caractère historiquement daté, irrémédiablement politique et pragmatique, de toute décision juridique : la décision juridique est inscrite dans l'histoire; elle ne la transcende en aucune manière par un accès privilégié qu'auraient les

¹³⁶ Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, p. 69.

¹³⁷ Hutchison, Allan C., *Evolution and the Common Law*, p. 191.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 50.

juges à une moralité constitutionnelle supérieure comme le laissent entendre Waluchow et Dworkin.

L'une des conséquences logiques de la métaphore de l'arbre vivant et, plus globalement, de l'approche évolutionniste en matière de droit constitutionnel, est de valoriser le rôle des tribunaux comme instance constituante et, en contrepartie, de minimiser l'importance et l'utilité d'une procédure formelle de modification de la constitution.

L'expérience canadienne

La tradition interprétative canadienne

La reconnaissance du pouvoir constituant des tribunaux, dérivée de leur compétence interprétative et comme fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois que cette compétence leur permet d'exercer, ne date pas d'hier en droit canadien. Jean Leclair¹³⁹ nous rappelle à cet égard que les colonies de l'Amérique du Nord britannique ont été dès l'origine soumises à un large éventail de contrôles exercés par les tribunaux impériaux, au premier chef desquels le Comité judiciaire du conseil privé de Londres, et que ce contrôle s'est accru après 1867 après l'adoption par le Parlement britannique de la *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, la loi énonçant les termes d'union de la nouvelle fédération canadienne. Cette tradition fut dès l'origine essentiellement évolutionniste.

D'après Eugénie Brouillet¹⁴⁰, l'approche interprétative des tribunaux canadiens a suivi deux parcours distincts, selon qu'on s'attarde à l'époque où le Comité judiciaire du conseil privé de Londres agissait comme instance de dernier recours, soit de 1867 à 1949, année de l'abolition du recours au Conseil privé et de la reconnaissance de la Cour suprême du Canada comme instance de dernier recours, et la période post-1949, pendant laquelle la Cour suprême a développé sa propre jurisprudence et affirmé son autorité, certains diront sa suprématie. Cette distinction chronologique correspond, d'un côté, à un comportement interprétatif dit

¹³⁹ Leclair, Jean, « Judicial Review in Canadian Constitutional Law : A Brief Overview », p. 543-555.

¹⁴⁰ Brouillet, Eugénie, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, p. 256 et suivantes.

« de retenue », qui s'appuie sur les trois lignes directrices que sont « les règles d'interprétation statutaire, la règle du *stare decisis*¹⁴¹ et le principe fédératif » et qui caractérisent, pour l'essentiel, l'approche du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres jusqu'en 1949; et, de l'autre, elle correspond à un comportement interprétatif dit « de l'activisme judiciaire », qui « favorise la prise en considération des conséquences politiques des décisions judiciaires », qui est surtout le fait de la Cour suprême du Canada depuis 1949 et plus encore depuis 1982.

C'est l'un des effets marquants de la réforme de 1982, avons-nous dit, que d'avoir haussé le statut de la Cour suprême du Canada en étendant le champ de son autorité à des domaines qui lui échappaient jusque-là. Ce nouveau statut trouve sa source au paragraphe 24(1) de la Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui affirme le droit de toute personne de recourir aux tribunaux en cas d'atteinte à ses droits en vertu de la *Charte*, et au paragraphe 52 (1) de la Partie VII de la *Loi de 1982*, qui pose que la « Constitution du Canada est la loi suprême du Canada » et qu'« elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

Ce haussement de statut des tribunaux comporte aussi des limites, celles-là mêmes qui montrent que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus et que le législateur peut, sous certaines conditions, contrevenir à la *Charte* et aux décisions des tribunaux. Ces limites sont exprimées au paragraphe 1 de la Partie 1 de la Loi de 1982, qui stipule que la *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, mais que ces droits peuvent être restreints pourvu que ce soit par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification soit démontrable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Elles sont aussi exprimées au paragraphe 33 (1), communément appelé « clause nonobstant » ou « clause dérogatoire », et qui permet aux législatures fédérale et provinciales d'adopter des lois qui contreviennent

¹⁴¹ Ou règle du précédent juridique. Allan C. Hutchison explique comme suit la portée de cette règle : « *By way of the doctrine of stare decisis et non quieta movere (let the decision stand and do not disturb settled thing), the common law method insists that past decisions are not only to be considered by future decision makers but also to be followed as being binding.* » (*Evolution and the Common Law*, p. 4)

aux dispositions de l'article 2 de la *Charte* sur les libertés fondamentales, ou aux dispositions des articles 7 à 15 relatifs aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité, à condition de le déclarer expressément dans la loi.

La mise en cause de la suprématie du Parlement

En fait, de nombreux analystes¹⁴² reprochent à la réforme constitutionnelle de 1982 d'avoir indûment subordonné les pouvoirs exécutif et législatif au pouvoir des tribunaux et d'avoir, du même coup, appauvri le dialogue démocratique canadien. Pour Andrew Petter, ancien professeur à la Osgoode Hall Law of School de Toronto, ancien conseiller du gouvernement de la Saskatchewan sur les questions constitutionnelles et ancien ministre au sein du gouvernement de la Colombie-Britannique, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu pour effet de créer ce qu'il assimile à deux sphères du discours public : la première de ces sphères traite des droits et de la justice et est en quelque sorte la chasse-gardée des avocats et des cours; la seconde traite des politiques et des intérêts et est traditionnellement la prérogative des politiciens et des législatures à qui revient, normalement, la responsabilité de réaliser les arbitrages sociaux et de définir les projets politiques. En cas de conflit entre ces deux discours, nous dit Petter, la sphère des droits et des tribunaux tend à avoir le dernier mot sur la sphère du politique. Ça serait là l'effet de la constitutionnalisation de la *Charte* et du contrôle accru de la constitutionnalité des lois par les tribunaux.

On le comprend bien, ce qui est en cause dans ce débat entre la sphère du juridique et celle du politique, entre le pouvoir des tribunaux et celui des législateurs, c'est le principe de la suprématie du Parlement, de sa souveraineté en somme, sur le pouvoir des tribunaux. Le principe de la suprématie du Parlement est un héritage de la tradition parlementaire britannique. Il est devenu à travers les âges l'emblème de la souveraineté du Parlement. La réforme de 1982 a rompu les amarres avec cette tradition en soumettant comme jamais

¹⁴² Voir aussi à ce propos les écrits de Grant Huscroft, de F.L. Morton et de Sébastien Lebel-Grenier, de Christopher P. Manfredi, pour ne citer que quelques auteurs.

auparavant l'activité législative à l'autorité des tribunaux. Elle y est parvenue en élargissant significativement le champ de compétence des tribunaux pour désormais soumettre à leur autorité, en plus des enjeux liés aux rapports entre gouvernements tels que la *Loi constitutionnelle de 1867* les établissait, les enjeux délimités par la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés* et liés aux rapports entre les citoyens et leurs gouvernements. En d'autres termes, nous serions passés d'un régime de démocratie parlementaire, caractérisé par la suprématie du Parlement, à un régime du « gouvernement par les juges », comme le soutiennent de nombreux institutionnalistes. Ainsi, pour F.L. Morton, « la *Charte des droits et libertés* a créé un mastodonte judiciaire qui a progressivement éclipsé les pouvoirs du corps législatif du gouvernement canadien. »¹⁴³. Pour Christopher P. Manfredi, « *the patterns of decision-making exhibited by the Supreme Court in the key areas of fundamental freedoms, legal rights, and equality rights suggests that the paradox of liberal constitutionalism – that is, the emergence of judicial supremacy out of the process of enforcing constitutional supremacy – has become one of the dominant features of Canadian politics.* »¹⁴⁴

Trudeau, en son temps, a fortement contesté cette vue des choses au nom du libéralisme juridique. S'il convient que la *Charte* limite effectivement l'action des gouvernements, il soutient toutefois que ces limites sont légitimes parce qu'elles visent à protéger les citoyens des empiètements potentiels des gouvernements sur leurs droits. Ces limites sont par ailleurs démocratiques parce qu'elles ont été adoptées par les élus. Ce faisant, les élus consentaient, au nom du bien commun, à ce qu'un d'un regard extérieur et contraignant, celui des tribunaux, soit porté sur la manière dont ils exercent leurs pouvoirs : « Il est donc inexact de prétendre que l'existence d'une Charte est en contradiction avec la

¹⁴³ Morton, F.L. (Ted), « Can Judicial Supremacy Be Stopped? », p. 25.

¹⁴⁴ Manfredi, Christopher P., *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, p. 196.

suprématie parlementaire, et qu'elle remplace les élus du peuple par des juges nommés à vie. »¹⁴⁵, de soutenir Trudeau.

Cette position a été endossée en de multiples occasions par les juges de la Cour suprême.¹⁴⁶

Parlement et tribunaux : concurrence ou dialogue

La réforme constitutionnelle de 1982 n'avait pas pour objectif d'asseoir la suprématie des tribunaux sur celle du Parlement, mais bien d'asseoir la suprématie de la constitution sur l'un et sur l'autre au nom de l'unité nationale, de la nouvelle identité canadienne et de la protection des droits individuels contre les abus de l'État. En tant que gardiens de la constitution, les tribunaux étaient néanmoins ceux qui avaient le plus à gagner de ce nouvel ordonnancement institutionnel : « *The 1982 amendments elevated judicial power to a status far higher than anything previously seen in Canada* », de noter Tom Flanagan, qui fait aussi observer que cette évolution n'est pas une idiosyncrasie canadienne mais qu'elle est plutôt caractéristique d'une tendance observable dans la plupart des sociétés démocratiques au cours de la seconde moitié du vingtième siècle.

Pour W. J. Hogg et Allison Bushell¹⁴⁷ cette évolution n'a pas que des inconvénients, bien au contraire. Elle aurait ainsi favorisé l'instauration d'un « dialogue » novateur et fécond entre les législatures et les tribunaux, un dialogue dont les citoyens seraient les bénéficiaires ultimes. Ce dialogue serait rendu possible par le pouvoir qu'ont les législatures de se soustraire à l'autorité des cours, conformément aux dispositions du paragraphe 1 de la *Charte* intitulé « Droits et libertés au Canada »¹⁴⁸, et aux dispositions du paragraphe 33, intitulé

¹⁴⁵ Trudeau, Pierre Elliott, « Des valeurs d'une société juste », p. 394.

¹⁴⁶ Voir à ce propos l'article intitulé « We Didn't Volunteer », de l'honorable Bertha Wilson, dans lequel elle rappelle que c'est le Parlement lui-même qui « *as the sovereign power has itself conferred the power of review on the courts* », ainsi que l'article l'honorable Beverley McLachlin intitulé « Courts, Legislatures, and Executives in the Post-Charter Era », qui touche aussi à cette question.

¹⁴⁷ Hogg, Peter W. et Allison A. Bushel, « The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) ».

¹⁴⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C., 1985, app. II, n° 44, Partie I (Charte canadienne des droits et libertés), article 1.

« Dérogation par déclaration expresse »¹⁴⁹. Cette liberté donnée aux législatures de déroger aux décisions de la cour et, ce faisant, de restreindre les droits et libertés énoncés dans la *Charte* « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »¹⁵⁰ donne la mesure de l'autonomie dont jouissent les législatures eu égard aux décisions de la Cour. Elle permet ainsi au législatif et au judiciaire, d'avancer les tenants de la théorie du dialogue, de s'interpeller l'un l'autre, comme des égaux, et, ce faisant, de bonifier leurs contributions respectives à l'élaboration de meilleures lois. Selon Hogg et Bushell, « *Charter cases cause a public debate in which Charter protected rights have a more prominent role than they would have if there had been no judicial decision. The process is best regarded as a "dialogue" between courts and legislatures.* »¹⁵¹ Ce dialogue est jugé novateur, parce qu'il résulterait de la reconfiguration des rapports entre la cour et les législatures attribuable à la réforme constitutionnelle de 1982 et des nouveaux domaines de jurisprudence ouverts par la *Charte*. Il est jugé fécond parce qu'il forcerait cours et législatures à entrer en dialogue dans le respect de leurs souverainetés respectives et à réaliser, dans le cadre de leurs échanges, un arbitrage des questions sociales mieux à même d'assurer la protection des libertés individuelles, ce qui est le mandat des cours en vertu de la *Charte*, et la poursuite du bien commun par l'entremise de politiques publiques judicieuses, ce qui est la prérogative des législatures.

Les tribunaux seraient ainsi amenés à aller au-delà la simple validation ou invalidation des lois. Dans le cas des droits protégés par la *Charte*, ils sont en quelque sorte encouragés, voire forcés par leur mandat, à s'aventurer sur des terrains de moins en moins balisés en raison du caractère vague du libellé des droits protégés par la *Charte* et des conditions de leur

¹⁴⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C., 1985, app. II, n° 44, Partie I (Charte canadienne des droits et libertés), article 33.

¹⁵⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C., 1985, app. II, n° 44, Partie I (Charte canadienne des droits et libertés), article 1.

¹⁵¹ Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », p. 75.

protection. Ils peuvent ainsi sortir du domaine purement juridique; ils peuvent intervenir avec les législatures dans la substance des débats et peuvent contribuer *de facto* à l'élaboration de nouvelles politiques publiques et des lois qui en découlent. Comme le souligne Hogg, à cet égard, « *The Court now frankly acknowledges a law-making role in all of its work, certainly including constitutional law* ». ¹⁵²

Du pouvoir constituant des tribunaux

Depuis son introduction en 1997, la théorie d'un dialogue démocratique et constructif entre les cours et les législatures a fait l'objet de critiques vigoureuses par de nombreux analystes. ¹⁵³ Ce que ces critiques contestent, c'est la légitimité du rôle accru joué par les tribunaux dans l'établissement des politiques publiques depuis la *Charte* et le caractère véritablement démocratique du dialogue auquel ce nouveau rôle donnerait lieu. Pour ces critiques ¹⁵⁴, c'est parce que la Cour suprême fonctionne à toutes fins utiles comme une troisième chambre possédant un droit de veto sur l'activité législative des deux autres, la chambre basse et la chambre haute, qu'elle est désormais en mesure d'imposer sa volonté à celle des élus et de modifier la constitution dans les termes qui sont les siens. Parler de dialogue, dans ce contexte, paraît davantage un abus de langage qu'une description véritablement adéquate du rapport du pouvoir législatif au pouvoir judiciaire. Dans le Canada post-1982, en effet, le Parlement et les Assemblées législatives des provinces ont cessé d'être les agents de changements constitutionnels s'appliquant à l'ensemble du pays. Les tribunaux et leur vaisseau amiral, la Cour suprême du Canada, détiennent désormais le véritable pouvoir à cet égard. Ce pouvoir, les tribunaux l'exercent de trois manières, nous disent James B. Kelly et Christopher Manfredi : par l'invalidation de lois, par la suspension de la déclaration

¹⁵² Hogg, W.J., « Canada: Privy Council to Supreme Court », p. 105.

¹⁵³ Voir à ce propos « Dialogue Or Monologue », par F.L. Morton (1999); « Judicial Review in Canadian Constitutional Law : A Brief Overview » par Jean Leclair (2004); « Twenty Years of Charter Justification : From Liberal Legalism to Dubious Dialogue » par Andrew Peter (2003) et, plus récemment, l'ouvrage de Dennis Baker intitulé *Not Quite Supreme. The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation* (2010)

¹⁵⁴ Morton, F. L. et Rainer Knopff, « Judges and the Charter Revolution », p. 356.

d'inconstitutionnalité et par « *judicial amendment of legislation through the reading-in/reading-down provision* »¹⁵⁵. Les auteurs parlent dans ce dernier cas de « micro-constitutional amendment. »¹⁵⁶

L'invalidation de lois en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* par la Cour suprême est un phénomène fréquent, qui existait bien avant la réforme constitutionnelle de 1982, mais qui a pris, depuis lors, une ampleur considérable. Elle a pour conséquence de renvoyer les gouvernements à leurs devoirs législatifs. Ces devoirs, ils peuvent choisir de les refaire, comme ce fut récemment le cas en 2009, à la suite du jugement de la Cour suprême¹⁵⁷ qui a invalidé la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, ou Loi 104¹⁵⁸, pourtant votée à l'unanimité par l'Assemblée nationale du Québec. Plutôt que de remettre à leur ouvrage sur le métier législatif, les gouvernements peuvent décider de renoncer à légiférer, comme ce fut le cas du gouvernement fédéral en 1988 après le jugement *Morgentaler*¹⁵⁹.

Dans le premier cas, le gouvernement du Québec est revenu à la charge avec une nouvelle législation afin d'éviter qu'un vide juridique ne se crée. La loi de remplacement (Loi 115)¹⁶⁰ élaborée par le gouvernement du Québec sur ordre de la Cour et adoptée sous le bâillon par l'Assemblée nationale le 18 octobre 2010, constitue, au mieux, un pis aller qui soulève d'importantes questions relatives à la souveraineté de l'Assemblée nationale du Québec, à l'intégrité de la *Charte de la langue française*, aux principes de justice sociale qui doivent animer les politiques gouvernementales et à la portée véritable de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur l'enseignement dans la langue de la minorité. Comme le note Tom Flanagan :

¹⁵⁵ Kelly, James B. et Christopher Manfredi, « Should We Cheer? Contested Constitutionalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », p.7.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.7.

¹⁵⁷ Cour suprême du Canada, *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208

¹⁵⁸ Assemblée nationale du Québec : *Projet de loi n° 104 : Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2002.

¹⁵⁹ Cour suprême du Canada, *Morgentaler et al. C. Sa Majesté La Reine* [1988] (1 S.C.R. 30).

¹⁶⁰ Assemblée nationale du Québec : *Projet de loi n° 115 : Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*, L.Q. 2010.

*Courts may overturn the status quo in some field of policy, after which governments must struggle to design a replacement, subject to further review in the courts. At best there may be constructive dialogue among executive, legislative, and judicial authorities, but at worst there may ensue a series of spastic, uncoordinated actions and reactions, marked by sudden reversals and periodic of disorder.*¹⁶¹

Dans le second cas, celui du jugement Morgentaler, le gouvernement fédéral a plutôt renoncé à légiférer dans un domaine relevant pourtant de sa compétence : il a alors préféré le vide juridique découlant de sa décision de ne plus agir plutôt que les risques politiques associés à l'élaboration et à l'adoption d'une nouvelle législation.

L'un et l'autre exemples, celui du gouvernement du Québec et celui du gouvernement fédéral, illustrent bien la nature de la relation qu'entretiennent de plus en plus le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire depuis 1982, la part de subordination du premier au second qui découle duhaussement de statut de la Cour suprême et l'effet perturbateur de cette relation malaisée.

La suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi est la deuxième avenue évoquée par Kelly et Manfredi pour décrire la manière dont les tribunaux agissent sur la constitution. C'est une avenue qu'ils empruntent plus rarement, mais qu'ils empruntent sans hésiter quand la situation le commande. Le cas le plus célèbre fut sans doute la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁶² (1985) de déclarer invalides et inopérantes les lois adoptées, imprimées et publiées uniquement en anglais par le Manitoba et, d'un même souffle, d'en maintenir néanmoins la validité et la force opératoire jusqu'à ce que la province en ait complété la traduction, l'adoption et la publication en français. Ce délai consenti pour la Cour avait pour but d'éviter que ne se crée un vide juridique qui irait à l'encontre du principe de la primauté du droit. Un autre exemple

¹⁶¹ Flanagan, Tom, « Canada's Three Constitutions : Protecting, Overturning, and Reversing the Status Quo », p. 135.

¹⁶² Cour suprême du Canada, Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721 Dans ce Renvoi, la Cour suprême concluait que la quasi-totalité des lois adoptées par le Manitoba depuis le moment où cette province a joint la Confédération étaient invalides et inopérantes parce que non conformes aux exigences de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui commandaient que les lois soient adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais et que les deux versions aient force légale.

de cette pratique nous a été récemment donné lors de l'invalidation par la Cour suprême de la *Loi 104* : la Cour a alors donné au gouvernement du Québec un répit d'un an pour modifier sa législation et la rendre conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'intervalle, la *Loi 104*, quoiqu'elle ait été jugée inconstitutionnelle, restait toujours en vigueur.

Le « reading in/reading down », la dernière avenue identifiée par Kelly et Manfredi, est probablement la manifestation la plus claire de l'interventionnisme de la Cour dans l'élaboration des politiques publiques. Le cas exemplaire à cet égard est l'affaire *Vriend*¹⁶³ en Alberta. Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'*Individual's Rights Protection Act*¹⁶⁴ de l'Alberta protégeait les citoyens de cette province contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle même si la *Loi* ne faisait pas explicitement mention de cette protection. En élargissant la catégorie des bénéficiaires des protections garanties par la Loi – une pratique que Kelly et Manfredi appellent le « *reading-in* » –, la Cour ajoutait à la loi et légiférait à la place des législateurs et contre leur volonté puisqu'à deux reprises les élus albertains avaient refusé d'inclure l'orientation sexuelle dans la liste de motifs de discrimination justiciables en vertu de la loi.

C'est toutefois le *Renvoi relatif à sécession du Québec* qui offre l'exemple le plus probant de la latitude interprétative dont jouit la Cour suprême et du loisir qu'elle a, en certaines circonstances, de faire la constitution. Dans le *Renvoi*, la Cour note d'abord que les cas de sécession d'une province ne sont pas couverts par la procédure formelle de modification de la constitution, telle qu'elle apparaît à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour entreprend donc de combler ce vide en s'appuyant sur quatre principes constitutionnels non écrits, à savoir : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la

¹⁶³ Cour suprême du Canada, *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

¹⁶⁴ Alberta : *Individual Rights Protection Act* S.A. 1972, c.2

primauté du droit, et le respect des minorités¹⁶⁵. Pour José Woehrling, ces principes sont au fondement des constitutions de toutes les fédérations démocratiques de type libérale dans le monde aujourd'hui et la Cour leur accorde clairement préséance sur le texte même de la constitution. La Cour est alors en position d'énoncer les grandes lignes d'une procédure de sécession qu'elle assujettit au respect des quatre principes, à la bonne foi des acteurs politiques et à la conciliation « de divers droits et obligations entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. »¹⁶⁶

Pour José Woehrling et d'autres avec lui, cette avancée de la Cour sur le terrain hautement spéculatif de la forme que prendraient les négociations entourant la sécession d'une province n'est pas le point le plus important du Renvoi:

*For legal scholars, the most remarkable aspect of the ruling is how the Court has answered all the questions without ever referring to the actual specific provisions of the Constitution. This case admirably illustrates the considerable margin of freedom a supreme or constitutional court can exercise in applying the Constitution, by submitting the express content of the instrument to its implied principles.*¹⁶⁷

Cette manière de procéder est-elle légitime et la Cour, ce faisant, se substitue-t-elle au pouvoir des élus à qui revient normalement, en démocratie, la responsabilité de faire la constitution et de la défaire ? La question est à ce point pertinente que la Cour se l'est posée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

Avant de répondre à la question, la Cour prend d'abord soin de rappeler la « primauté de notre Constitution écrite » et les bienfaits d'une telle constitution qui « favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. »¹⁶⁸ Ce tribut à la primauté de la constitution écrite une fois payé, la Cour s'estime néanmoins fondée, jurisprudence à l'appui, de « combler les

¹⁶⁵ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 84.

¹⁶⁶ Woehrling, José, « The Quebec Secession Reference: Some Unexpected Consequences of Constitutional First Principles », p. 128.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 128.

¹⁶⁸ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 53.

vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »¹⁶⁹ en s'appuyant sur les principes constitutionnels non écrits, qui ont alors préséance.

La constitutionnaliste Donna Greschner souscrit au raisonnement de la Cour : « *By emphasizing principles and assigning them legal force, the Court has given itself the tools to put principles first when they conflict with written rules* ».¹⁷⁰ Greschner voit cette habilitation de la Cour à combler les lacunes de la constitution écrite comme une manière de pallier à la rigidité de la procédure formelle de modification de la constitution.

F. L. Morton et Rainer Knopff sont moins charitables que Greschner à ce propos. Dans leur célèbre article intitulé « Judges and the Charter Revolution », les auteurs estiment que, depuis 1982, la Cour s'est érigée en oracle constitutionnel dont les prononcés font loi : « *The supreme Court now functions more like a de facto third chamber of the legislature than a court. The nine Supreme Court justices are now positioned to have more influence on how Canada is governed than are all of the parliamentarians who sit outside of cabinet.* »¹⁷¹ Cet activisme accru des tribunaux entre en concurrence directe avec le pouvoir des élus en matière de constitution.

« *Un arbre capable de grossir et de grandir dans ses limites naturelles* »¹⁷²

L'idée que les tribunaux sont devenus « *a third legislative branch without being elected by the people to do this* »¹⁷³ est fortement exagérée, selon Eileen Kavanagh.

Kavanagh fonde cette appréciation sur la nature des contraintes qui affectent la décision judiciaire et la cantonnent à l'intérieur de certaines limites, ces limites naturelles évoquées par Lord Sankey, et qui sont les termes mêmes de la constitution. Les juges, nous dit Kavanagh, n'ont pas le pouvoir de changer le libellé de la loi, ce qui est la prérogative des élus par l'entremise de la procédure de modification de la constitution. Plus encore, les juges ne sont

¹⁶⁹ *Ibid.*, Section 53.

¹⁷⁰ Greschner, Donna, « Goodbye to the Amending Formulas? », 157.

¹⁷¹ Morton, F.L. (Ted) et Rainer Knopff, « Judges and the Charter Revolution », p. 367.

¹⁷² *Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 124*

¹⁷³ Kavanagh, Aileen, « The Idea of a Living Constitution », p. 69.

autorisés à changer la constitution que par voie du raisonnement juridique et en restant dans l'ornière de leurs décisions antérieures là où les législatures peuvent simplement créer la loi et changer le texte de la constitution à partir de ce qu'elles croient être désirable pour le bien commun. Les juges doivent restreindre leurs interventions aux seuls domaines que le hasard des litiges porte à leur attention et, quand ils interviennent, c'est essentiellement de manière négative, par invalidation d'une loi existante et non par son remplacement sur d'autres bases. En somme, nous dit Kavanagh, les juges « *can block or prevent the execution of legislative policies that they believe are harmful to fundamental constitutional rights or principles, but they are not encouraged to outline programmatic policies that they think are desirable in order to regulate and enforce constitutional rights in general.* »¹⁷⁴

La description modérée du pouvoir constituant des tribunaux que nous présente Kavanagh minimise les aspects spécifiques de l'histoire constitutionnelle canadienne, notamment, les péripéties entourant l'adoption de la procédure de modification de 1982 et les échecs auxquels cette procédure a mené. Elle sous-estime surtout la place accrue que, de l'avis de la plupart des analystes, les tribunaux occupent depuis 1982 dans le débat constitutionnel canadien et l'élaboration des politiques publiques, une place beaucoup plus importante que ce que son analyse laisse entrevoir. Le procédé de « *reading in* » évoqué plus haut et la latitude que se donne la Cour de combler les lacunes de la constitution montrent bien que les prérogatives de la Cour vont bien au-delà de celles évoquées par Kavanagh. Peter W. Hogg, qui voit pourtant d'un bon œil l'expansion du pouvoir judiciaire, rapporte à cet effet que, dans la foulée de la réforme constitutionnelle de 1982, le « *nouveau rôle politique de la Cour s'est étendu à des domaines hors de la Charte, tels que le fédéralisme, la preuve, le droit administratif, la responsabilité délictuelle, et le droit de la famille.* »¹⁷⁵ Toujours selon Hogg, depuis 1982, « *The Court has assumed an active law-making role*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹⁷⁵ Hogg, Peter W., « The Law-Making Role of the Supreme Court of Canada: Rapporteur's Synthesis », p. 171.

rather than the more limited adjudicatory role that would have been taken for granted thirty years ago. »¹⁷⁶. La cour a embrassé avec enthousiasme cet élargissement de son mandat.

Les voies du changement constitutionnel

Sur la scène constitutionnelle canadienne, le rôle accru joué par les tribunaux après 1982 est d'autant plus important que, depuis l'effondrement de l'accord du Lac Meech en 1990, les Canadiens sont de plus en plus conscients qu'ils n'ont d'autres choix, pour faire évoluer l'ordre constitutionnel canadien, que de recourir à des stratégies obliques de contournement de leur constitution, du type de celles envisagées par ceux que nous appelons les « réformistes » aux fins de cette recherche, y compris de s'en remettre au travail des tribunaux.

Pour le père de la théorie du dialogue entre les tribunaux et les législatures, le professeur Hogg, la cause est entendue : « *The failure of the Meech Lake Accord and the Charlottetown Accord have persuaded Canadian politicians that constitutional amendment is not a career enhancing activity. One must conclude that significant amendments to the Constitution of Canada are, at least for the foreseeable future, impossible.* »¹⁷⁷ Ce n'est donc plus de ce côté que se négociera l'avenir constitutionnel du Canada, mais, plus souvent qu'autrement, devant les cours de justice ou par des en-lieux de différentes formes à la modification formelle de la constitution, comme ceux évoqués par la trame réformiste.

Dans cet esprit, pour un théoricien évolutionniste comme W. J. Waluchow, le recours à la procédure formelle de modification de la constitution demeure une éventualité, mais n'apparaît plus guère que comme une police d'assurance. Comme nombre de ses collègues constitutionnalistes, Waluchow refuse de tirer pleinement les leçons des échecs de Meech et Charlottetown en ce qui concerne l'impossibilité où se retrouvent les Canadiens de modifier formellement, démocratiquement et de manière substantielle leur constitution. Cette

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 174.

¹⁷⁷ Hogg, W.J., « Canada: Privy Council to Supreme Court », p. 57.

inconséquence l'amène à soutenir une chose et son contraire quand il affirme, dans la même phrase, que les procédures formelles de modification de la constitution « *may be difficult to trigger, and amendments may sometimes be all but impossible to secure politically* » et que, simultanément, « *the fact of the matter is that the people have these devices within their control* »¹⁷⁸. À défaut de pouvoir recourir à la procédure formelle de modification, il reste néanmoins la révolution, soutient-il, « *a right to which a free people are ultimately entitled to resort* ». Certes, on peut légitimement se demander si, en démocratie, le recours à la révolution, plutôt que d'être la forme d'expression ultime de la démocratie, une fois enlevé le vernis romantique dont est toujours paré le concept, ne confirme pas plutôt le naufrage d'un certain idéal démocratique et de sa mise en œuvre. Mais ceci est un autre débat. Aux fins de notre propos, retenons que Waluchow voit dans le pouvoir constituant des tribunaux un instrument de changement et d'enrichissement de la démocratie constitutionnelle canadienne, étant entendu que le recours à la procédure formelle de la constitution est de toute façon une entreprise à haut risque, toujours exceptionnelle et de dernier recours, si tant est qu'elle soit praticable.

Plus encore que Waluchow, Allan C. Hutchison¹⁷⁹ minimise l'importance de la procédure formelle de modification de la constitution comme avenue de changement, surtout si cette procédure est de type rigide, c'est-à-dire si elle exige une forme quelconque de super majorité pour qu'un changement soit approuvé. S'inspirant des travaux du constitutionnaliste américain David A. Strauss¹⁸⁰, Hutchison souligne à cet égard que les forces à l'origine des changements constitutionnels agissent de manière puissante et diffuse, en marge des textes constitutionnels, sans vraiment être soumis à la littéralité de ces textes ni à la manière dont on

¹⁷⁸ Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, p. 139. La phrase exacte de Waluchow, qui vise à contrer l'argument voulant que le constitutionnalisme assujettisse les citoyens d'aujourd'hui aux valeurs et aux décisions des citoyens d'hier, se lit comme suit : « *After all, constitutional amending formulae are (almost) invariably included within Charters. They may be difficult to trigger, and amendments may sometimes be all but impossible to secure politically, but the fact of the matter is that the people have these devices within their control.* »

¹⁷⁹ Hutchison, Allan C., *Evolution and the Common Law*, p. 201-215.

¹⁸⁰ Strauss, David A., « The Irrelevance of Constitutional Amendments », p. 1457-1505.

s'y prend, en principe, pour les modifier. Pour Hutchison, en matière de constitution, les changements que veut la société finissent inévitablement par s'imposer, rarement de manière ordonnée et raisonnée, souvent par brusques mutations, et toujours au gré des circonstances et des rapports de force.

La constitution, dans cette optique, déborde largement la collection des textes qui sont sensés la contenir et la représenter. Elle n'est jamais statique même si les textes, eux, peuvent rester inchangés pendant des décennies. Son sens et son interprétation ne se jouent pas seulement dans les législatures et devant les tribunaux : la société tout entière compte pour la faire évoluer même si, pour parvenir à leurs fins, les acteurs sociaux n'ont que très occasionnellement recours à la procédure formelle de modification de la constitution. Les tribunaux, en vertu du pouvoir constituant particulier dont ils sont investis, sont un autre forum au sein duquel la société force sa volonté dans le cadre d'un processus évolutif plus large qui est de part en part politique, quelle que soit la voie choisie, judiciaire ou législative. Hutchison conclut à cet égard que « *constitutional law is an organic work-in-progress whose lifeblood is the continuity of change; any distinction between its formal and informal revision or between its fixed and fluid dimension is mistaken.* »¹⁸¹

Conclusion

On ne peut qu'être d'accord avec Christopher P. Manfredi¹⁸² quand il soutient que, depuis le milieu des années soixante jusqu'aux années quatre-vingt-dix, la théorie et la pratique du constitutionnalisme canadien ont été dominées par l'idée que la résolution des problèmes les plus profonds affectant la vie politique canadienne passait par une réforme de la constitution. En fait, c'est ce que, de façon plus générale, j'ai appelé le paradigme contractualiste aux fins de cette recherche.

¹⁸¹ Hutchison, Allan C., *Evolution and the Common Law*, p. 201.

¹⁸² Manfredi, Christopher P., *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, p. 199.

La réforme constitutionnelle de 1982 est le moment contractualiste par excellence, un cas de figure de modification formelle de la constitution qui a changé en profondeur l'ordre constitutionnel canadien. Elle est en somme le meilleur contre-exemple qu'on puisse imaginer à la thèse straussienne. Paradoxalement, elle est aussi le moment clé qui marque la fin du paradigme contractualiste comme trait marquant de la culture constitutionnelle canadienne et l'émergence d'une culture constitutionnelle à la fois straussienne et foncièrement organiciste au Canada.

Il y a derrière le paradigme contractualiste un certain phantasme démocratique, celui lockéen évoqué par Peter H. Russell¹⁸³, d'un peuple réconcilié avec lui-même et exerçant les prérogatives de la souveraineté dans l'acte de se donner une constitution. C'était l'espoir que devait combler le rapatriement de la constitution et c'est cet espoir qu'ont déçu le refus du Québec d'y adhérer et les échecs subséquents de Meech et Charlottetown. La mort de cet espoir – ou sa mise en veilleuse indéterminée – est l'un des faits marquants de l'évolution de la culture politique canadienne au cours de la dernière décennie du vingtième siècle.

L'un des dommages collatéraux associés à la mort de cet espoir est le sentiment largement partagé au sein des élites politiques et intellectuelles canadiennes – plus largement que dans la population en général en fait – que changer substantiellement la constitution est hors de portée du processus démocratique : tout un pan de la *Loi constitutionnelle de 1982* – la Partie V en fait – est donc en voie d'être frappé d'obsolescence, parce qu'il est dysfonctionnel d'une part et, d'autre part, parce que la conception que se font les Canadiens de la démocratie n'est plus celle d'un pacte entre gouvernements, mais celle de l'assentiment d'une majorité de citoyens à leur constitution. Or la *Loi constitutionnelle de 1982* est silencieuse quant à la manière dont cet assentiment peut être sollicité et donné pour changer la constitution même si, depuis l'échec de Meech, les acteurs politiques n'ont pas ménagé leurs

¹⁸³ Russell, Peter H., *Constitutional Odyssey*, p.6.

efforts pour pallier à cette carence en inventant des solutions d'appoint permettant d'impliquer les citoyens dans le processus de changement constitutionnel. Ces efforts, le plus souvent louables du point de vue de leurs intentions, se sont essentiellement soldés par un capharnaüm procédural et un purgatoire démocratique.

Ce constat n'a pas pour corollaire que la constitution est désormais immuable. En fait, tous les développements théoriques dérivés des conceptions organicistes de la constitution témoignent exactement du contraire. Si une idée forte se dégage de la vision organiciste, c'est que la procédure formelle de modification de la constitution, dans la constitution canadienne comme dans d'autres, est en définitive marginale dans le processus évolutif de la constitution.

C'est peut-être le constitutionnaliste américain David A. Strauss qui illustre le mieux ce point de vue quand il soutient de manière quelque peu polémique que, nonobstant toute l'attention accordée aux modifications formelles de la constitution, américaine dans son cas, « *our constitutional order would look little different.* »¹⁸⁴ À son avis, les modifications formelles ont une portée plus symbolique que pratique, le travail de façonnement de l'opinion publique nécessaire à l'adoption de la modification s'effectuant toujours en amont ou en marge du processus et devant être complété pour que la constitution puisse être changée : la modification, quand elle survient, apparaît dès alors comme venant sanctionner un fait accompli dont la charge politique est déjà largement épuisée. L'une des conséquences de cette observation sur l'insignifiance des modifications formelles de la constitution, nous dit Strauss, « *is that it undermines a popular way of thinking about the Constitution – that the written Constitution is in some meaningful sense the work of a deliberate act, or a series of discrete acts, by We the people.* »¹⁸⁵

Si la réforme de 1982 avait pour but de contrer la partition du Canada, quelque trente ans plus tard et jusqu'à preuve du contraire, elle doit être considérée comme ayant atteint son

¹⁸⁴ Strauss, David A., « The Irrelevance of Constitutional Amendments », p. 1457.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 1464.

objectif. Il en est tout autrement si l'objectif de la réforme de 1982 était de redonner aux Canadiens la pleine maîtrise d'œuvre de leur constitution. Elle a, dans les faits, enfermé les Canadiens dans un cadre constitutionnel formel pour l'essentiel immuable. En l'absence d'une prise démocratique directe sur la constitution, ceux que nous avons qualifiés de réformistes cherchent à compenser le déficit démocratique qui découle de cette situation en proposant toute une palette de solutions qui, dans l'ensemble, sont autant de pis-aller en attendant ces jours meilleurs – le rêve nationalitaire par excellence – où la constitution deviendra l'expression de « *We, the People* ».

La perspective organiciste envisage une autre voie de sortie de l'impasse constitutionnelle : sa conception de la constitution comme arbre vivant modère considérablement la vision volontariste du changement constitutionnel à laquelle le paradigme contractualiste nous a habitués. Elle privilégie, en fait, une conception du changement constitutionnel assimilable à la croissance inconsciente et involontaire du règne végétal. L'acteur politique singulier et volontaire y devient accessoire bien que l'intention humaine, relayée par les tribunaux, continue de jouer un rôle important dans son évolution. Si d'aventure des mutations surviennent, c'est d'abord à l'activité interprétative des tribunaux qu'il faut l'attribuer. Cette activité est, par définition, plus réactive que proactive. Elle est une fonction des litiges qui sont finalement portés à l'attention des tribunaux par les acteurs sociaux. Elle fonctionne à la pièce, par ajustements successifs, selon les circonstances du moment et l'intérêt supérieur de la communauté politique tel qu'il est compris à ce moment-là. Les tribunaux deviennent ainsi, une décision à la fois, les médiateurs principaux du changement constitutionnel : c'est à eux que revient principalement la responsabilité d'assurer l'adaptation raisonnée, de bonne foi, mais autoritaire – parce que de dernier recours – de la constitution aux nouvelles réalités socio-politiques et économiques de l'heure.

Parce qu'elle reconnaît le rôle des tribunaux comme constituants, la trame organiciste met de l'avant une vision dynamique et évolutive de l'ordre constitutionnel canadien, nonobstant les carences de la procédure formelle de modification de la constitution. Si la constitution est un arbre vivant, sa croissance, tout entière animée par la poussée de la vie, semble échapper au jeu de la politique ordinaire et à la volonté consciente du peuple. Dans le nouveau paradigme constitutionnel canadien, les tribunaux, plus que tout autre intervenant, assurent désormais le relais de la volonté démocratique. Leur crédibilité et leur légitimité est une fonction de leur indépendance, donc de la possibilité qu'ils ont de s'élever au-dessus des intérêts des uns et des autres pour mieux pouvoir les départager. La haute estime dans laquelle ils sont tenus par une forte majorité des Canadiens semble indiquer qu'ils relèvent ce défi avec succès. Cet impératif d'indépendance a toutefois son revers : en haussant le statut constitutionnel des tribunaux sans du même coup les soumettre à l'obligation de rendre compte aux citoyens, par voie élective ou autrement, le nouvel ordre constitutionnel canadien ne laisse plus aux citoyens qu'un lien indirect, distant et incertain, non seulement avec les tribunaux eux-mêmes, non seulement avec les choix que font les tribunaux, mais aussi avec ce qu'ils croyaient être leur constitution et que des déités lointaines ont maintenant pour fonction de gérer.

Cette évolution a été en grande partie réalisée aux dépens du pouvoir constituant des élus même si, comme le soutient l'honorable Bertha Wilson¹⁸⁶ de la Cour suprême du Canada, le pouvoir que détient la Cour suprême, elle le détient des élus eux-mêmes. Elle a aussi été réalisée au prix de ce que Sébastien Lebel-Grenier assimile à « une dérive anti-démocratique »¹⁸⁷, faisant référence à l'usurpation involontaire par les tribunaux d'une part importante de la fonction d'arbitre social normalement assumée par les gouvernements.

¹⁸⁶ Wilson, Bertha, « We Didn't Volunteer », p. 73-86.

¹⁸⁷ Lebel-Grenier, Sébastien, « La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire », p. 37.

4 – LA TRAME IDÉALISTE

Introduction

L'utopie, en tant que représentation d'un monde idéal, est le pendant d'un principe historique que le philosophe allemand Ernst Bloch appelait « le principe Espérance »¹⁸⁸. La pensée utopique croit dans la capacité illimitée de la volonté humaine d'ordonner le monde à sa convenance et pour le mieux. L'idéalisme ajoute une dimension normative à la pensée utopique.

La « trame idéaliste » décrit, *mutatis mutandis*, un certain positionnement du discours politologique canadien relatif à la réforme constitutionnelle de 1982 et à ses suites dans son rapport au « principe Espérance ». Les auteurs idéalistes, qu'ils soient optimistes ou pessimistes, expriment tous un malaise certain face à l'ordre constitutionnel canadien issu de 1982 : leur premier mouvement est d'abord critique, critique de ce qui est, ici et maintenant, au nom de ce que ce qui devrait être ou aurait dû être. L'un et l'autre souscrivent au paradigme contractualiste. Là où optimistes et pessimistes se séparent, c'est dans leur manière de considérer le fait accompli : les premiers proposent de renégocier le contrat canadien sur de nouvelles bases, le plus souvent multinationales, et font des plans en conséquence au nom de ce qui devrait être; les seconds font l'autopsie de ce que le monde aurait pu et dû être si le contrat canadien avait été correctement négocié.

Les auteurs que nous avons regroupés sous la bannière de l'idéalisme, soit Guy Laforest, Gilles Bourque et Jules Duchastel, Alain G. Gagnon, André Burelle et Benoît

¹⁸⁸ Bloch, Ernst, *Le Principe Espérance*.

Pelletier du côté francophone, et Kenneth McRoberts, Will Kymlicka et James Tully du côté anglophone, ont tous eu et ont encore un impact important sur notre appréhension de la problématique politique et constitutionnelle canadienne. Ils ont tous été, leurs travaux en font foi, fortement interpellés par les péripéties constitutionnelles des années 1990. Cette époque, on le sait, a été marquée par les échecs de Meech et Charlottetown, par le référendum québécois de 1995, son résultat serré, et par la mise en place, après 1995, d'une riposte fédérale visant à assurer l'intégrité du Canada par la mise en tutelle du droit du Québec à l'autodétermination. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en 1998 et la *Loi sur la clarté* en 2000 sont des éléments clés de cette riposte. Depuis l'an 2000, la scène constitutionnelle canadienne s'est considérablement calmée après, notamment, l'élection d'un gouvernement fédéraliste à Québec en 2003 et l'éphémère fédéralisme d'ouverture des Conservateurs fédéraux en 2005.

La sélection d'auteurs proposée n'épuise évidemment pas la catégorie ni les variations thématiques qui la caractérisent. Comme pour les autres trames, les auteurs retenus l'ont été à cause de l'effet structurant de leurs travaux sur le débat politologique canadien et pour leur valeur d'illustration au regard à notre propos. Je propose dans ce chapitre de suivre le fil de leur pensée à l'intérieur de deux sous-ensembles, le courant nationaliste québécois et le courant nationaliste canadien, une distinction qui correspond, grosso modo, à un partage entre auteurs anglophones et francophones. Les premiers s'identifient prioritairement au Québec et s'intéressent à son destin politique et à son arrimage avec celui du reste du Canada; les seconds s'identifient prioritairement au Canada et spéculent sur la manière dont le Canada peut accommoder les aspirations nationalitaires des Québécois et des Premières nations. Il va sans dire que les variantes optimistes et pessimistes de l'idéalisme politologique se retrouvent à l'intérieur de ces deux grands courants de pensée.

Le courant nationaliste québécois

Depuis la seconde moitié du vingtième siècle, au Québec, où s'est élaboré l'essentiel de la pensée idéaliste francophone, le clivage gauche-droite, qui sert normalement à départager l'opinion politique, est subordonné au clivage souverainiste-fédéraliste et oblitéré par lui. Ce clivage correspond à un point de rupture entre deux conceptions du nationalisme québécois, l'une, fédéraliste, qui croit que la promotion des intérêts bien compris du Québec commande qu'il s'aménage une marge d'autonomie accrue au sein du pacte confédératif canadien, pacte jugé essentiel au bon développement du Québec, mais aussi de la francophonie canadienne à l'égard de laquelle le Québec garde une certaine responsabilité ; l'autre, souverainiste, qui estime que ce projet est voué à l'échec et que l'autonomie dont a besoin le Québec pour assurer son avenir passe par une rupture du pacte confédératif et l'affirmation de sa souveraineté.

La première conception, portée par la Révolution tranquille et les gouvernements libéraux successifs, a été trahie par la réforme constitutionnelle de 1982 et vidée de sa substance par l'échec de Meech en 1990. Elle semble aujourd'hui incapable de se redéfinir sur de nouvelles bases et de s'ériger en interlocuteur crédible du reste du Canada en tant qu'expression d'un projet national propre au Québec à l'intérieur du cadre canadien; la seconde, principalement promue par le Parti Québécois, s'est aussi vu porter un coup fatal par la réforme de 1982, la défaite référendaire de 1995 et, dans la foulée du *Renvoi de la Cour suprême relatif à la sécession du Québec* en 1998, l'adoption de la Loi-20 (Loi sur la clarté) en 1999-2000.

Dans les faits, la réforme constitutionnelle de 1982 et les péripéties auxquelles elle a donné lieu dans les années qui ont suivi son adoption marquent la fin d'une époque pour le nationalisme québécois, celle où les fédéralistes québécois pouvaient encore convier leurs concitoyens à militer pour une réforme en profondeur du fédéralisme et où les souverainistes

pouvaient encore convaincre les Québécois que la démocratie référendaire était la voie royale menant à l'abrogation du lien fédéral et à la souveraineté du Québec.

Rien d'étonnant dès lors, comme nous le mentionnions plus haut, à ce que l'on retrouve dans la littérature politologique québécoise un nombre considérable de scénarios de refondation du Canada ou d'accession du Québec à la souveraineté restés lettre morte, notamment depuis 1982. Contrairement à ce que l'on pourrait croire toutefois, le départage entre souverainistes et fédéralistes est beaucoup moins clairement énoncé dans la littérature politique spécialisée qu'il ne l'est dans l'arène politique réelle, les auteurs s'efforçant dans la plupart des cas d'imaginer des solutions de sortie de l'impasse capables de réconcilier la tension sous-jacente à la dynamique Québec-Canada, évoquée par François Rocher, entre autonomie et interdépendance¹⁸⁹. Très souvent, néanmoins, la souveraineté se donne comme un deuxième choix, légitimé par l'échec du premier, celui d'un Canada qui accepterait le Québec comme son *alter ego*.

Quand les solutions avancées mettent prioritairement l'accent sur l'autonomie maximale du Québec, sa reconnaissance comme État souverain, elles se déclarent volontiers souverainistes, mais se dépêchent d'imaginer les nouveaux liens – union économique et monétaire, souveraineté-association, partenariat – à travers lesquelles se nouera l'interdépendance Canada-Québec, incontournable. Les travaux de Guy Laforest, sur le mode pessimiste, des tandems Gilles Bourque et Jules Duchastel, Alain G. Gagnon et Raffaele Iacovino, tous auteurs de livres marquants en lien avec la réforme constitutionnelle de 1982 et avec un certain désir, sur le mode optimiste, de penser l'avenir autrement, nous serviront à illustrer ce courant de pensée foisonnant, ses prétentions et ses limites.

Quand au contraire les solutions avancées promeuvent prioritairement le maintien du rapport d'interdépendance entre le Québec et le Canada, elles se donnent volontiers comme

¹⁸⁹ Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'esprit fédéral », p. 102.

fédéralistes et s'ingénient alors à proposer des dispositions manquant la différence québécoise et capables de conférer au Québec une marge d'autonomie suffisante pour lui permettre d'exprimer et d'assumer sa différence à l'intérieur du cadre fédéral. Le constitutionnaliste Benoît Pelletier apparaît comme l'un des défenseurs les plus articulés et les plus optimistes de ce courant de pensée plutôt anémique ces jours-ci au Québec. Il est l'auteur de nombreux articles et d'un imposant ouvrage, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, qui se veut un plaidoyer enthousiaste pour une pensée fédéraliste renouvelée.

La fin d'un rêve canadien et après

Cette ambivalence de la littérature politologique québécoise – cette recherche simultanée d'une autonomie accrue du Québec par rapport au reste du Canada assortie d'une redéfinition du rapport d'interdépendance entre ces deux partenaires – se retrouve partout dans *Trudeau et la fin d'un rêve canadien* du politologue Guy Laforest. L'ouvrage nous offre une autopsie de l'échec de l'accord du lac Meech que l'auteur, Guy Laforest, effectue à partir de la grille d'analyse que lui procure la pensée politique de penseurs et hommes d'action comme John Lock, Pierre Elliott Trudeau, Lord Durham, André Laurendeau, Franck R. Scott, J. G. Fitch ou Léon Dion.

De ce survol, Laforest tire la conclusion que la réforme constitutionnelle de 1982 a été conçue comme une arme offensive des nationalistes pancanadiens contre le nationalisme québécois, qu'elle procède d'un abus de confiance de ces nationalistes à l'endroit de l'opinion publique québécoise, abus dont Pierre Elliot Trudeau est devenu la figure emblématique, et que, pour cette raison, elle est viciée en son principe. Elle est, par surcroît, nous dit Laforest, illégitime d'un point de vue démocratique puisqu'elle n'a jamais reçu la sanction populaire. Cet abus de confiance et ce déficit démocratique ont eu pour effet de permettre l'institution, contre la volonté du Québec et sans lui, d'un nouvel ordre constitutionnel qui a réduit les

pouvoirs de l'Assemblée nationale en matière de langue et fait l'impasse sur la notion de pacte entre peuples fondateurs ou sur une quelconque reconnaissance du statut particulier du Québec au sein de la fédération.

Pour Laforest, la réforme de 1982 marque l'évacuation délibérée et définitive du principe de dualité de l'ordre constitutionnel canadien. C'est ce qu'il évoque quand il parle de « la fin d'un rêve canadien », le rêve caressé par nombre de Canadiens français du dix-neuvième siècle et de Québécois du vingtième, et dont Georges-Étienne Cartier, Henri Bourassa et André Laurendeau après lui auront été les hérauts. Ce rêve, Laforest en regrette la répudiation à l'occasion de la réforme de 1982 et le remplacement hostile par celui d'un Canada *one nation* d'un océan à l'autre.

Selon Laforest, la reconnaissance du caractère binational de la fédération canadienne dans la constitution du pays était pourtant le prix minimum à payer pour jeter les bases d'une réconciliation durable et féconde entre les deux grandes communautés politiques canadiennes. L'effondrement de Meech le 23 juin en 1990 n'a fait, en somme, qu'avaliser le choix du gouvernement fédéral et des provinces autres que le Québec en 1982. Pour Laforest, cet effondrement « a miné de façon irrémédiable les résidus de confiance qu'éprouvaient encore le peuple québécois à l'égard du fédéralisme canadien. Ce jour-là, le glas a sonné pour le régime fédéral mis en place en 1867 et consolidé en 1982. Depuis lors, la situation du Québec est une souveraineté de fait. »¹⁹⁰

De cette souveraineté de fait, Laforest ne sait que faire en 1992, à l'heure où les tam-tams de la Commission Bélanger-Campeau résonnent encore et où l'encre n'est pas encore sèche sur l'accord de Charlottetown, lui aussi condamné à l'échec. Il ne le sait pas davantage en 2003 quand, dans une allocution intitulée *Sait-on jamais ? One never knows*¹⁹¹,

¹⁹⁰ Laforest, Guy, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, p. 75.

¹⁹¹ Laforest, Guy, « Sait-on jamais/One never Knows », allocution prononcée dans le cadre du colloque *Le Québec et le Canada au 21^e siècle : Nouvelles dynamiques, nouvelles perspectives*. La version anglaise de la conférence a été publiée en 2007 dans M. Murphy et Daniel Salée (dir.), *Québec and Canada in the New*

il énumère les raisons de l'échec du projet souverainiste et celles du succès irréfutable du projet national canadien sous la houlette de Pierre Elliott Trudeau et de ses successeurs. Cet examen, Laforest le fait avec, en arrière-scène, les conclusions auxquelles était déjà parvenu Maurice Lamontagne en 1954, alors professeur de science économique à l'Université Laval, dans son livre *Le fédéralisme canadien. Évolution et problèmes*¹⁹². En bref, Lamontagne, un fédéraliste convaincu qui allait devenir l'une des figures clés du *French Power* à Ottawa au cours des années 1960, dénonçait la position « hybride et équivoque » des nationalistes québécois, au premier chef desquels Maurice Duplessis, au sein de la fédération canadienne. Cette position, disait-il, s'accroche « à une phase révolue du fédéralisme », celle du cloisonnement étanche des compétences propres de chacun des ordres de gouvernement et du retranchement du Québec derrière les garanties constitutionnelles de la constitution de 1867. Pour Lamontagne, le Québec est le grand perdant de cette stratégie défensive et passéiste dans la mesure où il subit les inconvénients de son appartenance à la fédération sans en retirer les pleins bénéfices et sans se donner les moyens de préparer l'avenir.

Selon Laforest, le diagnostic de Lamontagne pour le Québec des années 1950 – celui d'un Québec coincé dans une situation « hybride et équivoque »¹⁹³, pour reprendre les qualificatifs de Lamontagne – est toujours valide en 2003. Pour Lamontagne, toutefois, cette situation se devait d'être temporaire et la voie de sortie de l'impasse était clairement tracée. Elle consistait pour le Québec, en 1954, à embrasser résolument le projet fédéral par « une intégration lucide au nouveau fédéralisme canadien »¹⁹⁴, c'est-à-dire l'intégration pleinement assumée du Québec à l'ordre fédéral présagé par la Commission Rowell-Sirois au tournant des années 1940, fonctionnaliste en son principe, et en vertu duquel « la participation de tous

Century : New Dynamics, New Opportunities, Montréal/Kingston. McGill-Queen's University Press, 2007 : 53-81.

¹⁹² Lamontagne, Maurice, *Le fédéralisme canadien. Évolution et problèmes*, Presses de l'Université Laval, Sainte Foy, 1954, p. 284.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 285 et 286.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 295.

les gouvernements aux principales fonctions de l'État »¹⁹⁵ plutôt que le cloisonnement des compétences, devenue impraticable en raison de la complexification des enjeux, devient la règle générale. Un tel « régime de compétences concurrentes »¹⁹⁶ suppose une spécialisation des tâches entre les ordres de gouvernement, une certaine prépondérance fédérale sur toute question d'intérêt national ou international, en même temps qu'elle exige des deux ordres de gouvernement qu'ils coordonnent étroitement leur action. D'après le politologue Alain G. Gagnon, « le sentier ouvert par Lamontagne en économie politique sera peu parcouru »¹⁹⁷ au Québec même si, l'histoire tend à le démontrer, il était parfaitement en phase avec la pensée constitutionnelle de Pierre Elliott Trudeau.

Laforest se garde bien d'emprunter la voie indiquée par Lamontagne et de se faire le chantre de « l'intégration lucide au nouveau fédéralisme canadien ». Il se fait plutôt le promoteur d'une nouvelle communauté politique, qu'il appelle « Canada-Québec »¹⁹⁸, manière de marquer qu'aucun des deux partenaires ne détient le monopole de l'identité nationale et de la souveraineté. La nouvelle fédération qu'il propose s'appuierait sur le droit à l'autodétermination des États membres et sur le partage de leur souveraineté dans la gestion des affaires communes. Elle assumerait pleinement l'existence d'une certaine asymétrie dans l'exercice par les partenaires de leurs pouvoirs respectifs et serait conçue de manière à permettre la participation de chacun à la gestion de l'ensemble. Elle serait en somme conforme à ce que Laforest conçoit comme étant le véritable « principe fédéral ».

Le « principe fédéral » auquel Laforest souscrit et qu'il imagine présider à la création du nouveau Canada-Québec implique une prise de distance importante par rapport au Canada tel que nous le connaissons. Laforest l'oppose au « principe impérial », aux origines du fédéralisme canadien, et qui veut que les provinces soient subordonnées au gouvernement

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 248.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 249.

¹⁹⁷ Gagnon, Alain G., « Regards croisés sur le fédéralisme canadien », p. 9.

¹⁹⁸ Laforest, Guy, *La fin d'un rêve canadien*, p. 263.

fédéral et soumises à ses visées. Cette subordination des provinces, nous dit Laforest, est calquée sur celle du Dominion du Canada à l'autorité de la Couronne et du Parlement de Londres, telle qu'elle existait au dix-neuvième siècle. Si le Canada s'est progressivement affranchi de son lien de subordination à la Grande-Bretagne, il n'en est pas de même des provinces envers le gouvernement central : pour Laforest, « les pouvoirs de réserve et de désaveu, le préambule de l'article 91 et la clause « paix, ordre et bon gouvernement », combinées avec les pouvoirs résiduels, le pouvoir déclaratoire, la législation compensatrice en matière d'éducation, le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur et sa fonction, la création de tribunaux et le pouvoir de nomination des juges »¹⁹⁹ sont, dans le texte même de la Constitution de 1867 et aujourd'hui encore, autant de vestiges toujours agissants du principe impérial. Ils sont, simultanément, la négation du principe fédéral dont le Québec, certaines autres provinces à différents moments et le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres à plusieurs occasions avant 1949, se sont fait les promoteurs. La réforme constitutionnelle de 1982 marque le triomphe définitif du principe impérial et de la conception unitaire du Canada sur le principe fédéral qui, selon Laforest, devrait présider aux destinées du Canada-Québec.

Vus sous cet angle, les référendums de 1980 et de 1995 ne sont guère, pour Guy Laforest, que des « rébellions démocratiques » avortées contre le principe impérial, rébellions qui ne sont pas sans rappeler la rébellion des Patriotes de 1837. Comme celle-ci, elles ont laissé le Québec affaibli, peut-être irréversiblement, et l'ont inscrit dans un espace de désarroi analogue à celui qui s'est installé dans les années 1840-1860 et dans la foulée du rapport Durham, et que l'historien Éric Bédard²⁰⁰ a récemment rappelé à notre mémoire.

« Paradoxalement, nous dit Laforest, en essayant à deux reprises de sortir du système ou de le métamorphoser, sans succès, le Québec a peut-être servi la cause du renforcement des éléments impériaux dans notre régime et rendu encore plus difficile la tâche de leur

¹⁹⁹ Laforest, Guy, « Sait-on jamais/One never Knows », p. 5.

²⁰⁰ Bédard, Éric, *Les réformistes*.

élimination. Quoi qu'il en soit, et malgré les nuances qui s'imposent, l'enchaînement logique fut le même au XX^e siècle que celui qui avait prévalu au XIX^e siècle : rébellions, échecs, crispation systémique et conséquences négatives pour les perdants²⁰¹. » Chacune des rébellions avortées du Québec a servi de tremplin au Canada pour poursuivre sa consolidation et s'ériger « en État-nation moderne et normal ». ²⁰²

En 2003, Laforest note que la hargne et la méfiance, qui ont marqué les relations entre le Québec et le reste du Canada pendant le référendum de 1995 et dans les mois qui ont suivi, ont progressivement fait place à « un agacement diffus et, des deux côtés de la rivière des Outaouais, une certaine indifférence²⁰³. » Il serait risqué de faire équivaloir cette nouvelle accalmie à une réconciliation. Elle apparaît plutôt comme l'expression tranquille du désarroi québécois et de la confiance retrouvée et plus aguerrie des Canadiens du reste du pays dans leur capacité de construire un pays conforme à l'idéal qu'ils s'en sont faits, celui d'un État mononational qui comprend le Québec, avec ou sans son consentement. Elle permet néanmoins la reprise d'un certain dialogue, ajoute Laforest, et qui sait – ne sait-on jamais ? –, le retour éventuel du principe fédéral dans la manière dont les Canadiens conçoivent leur pays. Avec la fin prononcée en 1992 d'un rêve canadien, telles sont les miettes dont se nourrit désormais, en 2003 à tout le moins, l'espoir politique du politologue Guy Laforest pour le Québec.

À en croire Peter H. Russell en 2010, rien pourtant n'annonce un retour de l'idéal de dualité dont Laforest se réclame. Si Russell concède que le Canada devrait normativement être défini comme un pays multinational, il ajoute aussitôt que :

[c]ongenial as this multinational understanding of Canada is to a majority of Quebeckers and a majority of Aboriginal people, I do not think it is congenial to a majority of English-speaking Canadians. This is certainly the sense I get whenever I speak about Canada in multinational terms to English Canadian audiences. My multinational

²⁰¹ Laforest, Guy, « Sait-on jamais/One never Knows », p. 8.

²⁰² *Ibid.*, p. 16.

²⁰³ *Ibid.*, p. 1.

*conception of Canada jars with their aspiration for a Canadian polity that is more strongly unified.*²⁰⁴

Le sociologue électoral Pierre Drouilly, cité par le journaliste Alec Castonguay²⁰⁵, corrobore cette observation de Russell. Selon Drouilly, les chiffres d'un sondage récent commandé par le Bloc québécois et les Intellectuels pour la souveraineté (IPSO) et publié en mai 2010 démontrent que l'opinion publique canadienne-anglaise, loin de s'assouplir au cours des vingt dernières années, s'est plutôt radicalisée dans son refus des cinq conditions du Québec²⁰⁶, telles qu'avalisées par les premiers ministres des dix provinces et du Canada dans l'accord du Lac Meech. Toujours selon Drouilly, les résultats du sondage montrent clairement que « [l]es Canadiens des autres provinces ne sont plus prêts à la moindre concession. » Pour peu qu'on puisse en juger, le Canada-Québec de Guy Laforest ne semble pas briller très fort sur l'écran radar de la politique canadienne. Cela n'enlève rien, bien sûr, à sa désirabilité normative. Cela montre toutefois l'écart qui existe souvent chez les idéalistes entre une solution théoriquement pensable et normativement désirable d'un côté, et les probabilités de sa mise en œuvre effective.

Identité fragmentée et États associés

Même coup d'épée dans l'eau chez de Gilles Bourque et Jules Duchastel qui publient conjointement en 1996 *L'identité fragmentée. Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens, 1941-1992*. L'ouvrage est rapidement devenu un classique de la science politologique québécoise. Il examine avec méthode et une certaine ampleur théorique la genèse des notions d'identité et de citoyenneté canadiennes, québécoises et autochtones à travers l'analyse des pratiques discursives des premiers ministres fédéraux et provinciaux à

²⁰⁴ Russell, Peter H., « Trust and Distrust in Canada's Multinational Constitutional Politics », document de travail (non publié) distribué par l'auteur dans le cadre du Workshop on Trust, Distrust and Mistrust in Multinational Societies, le 4 juin 2010, à Montréal.

²⁰⁵ Castonguay, Alec, « Sondage ; 20 ans après Meech – Le Canada ferme la porte aux demandes du Québec », dans *Le Devoir*, édition du 7 mai 2010.

²⁰⁶ Ces conditions étaient : la reconnaissance du fait que le Québec forme une société distincte ; le droit de retrait des programmes fédéraux avec compensation financière ; la pleine juridiction sur l'immigration ; le choix de trois juges à la Cour suprême ; et le droit de veto en cas de nouvelles modifications à la constitution.

l'occasion des conférences constitutionnelles qui se sont tenues au cours de la période 1941 à 1992. La première partie de l'ouvrage s'intéresse à la représentation de la communauté que les pratiques discursives manifestent et la deuxième partie à l'univers des valeurs qui s'y affirme.

Ce que les minutieuses analyses lexicographiques de Bourque et Duchastel révèlent, c'est que « [e]n bout de course, en ce milieu des années quatre-vingt-dix, près centre trente ans après la Confédération, l'État canadien et la Constitution s'appuient enfin sur la souveraineté nationale populaire, mais paradoxalement, comme le souligne Peter H. Russell (1993), sans que soit pleinement constituée l'idée d'un peuple et d'une nation. »²⁰⁷ En d'autres termes, pour Bourque et Duchastel, il existe une inadéquation irrémédiable entre la promotion d'un « nationalisme stato-civique débouchant sur la production d'une idéologie nationale de la citoyenneté particulariste »²⁰⁸, c'est-à-dire d'une citoyenneté sommative faite de l'addition de sous-populations particulières dont les droits sont explicitement reconnus dans la constitution, et l'émergence d'une référence identitaire pleinement partagée. Cette inadéquation s'explique par la tentative « ethnocidaire »²⁰⁹ de gommer la spécificité nationale québécoise, c'est-à-dire « l'identification [d'une vaste majorité de Québécois] à une communauté nationale particulière se rapportant, de façon prédominante, sur le plan politique, à l'État du Québec et, dans l'espace, au territoire québécois »²¹⁰. L'objectif de l'État canadien est de superposer aux identités québécoises et autochtones une identité canadienne transcendante faite d'une panoplie de droits politiques et collectifs « liés au Canada comme pays et comme société »²¹¹. Tous ces droits se rapportent « à un ordre de gouvernement (le

²⁰⁷ Bourque, Gilles et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée*, p. 301.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 304.

²⁰⁹ Bourque et Duchastel empruntent l'adjectif « ethnocidaire » à l'ouvrage *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine* (Paris, Éditions du Cerf (1990)) du philosophe français d'obédience habermassienne Jean-Marc Fleury. Ce terme, nous disent Bourque et Duchastel, sert à décrire « le refus de reconnaître d'autres nations à l'intérieur du territoire. » (*L'identité fragmentée*, p. 202.)

²¹⁰ Bourque, Gilles et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée*, p. 313.

²¹¹ *Ibid.*, p. 310.

national) au sein d'un pays (le Canada) et au nom d'une société (la canadienne) »²¹² et ils valent d'un océan à l'autre, sans distinction. Ils sont conférés à l'ensemble des citoyens canadiens, y compris aux Québécois, fut-ce au détriment de leur identité propre et à leur capacité d'en promouvoir la spécificité quand des conflits surgissent, sur le plan linguistique notamment. Seules les Premières nations bénéficient d'une maigre reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale aux fins de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la collectivité québécoise étant pour sa part assimilée dans le grand tout de la nation canadienne.

Bourque et Duchastel reprochent à l'ordre constitutionnel de 1982 d'avoir indûment assimilé les droits collectifs des communautés politiques, ceux par exemple que revendiquent les Québécois pour la nation québécoise, aux droits d'appartenance culturelle de catégories de personnes, tels les communautés culturelles, les gais, les minorités visibles ou les femmes, dont la *Charte canadienne des droits et libertés* a justement pour fonction de dresser l'inventaire et de garantir le respect ; ils lui reprochent d'avoir appauvri le débat démocratique en le judiciarisant, c'est-à-dire en transférant la responsabilité des arbitrages sociaux de la sphère politique à la sphère juridique ; ils lui reprochent enfin d'avoir nié que la société québécoise était une société nationale particulière, négation d'autant plus pernicieuse pour la démocratie québécoise et sa capacité de porter le projet québécois que, nous disent-ils, « la démocratie représentative ne peut (...) fonctionner en l'absence d'une référence identitaire qui représente la communauté (le peuple, les citoyens, la nation) au nom de laquelle s'exerce le pouvoir à l'intérieur d'un espace déterminé (le pays)²¹³. »

La nation québécoise et les nations autochtones sont donc en porte-à-faux eu égard à l'État national canadien qui sape leurs projets démocratiques au profit de l'identité canadienne et de groupes d'intérêts particuliers. Conséquence de cet imbroglio, la société québécoise et les nations autochtones apparaissent comme des sociétés bloquées, déchirées entre leur

²¹²*Ibid.*, p. 310.

²¹³*Ibid.*, p. 20.

identité propre et celle que le Canada cherche sans relâche à leur imposer pour mieux les réduire. Le Canada est lui-même victime de cet imbroglio puisque, sans cesse ébranlé par les nationalismes québécois et autochtones, il ne parvient pas à générer une identité cohésive et partagée par tous.

Pour remédier de façon durable au mal canadien, Bourque et Duchastel estiment qu'il faut sortir du cadre constitutionnel de 1982 et de 1867. Ils proposent une reconfiguration du Canada selon le modèle des États associés, une solution qui apparaît dans la conclusion de l'ouvrage, qui tient en quelques paragraphes et que rien, dans la démonstration préalable des auteurs, ne préparait.

La proposition des auteurs est à peine esquissée. Elle vise néanmoins à répondre d'un même tenant aux attentes du Québec, des peuples autochtones et du reste du Canada. Elle postule le droit à l'autodétermination des futurs États associés – le Québec d'un côté et le Canada de l'autre – et présume de leur désir, malgré l'échec des unions antérieures, de renoncer à une partie de leur souveraineté « en confiant des juridictions communes à un parlement élu, cela est essentiel, appuyé par une bureaucratie modeste. »²¹⁴ Les nations autochtones des deux États seraient représentées au sein de ce Parlement et y jouiraient d'une large marge d'autonomie. Ce Parlement élu deviendrait la matrice d'une nouvelle référence identitaire qualifiée de « postnationale »²¹⁵ par les auteurs et qui se développerait « sur la base d'une éthique de la discussion entre une pluralité de communautés politiques, c'est-à-dire de nations »²¹⁶

En quoi cette nouvelle structure, qui prendrait le relais du Canada de 1867 et de celui de 1982, serait-elle plus à même de respecter les identités des nations qui viendraient s'y inscrire et d'en favoriser l'épanouissement ? C'est que, de soutenir les auteurs, le partage de la souveraineté est la nouvelle loi d'airain du développement des nations et de la construction

²¹⁴ Bourque, Gilles et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée*, p. 316.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 319.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 320.

des États de l'avenir, mondialisation oblige. Ces États seront les créatures des nations. Ils en consacreront la pérennité en même temps que le dépassement. « L'identité postnationale et le patriotisme constitutionnel résultant d'une souveraineté partagée dans une même union confédérale permettraient au Canada de sortir de l'ère de l'affrontement des nationalismes. Bref, loin de les nier, l'identité postnationale canadienne se construirait sur la pleine reconnaissance des communautés qui composent le Canada. »²¹⁷

Ainsi donc s'esquisse, sous la plume de Bourque et Duchastel, la vision d'un pays réorganisé sur la base des communautés nationales qui le composent, dont le fonctionnement se fonde sur une éthique habermassienne de la discussion et qui annonce l'avènement d'un nouveau patriotisme constitutionnel. Ce nouveau patriotisme constitutionnel n'est pas sans rappeler, ironiquement, la notion de « nationalité politique » évoquée par Georges-Étienne Cartier en 1865 dans le cadre des débats sur la fondation du Canada. « Lorsque nous serons unis, si jamais cela se fait, » de soutenir Cartier qui fustige alors ceux qui croient que « la diversité de races » est un empêchement à l'unité, « nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale ou de la religion de tout individu. »²¹⁸ La même idée trouve aussi un écho chez le Pierre Elliott Trudeau militant du début des années 1960 qui, dans *La nouvelle trahison des clercs*, conclut que Canadiens français et Canadiens anglais sont condamnés à vivre ensemble. Il faut donc « désamorcer ce concept d'État-nation et entraîner le Canada sur la voie de l'État multinational »²¹⁹, un État « postnational », en fait, au sein duquel de multiples communautés nationales devront apprendre à coexister. Et Trudeau d'ajouter, parlant sur un mode plus lyrique des Canadiens français et des Canadiens anglais : « Si les deux collaborent au sein d'un État vraiment pluraliste, le Canada peut devenir un lieu privilégié où se sera perfectionnée la forme fédéraliste du gouvernement, qui est celle du

²¹⁷ *Ibid.*, p. 319-320.

²¹⁸ Ajzenstat, Janet; Romney, Paul; Gentles, Ian et Gairdner, William D. *Débats sur la fondation du Canada*, p. 254.

²¹⁹ Trudeau, Pierre Elliott, « La nouvelle trahison des clercs », p. 169.

monde de demain. »²²⁰ Pour le Trudeau fédéraliste et idéaliste d'alors, qui n'a pas encore cédé au chant des sirènes du Canada *one nation*, le fédéralisme multinational – ou polyethnique, comme l'on disait à l'époque, et qu'on opposait non sans un certain sentiment de supériorité au *melting pot* américain – apparaît encore comme la solution que devront emprunter à l'exemple du Canada la myriade d'États africains et asiatiques naissants qui doivent composer avec une pluralité de nations sur leur territoire.

Quand l'exaltation est à son maximum, le rêve d'un Canada d'au-delà de la nation et caractérisé par l'émergence miraculeuse d'une citoyenneté transcendante et non conflictuelle, gouvernée par la raison, confine à la négation du politique et au basculement de la pensée dans l'ordre de l'utopie et de la mystique postnationaliste. Sous la plume de certains thuriféraires de Pierre Elliott Trudeau²²¹, le Canada à la fois bilingue et multiculturel issu de la réforme constitutionnelle de 1982 devient l'heureuse préfiguration d'un monde réconcilié de l'au-delà de la nation et du politique : ainsi se cache sous le couvert d'un postnationalisme de bon ton le triomphe définitif et quelque peu aveugle à lui-même du nationalisme canadien. La citoyenneté postnationale dont Bourque et Duchastel se font les promoteurs a donc des antécédents célèbres, anciens et récents, et pas nécessairement de la même famille politique. Toutes ces voix – et d'autres encore comme nous le verrons plus loin – proposent un idéal de réconciliation politique de l'au-delà du politique, dans l'espace aseptisé de la démocratie délibérative et du patriotisme constitutionnel.

De la nation à la multination

Qu'à cela ne tienne, l'idée d'un Canada multinational, encore vraisemblable avant 1982, a néanmoins continué de faire florès dans les années qui ont suivi malgré que la conjoncture politique – Meech, Charlottetown et référendum de 1995 le rappellent – n'ait cessé de miner l'espoir même qu'une restructuration en profondeur de la fédération

²²⁰ *Ibid.*, p. 183.

²²¹ Une excellente illustration de cette mouvance est *A Canada of light*²²¹ de W. P. Powe, un livre salué par Trudeau comme « A bold new answer to questions about Canada ».

canadienne soit encore dans les cartes. En plus de Guy Laforest, de Gilles Bourque et de Jules Duchastel, d'autres chercheurs, tel Michel Seymour²²², Jacques Beauchemin²²³ et Dimitrios Karmis²²⁴ pour n'en nommer que quelques-uns, se sont intéressés à la question sous un angle ou sous un autre. L'idée a récemment repris du service sous la plume du politologue de renom Alain G. Gagnon qui s'en est fait le défenseur convaincu dans deux ouvrages récents parus coup sur coup, soit *De la nation à la multination. Les rapports Québec-Canada*, publié conjointement avec Raffaele Iacovino en 2007, et *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, publié en 2008.

Dans un ouvrage comme dans l'autre, Gagnon a le mérite d'explorer plus en détail que ne le faisaient Laforest, Bourque et Duchastel, les avantages et la faisabilité de la reconnaissance constitutionnelle du caractère multinational du Canada et de la restructuration du pays en conséquence. Dans *De la nation à la multination*, notamment, Gagnon et Iacovino élaborent un scénario devant permettre, selon eux, la prise en compte des attentes constitutionnelles des Québécois. Les conclusions de la *Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession du Québec* sont la toile de fond sur laquelle les auteurs développent leur scénario. Ces conclusions, nous rappelle Gagnon dans *La raison du plus fort*, sont à l'effet que « le Québec peut librement entrer en négociation avec le Canada afin d'être reconnu selon ses propres critères »²²⁵ et que la légitimité des parties à une telle négociation est fonction de leur bonne foi. En vertu de ce scénario, le Québec relancerait les discussions constitutionnelles non pas en montant immédiatement au front des relations fédérales-provinciales, mais en se dotant préalablement d'une constitution interne qui serait le fruit du plus large consensus possible à l'échelle du Québec : l'atteinte de ce consensus exigerait le dépassement des lignes partisans traditionnelles et l'élévation du niveau de discussion dans le cadre, par exemple,

²²² Seymour, Michel, « Quebec and Canada at the Crossroads: A Nation within a Nation ».

²²³ Beauchemin, Jacques, « Défense et illustration d'une nation écartelée ».

²²⁴ Karmis, Dimitrios, « Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien ».

²²⁵ Gagnon, Alain G., *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, p. 199.

d'une assemblée constituante. La future constitution québécoise « préciserait les frontières de la citoyenneté québécoise, ses orientations sur le plan de l'intégration, ses droits et obligations en tant que membre d'une fédération, ses relations institutionnelles avec ses partenaires de négociations. »²²⁶ Elle deviendrait l'expression de la légitimité démocratique de la démarche québécoise, érigeant le Québec en sujet politique souverain, unifié, en même temps qu'elle serait le garant de la bonne foi des rapports du Québec avec le reste du Canada qui serait invité après négociation, geste inusité s'il en fut, à ratifier les termes de la nouvelle constitution québécoise.

La démarche de Gagnon et Iacovino apparaît, à sa face même, hautement problématique même si elle s'inspire d'autorités reconnues, soit les savants juges de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. Elle se fonde sur la possibilité de refermer l'éventail des opinions constitutionnelles québécoises en une perspective unique – ce large consensus évoqué par les auteurs – et, comme le font Laforest, Bourque et Duchastel et la plupart des idéalistes, elle postule, en face du Québec, l'existence d'un interlocuteur lui aussi unifié, bienveillant par surcroît, alors que l'on sait, depuis les analyses de Alan C. Cairns²²⁷ et de Stéphane Dion²²⁸ sur cette question, qu'une telle hypothèse est tout sauf simple, évidente ou probable. Gagnon et Iacovino soutiennent que la ratification par le reste du Canada de la future constitution québécoise permettrait, nous disent-ils, « d'indiquer que le Québec est sérieusement attaché à son autonomie tout en manifestant son désir d'être un membre actif au sein de la fédération. »²²⁹ Simultanément, ils admettent qu'il est peu probable qu'une telle démarche soit reçue avec grand appétit par le reste du Canada, voire par les Québécois eux-mêmes.

²²⁶ Gagnon, Alain G. et Raffaele Iacovino, *De la nation à la multination. Les rapports Québec-Canada*, p. 222.

²²⁷ Cairns, Alan C., « Suppose the " Yes " Side Wins : Are We Ready? ». *Western Perspectives : Canada West Foundation*, février 1995. Voir aussi à ce propos l'article de Cairns intitulé « Dreams versus Reality in "Our " Constitutional Future : How Many Communities? ».

²²⁸ Dion, Stéphane, « Alan C. Cairns sur le droit des Canadiens à leur pays ».

²²⁹ Gagnon, Alain G. et Raffaele Iacovino, *De la nation à la multination. Les rapports Québec-Canada*, p. 224.

Gagnon et Iacovino ne sont pas sans savoir ce que leur proposition a d'insolite et ils ne craignent pas d'anticiper les objections qu'on peut lui apporter, ce qu'ils font généreusement dans leur ouvrage. On pourra reprocher à leur proposition, nous disent-ils, le fait qu'elle repose davantage sur des idées et des principes que sur une véritable analyse des rapports de force ; que rien n'oblige le reste du Canada à s'engager dans un tel processus; que la démarche d'autodéfinition constitutionnelle à laquelle elle convie les Québécois pourrait rendre le Québec plus vulnérable encore si elle ne générât pas le consensus recherché et ne laissait derrière elle qu'un Québec divisé; que l'idée de faire ratifier la nouvelle constitution du Québec par le reste du Canada heurterait de front la fierté nationaliste québécoise et la prétention du Québec à l'autodétermination ; etc.

Gagnon et Iacovino ne jugent pas utile de réfuter ces objections dont ils reconnaissent pourtant le sérieux. Ils se contentent d'affirmer que leur démarche, malgré les risques qu'elle comporte et ses faibles chances de succès, peut seule briser le cercle vicieux de la méfiance réciproque et permettre aux protagonistes constitutionnels canadiens et québécois de « franchir un certain seuil qui puisse bouleverser le *statu quo* dans lequel le fédéralisme canadien est enlisé. »²³⁰ À leurs yeux, le « droit à l'autonomie du Québec est réel et il devra tôt ou tard être reflété dans les institutions »²³¹. Ce vœu pieux semble présumer que, en matière de politique, le bon droit et la bonne foi font foi de tout et doivent, à terme, nécessairement prévaloir.

Au moment de juger de l'approche de Gagnon et Iacovino, faut-il parler à son propos d'imagination politique, d'audace de la pensée et de clairvoyance courageuse ou regretter au contraire que les solutions que ces auteurs élaborent ne soient pas davantage empreintes de réalisme politique et, donc, véritablement porteuses pour l'avenir ? On pourra en tout cas leur reprocher de mettre de l'avant une conception quelque peu angélique du politique qui

²³⁰ *Ibid.*, p. 230.

²³¹ *Ibid.*, p. 229.

escamote dans le processus politique les moments de la décision et du consentement, toujours conflictuels, pour ceux, préalables, nécessaires, mais jamais concluants en eux-mêmes, de la délibération et du consensus. Rien n'indique à ce stade-ci du moins que le scénario optimiste envisagé par Gagnon et Iacovino ait trouvé quelque écho dans l'arène politique, guère plus dans le monde académique, non plus que dans l'opinion publique. Prêcher dans le désert n'implique pas que l'on ait tort et encore moins que l'on ait raison, ce qui serait trop beau : le silence retentissant qui accueille les propositions constitutionnelles de Gagnon et Iacovino dans les milieux politiques et académiques canadiens justifie, néanmoins, qu'on s'interroge sérieusement sur leur faisabilité et leur vraisemblance.

Du fédéralisme asymétrique

L'échec de Meech, avons-nous dit, a vidé de sa substance le projet d'une réforme en profondeur du fédéralisme canadien à la hauteur des attentes du Québec et a laissé sans voix cohérentes, sur le plan théorique et politique, ces nationalistes québécois qui se définissent d'abord comme fédéralistes. Certes, certains moments – pensons au fédéralisme d'ouverture de Stephen Harper en 2005, à la reconnaissance dans son sillage de la nation québécoise par la Chambre des communes en 2006 et à la parution coup sur coup, en 2007, d'une défense convaincue du fédéralisme d'ouverture de Stéphen Harper par le politologue Éric Montpetit et d'un ouvrage collectif intitulé *Reconquérir le Canada. Un nouveau projet pour la nation québécoise*²³² visant à renouveler l'argumentaire fédéraliste – ont momentanément ravivé l'espoir qu'une nouvelle énergie pouvait être insufflée aux braises mourantes du nationalisme réformiste pro-canadien.

La plus récente manifestation d'importance sur ce front décimé a récemment pris la forme d'un volumineux ouvrage, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*²³³, sous la plume de Benoît Pelletier, constitutionnaliste de renom et

²³² Bérard, Frédéric et André Pratte (dir.), *Reconquérir le Canada. Un nouveau projet pour la nation québécoise*.

²³³ Pelletier, Benoît, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*.

ministre dans le gouvernement Charest de 2003 à 2008, année où il délaisse la vie politique active. Benoît Pelletier reprend alors du collier comme professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa où il enseigne toujours tout en continuant à s'intéresser à l'actualité politique et constitutionnelle qu'il commente avec diligence.

Dans son introduction à *Une certaine idée du Québec*, Benoît Pelletier identifie l'ouvrage non à un pamphlet ni non plus à un argumentaire, mais plutôt à un « essai », avec tout ce que le terme évoque de subjectif. D'entrée de jeu, il campe sa démarche dans le camp fédéraliste auquel il veut redonner un nouvel élan en même temps qu'il se décrit comme un défenseur acharné des intérêts du Québec au sein de la fédération canadienne :

L'idée que je me fais du Québec est celle d'une nation pleine et entière, qui s'inscrit dans la tradition libérale et qui est porteuse à la fois de diversité et de solidarité. (...) Voilà pourquoi je promeus la reconnaissance de la spécificité du Québec à l'intérieur du pays et l'inscription de cette dernière dans la Constitution. La motivation première de ma carrière politique est l'affirmation et la reconnaissance du Québec.²³⁴

Vaste programme en effet, sur lequel bien d'autres politiciens avant lui – les René Lévesque du Beau risque, les Robert Bourassa et les Brian Mulroney de l'accord du Lac Meech, les Claude Ryan et consorts – à Québec comme à Ottawa, se sont cassés les dents. Qu'a donc à offrir Benoît Pelletier que ses prédécesseurs n'avaient pas dans leur besace constitutionnelle et qui devrait conduire, selon ses termes, à la « refondation du Canada »²³⁵ ?

À vrai dire, bien peu, si ce n'est sa confiance débordante dans le Canada fédéral et dans les bienfaits qu'en retire le Québec, et une stratégie en deux temps de modification de la constitution développée en 2001 alors qu'il siégeait dans l'opposition à l'Assemblée nationale²³⁶, qu'il reprend en 2010 dans *Une certaine idée du Québec*²³⁷ et qu'il résumait ainsi en 2007 dans *Reconquérir le Canada*, soit 1) « une démarche en vertu de laquelle le

²³⁴ *Ibid.*, p. 8.

²³⁵ *Ibid.*, p. 69.

²³⁶ Pelletier, Benoît (dir.), *Un projet pour le Québec : affirmation, autonomie et leadership, Rapport final du Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise*, Montréal, Parti libéral du Québec, 2001, 165 p.

²³⁷ Pelletier, Benoît, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, p. 71-126.

gouvernement québécois explorerait toutes les avenues non constitutionnelles permettant de faire progresser le Québec à l'intérieur du Canada ; 2) à plus long terme, des changements de nature constitutionnelle, limités ou globaux. »²³⁸

Cette stratégie n'est pas très éloignée de celle esquissée par André Burelle dans *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*²³⁹. Dans son livre, cet ami déçu de Pierre Elliott Trudeau et de son fédéralisme *one nation* présume, conformément à la conception straussienne du changement constitutionnel discuté au chapitre précédent, que des en-lieux de changements constitutionnels négociés de bonne foi et soumis à l'expérience dans le cadre de qu'il appelle un « fédéralisme partenarial »²⁴⁰, auraient de fortes chances, à terme, d'être constitutionnalisés sans heurts pour peu que l'expérience de leur mise en œuvre ait été positive et que les changements proposés fassent consensus. Le changement constitutionnel n'est pas alors perçu comme un mode de résolution de problème, mais bien comme l'expression d'un large consensus politique né de l'expérience et du vouloir-vivre ensemble.

Les thèses de Pelletier et Burelle pourraient être vues comme autant d'illustrations de la trame réformiste, que nous avons explorée au chapitre 3 de cette recherche, si elles ne maintenaient pas, parallèlement à la prétention que le gouvernement du Québec se doit de tout faire pour promouvoir les intérêts du Québec sans toucher à la constitution, cette autre

²³⁸ Pelletier, Benoît, « Un nouvel envol pour le Québec. L'affirmation de l'identité québécoise au sein de la fédération canadienne » p. 85-114.

²³⁹ Burelle, André, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*.

²⁴⁰ Le « fédéralisme partenarial » de Burelle se veut « un rééquilibrage global de la fédération fondé sur l'équation suivante : la reconnaissance de facto et de jure du droit à la différence et à l'autonomie gouvernementale du Québec, des peuples autochtones et des divers régions du pays, en contrepartie de l'obligation, pour tous les partenaires de la fédération, de codécider à l'européenne des objectifs communs et les contraintes que chacun devra s'imposer dans l'exercice de ses pouvoirs souverains pour : (a) préserver l'intégrité de l'union économique canadienne ; b) garantir des services sociaux de base à tous les citoyens du pays; et c) doter la fédération canadienne des outils de concertation dont elle a besoin pour trouver réponse aux problèmes de plus en plus globaux de notre époque. » (Burelle, André, *Le droit à la différence à l'heure de la globalisation. Le cas du Québec et du Canada*, p. 34-35) Les implications constitutionnelles d'un tel projet sont considérables et, de l'admission même de Burelle, hors de portée dans l'immédiat. À moyen terme, Burelle imagine la conclusion d'une entente pancanadienne globale permettant de redéfinir les rapports entre les provinces et le gouvernement fédéral conformément aux principes du fédéralisme partenarial. Une telle entente aurait un statut quasi-constitutionnel comme celui évoqué plus tôt par l'auteur réformiste C. E. S. Franck. Elle préparerait le terrain à la constitutionnalisation définitive des changements sur lesquels les partenaires confédéraux se seraient préalablement entendus et qui seraient, dans les faits, déjà en vigueur.

prétention, qui est plus qu'un souhait vague comme on le voit parfois exprimé par les auteurs réformistes, à l'effet que la *Loi constitutionnelle de 1982* peut et doit être modifiée dans le sens des intérêts du Québec et que le reste du Canada peut être convaincu d'un tel projet. Pelletier est catégorique à cet égard : la constitution du Canada doit être modifiée, ne fut-ce que pour reconnaître la nation québécoise formellement, pour accorder au Québec le droit de retrait avec pleine compensation financière d'initiatives fédérales dans des domaines de compétence provinciale et doit inclure une réforme du Sénat pour que cette institution devienne une véritable chambre des régions ou des provinces. C'est, *mutatis mutandis*, la même conviction qui s'exprime chez Burelle.

En cueillant au sol le ballon abandonné de la réforme constitutionnelle et en affirmant sa détermination d'aller le porter dans les buts du Canada, Pelletier l'essayiste *surf* quelque peu complaisamment sur l'opinion publique dominante au Québec qui, selon le sondage cité précédemment²⁴¹, continue de croire à la hauteur de 78% que le fédéralisme canadien est réformable et de souhaiter à la hauteur de 82% l'ouverture de nouvelles négociations. Ces chiffres se heurtent à une réalité incontournable et témoignent d'un certain aveuglement de l'opinion publique québécoise : au même moment, c'est ce que révèle le même sondage, 62 % des répondants des autres provinces s'opposent à l'ouverture de nouvelles négociations.

De ce constat, Gilles Duceppe tire la conclusion que la réouverture de discussions constitutionnelles entre le Québec et le reste du pays est, dans l'ordre actuel des choses, une impossibilité politique. Selon Duceppe, « Les Québécois doivent en prendre acte : ce Canada idéal qui serait prêt à nous accommoder, ce n'est qu'une grande illusion, un mirage. Voilà ce qui a profondément changé depuis l'époque de Meech. Auparavant, les Québécois étaient placés devant trois options crédibles : le Canada tel qu'il est, le fédéralisme renouvelé ou la

²⁴¹ Colloque *20 ans après Meech, quel est l'avenir du Québec dans le Canada ?*, Acte du colloque, 8 mai 2010, organisé sous l'égide des Intellectuels pour la souveraineté (IPSO) et du Bloc québécois, p. 17-26. Document Internet disponible à l'adresse suivante : <http://www.blocquebecois.org/dossiers/colloque-20-ans-apres-Meech/actes.aspx> .

souveraineté. Puisque les Canadiens ne veulent plus rien savoir de réformer le fédéralisme, il ne reste que deux options : le Canada tel qu'il se construit au détriment du Québec ou la souveraineté. Le reste, ce n'est qu'une grande illusion ! »²⁴²

On peut contester, contre Duceppe, que le Canada se construise au détriment du Québec. On ne peut toutefois réfuter que le renouvellement du fédéralisme par la voie royale de la modification formelle de la constitution, sur des aspects essentiels de la constitution, et pour accommoder le Québec, ne soit plus aujourd'hui, pour des raisons à la fois politiques et de complexité juridique, qu'une vue de l'esprit. Benoît Pelletier, le politicien chevronné et l'essayiste libre-penseur soutient pourtant le contraire : que « la refondation du Canada », fondée sur les principes de « l'équilibre fiscal et la limitation du pouvoir fédéral de dépenser, et sur la réforme du Sénat canadien »²⁴³, toutes mesure exigeant une chirurgie en profondeur de la Constitution, demeure une option politique et juridique valide et faisable.

Cet optimisme constitutionnel de Benoît Pelletier l'ancien politicien et l'essayiste tranche avec la position beaucoup plus circonspecte et critique de Benoît Pelletier, le constitutionnaliste. Dans *La modification constitutionnelle au Canada*, un traité constitutionnel érudit publié en 1996 par Benoît Pelletier le constitutionnaliste, l'auteur fait une analyse serrée des articles de *La loi constitutionnelle de 1982* qui décrivent la procédure de modification de la constitution. À l'issue de cet examen, il note que la procédure de modification héritée du compromis de 1982 « est d'un caractère des plus complexes et nébuleux »²⁴⁴. S'il admet qu'un certain nombre de modifications ont pu être apportées depuis 1982, l'auteur nous met en garde contre la tentation de croire que ces modifications attestent de la flexibilité et de l'efficacité de la procédure de modification. « Au contraire », précise-t-il, « l'échec retentissant de l'accord du lac Meech en 1990 illustre éloquemment

²⁴² *Ibid.*, p. 83.

²⁴³ Pelletier, Benoît, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, p. 69.

²⁴⁴ Pelletier, Benoît, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 315.

jusqu'où les exigences de notre procédure de modification peuvent être difficiles à respecter lorsqu'est en cause un projet de réforme globale de la Constitution canadienne et jusqu'où elles peuvent même constituer, parfois, un véritable obstacle à la révision de notre Constitution. »²⁴⁵ Pelletier déplore ailleurs « la complexité déjà accablante de notre procédure de modification constitutionnelle »²⁴⁶ à laquelle, note-t-il, toute une série d'obstacles législatifs et politiques, au premier chef desquels la *Loi concernant les modifications constitutionnelles (1996)*, sont venus s'ajouter²⁴⁷. « Inutile de mentionner », nous dit Benoît Pelletier, « que tous ces facteurs réunis rendent pour le moins aléatoire le renouvellement constitutionnel au Canada. À tout le moins, s'il reste une lueur d'espoir, celle-ci, il faut bien l'admettre, est relativement mince. »²⁴⁸

Cette « lueur d'espoir », plutôt vacillante, Pelletier l'essayiste ne ménage pas les efforts pour en raviver les feux. Il mise, pour ce faire, sur le principe d'asymétrie constitutionnelle, déjà présent dans la Constitution de 1867, mais à toutes fins utiles renié dans la Constitution de 1982 qui érige en dogme constitutionnel le principe de territorialité et de symétrie de statut entre les provinces. Il mise aussi sur un changement de la dynamique politique initiée par un Québec moins « mélancolique »²⁴⁹, plus « conquérant »²⁵⁰, plus ouvert à la diversité et qui se donne les moyens de ses ambitions grâce à une économie mieux maîtrisée et à un secteur public efficace. Il y a un peu de jovialisme, ou à tout le moins d'exaltation, dans la manière dont Pelletier l'essayiste affirme la prépondérance de l'espoir et

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 351.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 323.

²⁴⁷ Cette loi, rappelons-le, adoptée par le Parlement en 1996, avait pour but de remplir une promesse référendaire du Premier ministre Jean Chrétien de redonner son veto au Québec. Dans les faits, elle donne un veto à une pluralité de provinces représentant, selon les évaluations de Benoît Pelletier, quelque 90 % de la population canadienne et dont le consentement individuel est désormais requis pour que le processus de modification puisse être enclenché. Elle s'applique à toute modification de la constitution relative aux institutions parlementaires, à la création d'une nouvelle province ou au partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces. Le veto dit « régional » qu'elle confère au Québec, notamment, est fragile puisque la *Loi*, n'étant qu'une loi ordinaire, peut être abrogée par une majorité simple du Parlement.

²⁴⁸ Pelletier, Benoît, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 357.

²⁴⁹ Référence directe, faite par Pelletier (p. 610), aux thèses de l'historien Jocelyn Létourneau dans « Pour une révolution de la mémoire collective – Histoire et conscience historique chez les Québécois francophones ».

²⁵⁰ Pelletier, Benoît, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, p. 298.

du volontarisme politique contre les contraintes de l'histoire, à l'heure où le poids démographique, économique et politique relatif du Québec dans l'ensemble Canadien va décroissant, non pour des raisons conjoncturelles et modifiables à court terme, mais bien pour des raisons structurelles et, jusqu'à un certain point, irréversibles²⁵¹. Il y a du déni dans la manière dont l'essayiste Benoît Pelletier et le politicien en lui ignorent les constats de Benoît Pelletier, le constitutionnaliste, le plus rigoureux des trois, concernant les rigidités inhérentes à l'ordre constitutionnel canadien depuis 1982. On doit regretter que l'essayiste n'ait pas été plus à l'écoute du constitutionnaliste : force est de constater que les espoirs du premier sont difficilement conciliables avec l'ordre constitutionnel canadien, tel qu'il est devenu et tel que l'a décrit Benoît Pelletier, le constitutionnaliste, dans la *Modification constitutionnelle au Canada*

La trame idéaliste anglo-canadienne

Bien que des différences d'accent repérables existent entre auteurs idéalistes francophones et anglophones, l'écart entre les options constitutionnelles de ces deux catégories d'auteurs est moins marqué qu'il n'y paraît de prime abord. C'est que la trame idéaliste, par-delà la langue des auteurs et leur milieu, se caractérise par une certaine propension à dénoncer l'ordre constitutionnel en place et à s'engager sur le terrain toujours délicat de la reconceptualisation de cet ordre, à nouveaux frais et selon des principes normatifs souvent similaires. Un autre facteur de rapprochement entre les deux littératures tient à la sympathie profonde que les idéalistes anglo-canadiens affichent généralement à l'endroit des problématiques nationales québécoise et autochtone, et de leurs répercussions constitutionnelles. Cette sympathie motive largement leur critique de l'ordre constitutionnel canadien et accentue la marginalité de leurs travaux par rapport à la culture politique

²⁵¹ Voir à ce propos *Le Québec et le fédéralisme canadien. Un regard critique*, du politologue Réjean Pelletier. 233.

canadienne dominante qui, elle, a résolument fait sienne la réforme constitutionnelle de 1982 et la philosophie de l'État, des droits individuels et de l'identité nationale canadienne, unitaire dans sa manière de se définir comme le dénominateur commun indépassable de toutes les différences, qui la sous-tend. De cette culture politique dominante, la *Charte canadienne des droits et libertés* est devenue non seulement l'expression juridique, mais aussi le nouveau symbole identitaire.

Un pays à refaire

Misconceiving Canada : The Struggle for National Unity, de Kenneth McRoberts, publié en 1997 et traduit en français en 1998 sous le titre *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes* apparaît comme un bon exemple de cette similitude de ton et de cette sympathie de fond aux enjeux nationaux québécois et autochtones caractéristiques de la trame idéaliste anglo-canadienne. L'ouvrage se lit comme le pendant anglophone de *La fin d'un rêve canadien* de Guy Laforest ; on y retrouve une même critique du déni de la nation québécoise dans la réforme constitutionnelle de 1982 et le même désir de refondation du Canada à partir de la reconnaissance constitutionnelle et institutionnelle de son caractère binational, voire multinational. « Même maintenant », écrit McRoberts encore sous le choc du résultat du référendum québécois de 1995, « la séparation n'est pas inévitable » :

Il existe d'autres solutions pour sortir de l'impasse actuelle. Une stratégie de rechange fondée sur la reconnaissance constitutionnelle de la dualité et de la place du Québec au sein du Canada, sur l'asymétrie des rapports fédéraux-provinciaux et sur le principe de territorialité appliqués aux politiques linguistes a depuis longtemps jeté les bases d'un compromis avec le Québec à l'intérieur de l'entité politique canadienne. La stratégie pourrait en outre être modifiée pour incorporer les objectifs des peuples autochtones. (...) Mais rien de tout cela ne peut se produire si nous ne nous affranchissons pas de la vision de Trudeau.²⁵²

Ayant diagnostiqué à son tour le mal canadien, McRoberts ne se fait cependant pas beaucoup d'illusions sur la volonté ou la capacité des Canadiens d'appliquer les remèdes qui

²⁵² McRoberts, Kenneth, *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, p. 380-381.

s'imposent. Dans *Un pays à refaire* comme dans un article subséquent écrit en 2001 et intitulé « Canada and the Multinational State », il note que « *very few states that are multinational in their composition are actually multinational in their functioning* »²⁵³, que le Canada n'échappe pas à cette règle, que le caractère binational du Canada ou du moins de la nation québécoise « *has fallen victim to state nationalism and the new principles it has put in place : that federalism is exclusively territorial and that all cultural differences should be equated within multiculturalism* »²⁵⁴. De ces observations, McRoberts conclut que « *Canada has lost the historical traditions upon which multinationalism might have been fashioned* »²⁵⁵ et qu'il pourrait bien devenir « *the last state to try to become a nation-state, and to risk its very existence in the process.* »²⁵⁶

Il y a de l'amertume, qui n'est que l'envers de l'idéalisme déçu, dans le constat que fait McRoberts de l'évolution constitutionnelle canadienne. Il y a aussi de la nostalgie, celle d'un Canada plus souple et plus conciliant, manifesté dans l'esprit confédératif initial tel que McRoberts l'imagine et dont l'ère Pearson pendant les années 1960, marquée par une ouverture sans précédent aux revendications du Québec, fut, selon lui, le dernier âge d'or.

La fin d'un autre rêve canadien et après

Si la question du Québec demeure un élément important de la réflexion de la plupart des auteurs anglophones, elle n'est cependant pas nécessairement centrale à leur propos qui porte souvent, comme c'est le cas chez Will Kymlicka et Charles Taylor, sur l'exercice de la démocratie dans une société libérale et diverse, comme ils aiment à percevoir le Canada, et sur les caractéristiques des institutions politiques à travers lesquelles ces grands principes s'actualiseront. Chez eux, le Canada est tenu pour acquis et aimé pour ce qu'il est, une

²⁵³ McRoberts, Kenneth, « Canada and the Multinational State », p. 688.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 712.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 712.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 713.

société fédérale de type libérale et marquée par la diversité de sa population. Ce qu'il s'agit de remettre en question pour ces auteurs, ce n'est pas l'idée du Canada, indiscutable entre toutes malgré la mondialisation et le déclin observé des États-nations, ni ses fondements libéraux, mais bien plutôt la manière dont cette communauté politique particulière, le Canada, peut assumer la coexistence harmonieuse et féconde, parce que conforme à la justice, des divers éléments qui la compose, qu'il s'agisse de minorités visibles, de communautés culturelles ou sociales, des provinces et territoires ou de nations en bonne et due forme en quête de reconnaissance, de pouvoirs et de ressources, comme le sont le Québec et les nations autochtones.

Entre l'énoncé d'un idéal de justice, qui part du principe que « chaque individu compte autant qu'un autre »²⁵⁷ et que l'État doit traiter « tous les citoyens avec une égale considération »²⁵⁸, et les voies envisagées de sa réalisation dans le monde politique réel, subsiste toujours, chez les idéalistes, un écart pratique. Cet écart se situe entre les changements envisagés, qui sont de principe, et la résistance têtue de la réalité, ici l'ordre constitutionnel issu de 1982, lui aussi, quoiqu'on en dise, inspiré par un idéal de justice. Après tout, nous rappelle Kymlicka après Ronald Dworkin, « les théories modernes ne reposent pas vraiment sur des valeurs fondatrices différentes (...) : toutes les théories politiques plausibles partagent la même valeur ultime, qui est l'égalité. »²⁵⁹ Le manifeste le plus complet de la philosophie politique sous-jacente à la réforme constitutionnelle de 1982 n'est-il pas, à cet égard, ce brillant essai de Pierre Elliott Trudeau intitulé « Les valeurs d'une société juste » paru en 1990 ?

C'est dans le passage du principe à l'acte que le diable s'est glissé lors de la réforme constitutionnelle de 1982. C'est notamment par l'oblitération des droits collectifs des

²⁵⁷ Kymlicka, Will, *Les théories de la justice*, p. 11.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 11.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 10.

« minorités nationales »²⁶⁰ du pays que cette réforme, conçue pour durer mille ans²⁶¹ – et dont les racines, si récentes qu’elles soient, n’en sont pas moins extrêmement fortes et profondes – s’est montrée inférieure à l’idéal de justice qui l’inspirait.

L’une des raisons de cette déficience, soutient Kymlicka, est le déni qu’entretient le Canada anglophone sur les motifs qui se cachent derrière le nationalisme pancanadien qui est le sien. Sans surprise, ces motifs du Canada anglais sont liés à la promotion de ses intérêts propres, majoritaires et, pour cette raison, abusivement assimilés à l’intérêt général. Ils sont aussi liés à sa mainmise sur l’État fédéral largement perçu comme plus à même que les gouvernements provinciaux de promouvoir des politiques nationales conformes à ses intérêts et fondées sur l’égalité des citoyens et l’uniformité de leurs droits et obligations d’un océan à l’autre. Cette conception de l’égalité, soutient Kymlicka, nie les disparités qui sont la marque des sociétés contemporaines et les nécessaires accommodements que ces disparités commandent, particulièrement si ces sociétés, comme le Canada, sont multinationales. « Le fait est », nous dit Kymlicka :

qu’avec le temps les Canadiens anglophones ont acquis à un degré élevé un sentiment qui leur est propre : celui de former une communauté politique à l’échelle du territoire canadien. D’où leur désir d’agir collectivement, et non pas simplement à titre de provinces séparées. Ils veulent délibérer entre eux et prendre des décisions collectives ; ils veulent créer et maintenir des institutions communes. Ils font en cela comme les Québécois : ils veulent agir en tant que nation.²⁶²

Ce que ne dit pas Kymlicka, ici, c’est que cette nation, pour eux, se confond avec le Canada tout entier. À ce titre, elle traite, sur le plan international, d’égal à égal avec les autres nations du globe. Lui demander de renoncer à son emprise sur le Canada pour parler d’égal à égal avec les nations intérieures de ce pays, c’est lui demander de tronquer l’image qu’elle a aujourd’hui d’elle-même, de sa puissance et de son avenir à travers l’État souverain auquel

²⁶⁰ Kymlicka, Will, « Le fédéralisme multinational au Canada : un partenariat à repenser », p. 15.

²⁶¹ Trudeau, Pierre Elliott, « *Pierre Trudeau speaks out on Meech Lake* », p. 20.

²⁶² Kymlicka, Will, *Ibid.*, p. 41.

elle s'identifie et qu'elle contrôle. Cette image, elle l'a conquise de haute lutte depuis les guerres franco-anglaises du dix-huitième siècle à aujourd'hui. Ces luttes ont fait du Canada son pays. La réforme constitutionnelle de 1982, drapée dans les idéaux de la démocratie libérale et du postnationalisme, est venue consacrer cette victoire historique et sa pérennité. Tout projet de réforme constitutionnelle qui reviendrait sur ces acquis est, de toute évidence, voué à l'échec.

Revenir sur ces acquis, c'est pourtant ce que font les tenants de la trame idéaliste quand, pour sortir le Canada de son borbier constitutionnel, ils se font les promoteurs de la pleine reconnaissance des nations minoritaires dans la constitution du Canada et qu'ils font découler de cette reconnaissance la restructuration du pays en États associés de toutes natures. Kymlicka participe de ce courant de pensée, mais avec une nuance particulière. Si, à l'instar de Guy Laforest, il parle de la fin d'un rêve canadien, ce rêve n'est pas celui d'un Canada binational ou multinational typique du Canada français, mais plutôt celui, plus conforme aux aspirations hégémoniques du Canada anglais, d'un Canada mononational. Ce rêve, comme le rêve national des Canadiens français, n'en finit plus de se heurter à la réalité politique canadienne. Le Canada anglais doit en faire son deuil, nous dit Kymlicka ; il doit prendre acte de ce qu'il y a d'illusoire à vouloir amalgamer en un tout unique – le Canada –, les nations anglo-canadienne, québécoise et autochtone. « Cela, d'ailleurs, n'a jamais été qu'un rêve : un rêve venu de ce que, jadis, les Canadiens anglophones ont ignoré ou sous-estimé – ou les deux à la fois – la présence au Canada de la culture française et de la culture autochtone. »²⁶³

Qu'on ait pu annoncer la fin du rêve canadien du Canada anglais étonne. Il faut se rappeler à cet égard que la réflexion de Will Kymlicka a pour toile de fond immédiate le résultat contesté du référendum québécois de 1995 et la déconfiture présumée non seulement du rêve canadien, dualiste, des fédéralistes québécois, mais aussi du rêve unitaire anglo-

²⁶³ *Ibid.*, p. 43.

canadien. Pour le Canada anglais, c'est la thèse de Will Kymlicka en 1998, le temps est venu de repenser son partenariat avec les autres nations du Canada : le Canada anglais doit désormais s'assumer comme nation à l'intérieur d'un Canada multinational dans sa composition et son fonctionnement. « Il nous faut », dit-il, « définir un nouveau fédéralisme, qui soit multinational et asymétrique. »²⁶⁴ Cette réorganisation doit permettre, d'un côté, au Canada anglais d'édifier pour lui-même l'État unitaire dont il rêve, mais qui se bute toujours à l'obstination du Québec de s'en affranchir et, d'un autre côté, au Québec de jouir de cette marge d'autonomie dont il a besoin pour affirmer pleinement sa singularité comme société francophone en Amérique du Nord.

Selon cette perspective, la réforme constitutionnelle de 1982 a fait fausse route. Il faut reprendre l'exercice de Trudeau à l'envers et, plutôt que de tout ramener sous le dénominateur commun de l'État fédéral et de la *Charte des droits et libertés*, qui sont dans les faits les instruments de promotion des intérêts de la majorité anglo-canadienne et les instruments de son nationalisme pancanadien, il faut plutôt inviter les partenaires fédératifs – à commencer par le Canada anglais plus réfractaire à cette idée – à prendre conscience de leur identité propre et, dans le même mouvement, de celle des autres nations du Canada et de la nécessité d'en tenir compte dans la refondation du pays.

Il faut, par conséquent, convaincre les Canadiens anglophones que la fédération revue selon le modèle multinational serait juste, prospère et digne de leur loyauté. Je crois l'entreprise possible, si nous arrivons à établir deux choses. Il faut, premièrement, prouver aux anglophones qu'ils ont eux-mêmes des intérêts communs en tant que collectivité linguistique; des intérêts assez semblables à ceux que les francophones et les Autochtones ont dans le maintien de leur langue et de leur culture respective. Et il faut, en second lieu, montrer que le fédéralisme multinational permet l'expression la plus complète et la plus équitable de ces intérêts.²⁶⁵

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 46.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 32.

Il est difficile aujourd'hui de suivre Kymlicka, un penseur pourtant subtil et intéressé aux enjeux de la plus haute abstraction, mais aussi conscient des réalités politiques concrètes dans lesquelles s'ancrent ces enjeux, sur la voie qu'il trace pour le Canada et le Québec en 1998. Comment en effet croire que ce que la majorité n'est pas parvenue à imposer à la minorité au cours de la longue saga constitutionnelle canadienne – l'idée d'un Canada unitaire –, la minorité, elle, pourrait le faire en sens inverse en convainquant la majorité du bien-fondé de sa vision « multinationale » du Canada ? L'histoire constitutionnelle récente n'est-elle pas, justement, la démonstration de cette incapacité ? Quand Kymlicka affirme qu'il faut convaincre les Canadiens anglophones de changer leur vision du Canada, cela ne revient-il pas à les convaincre de la place plus petite qui devrait être la leur au Canada et que cette diminution de leur importance, comble des paradoxes, joue à leur avantage ?

Kymlicka d'ailleurs ne précise pas qui devrait se charger de ce travail, se contentant d'avancer qu'« il faut convaincre les Canadiens ». Cette tâche revient-elle aux minorités nationales, en quête de reconnaissance et dont les intérêts sont concurrents à ceux de la majorité ? Aux leaders politiques ? Aux milieux académiques, auxquels appartient Kymlicka, et qui apparaissent plus à même d'énoncer un point de vue désintéressé sur ces questions ? Certes, on aurait pu s'attendre à cet égard que l'adoption en 2006 par la Chambre des communes d'une motion reconnaissant que les « Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni »²⁶⁶ soit l'amorce d'un processus de réflexion sur l'identité et le statut des communautés nationales formant le Canada, au premier chef desquels le Canada anglais. Tel ne fut pas le cas : après un court moment d'exaltation au Québec et quelques grognements d'usage dans le reste du Canada, le silence est retombé sur cette question. La motion, évoquée quelquefois dans le débat public, est à toutes fins pratiques restée sans effets politiques, juridiques ou constitutionnels. Elle a, dit-on, une valeur symbolique.

²⁶⁶ 39^e Législature, 1^{re} Session - Jour de séance n° 87 - 27 novembre 2006
Affaires émanant du gouvernement n° 11 (Nation de Québécoises et Québécois au sein d'un Canada uni)

Une chose est certaine : malgré toute la notoriété de Kymlicka, le plan qu'il esquisse pour sortir le Canada de l'impasse constitutionnelle où le pays s'est enlisé est resté sur la planche à dessin. À sa décharge, rappelons que près de 15 ans se sont écoulés depuis la publication de « Le fédéralisme multinational au Canada : un partenariat à repenser ». L'hypothèse à l'effet que le projet unificateur de Trudeau ait échoué pouvait encore être crédible à ce moment-là. Cette hypothèse devient de plus en plus difficile à soutenir en cette deuxième décennie du 21^e siècle, si l'on considère qu'aucune modification sérieuse n'a remis en question en quelque 30 ans les choix fondamentaux exprimés par la *Loi constitutionnelle de 1982* et, en autant qu'on puisse en juger, qu'aucune ne se prépare.

En fait, la réforme de 1982 est longtemps apparue au sein de la littérature politologique canadienne francophone et anglophone comme une œuvre inachevée, imparfaite et de transition – le refus du Québec d'y souscrire faisant foi de son caractère bâclé et nécessairement temporaire. C'est cette évaluation qui a donné sa légitimité aux dernières grandes entreprises constitutionnelles des années 1990 que furent Meech et Charlottetown malgré les protestations de Trudeau. L'histoire ayant pris le virage que l'on connaît, la réforme constitutionnelle de 1982 apparaît aujourd'hui, le temps passant et malgré les coups de butoirs répétés dont elle a été l'objet, comme une donnée politique pour l'essentiel légitime aux yeux des Canadiens, effective et pérenne, pour le meilleur et pour le pire.

Si une leçon se dégage de ce constat, c'est bien que le rêve unitaire du Canada anglais évoqué par Kymlicka, institutionnalisé dans la réforme constitutionnelle de 1982, n'est pas mort, qu'il n'a pas échoué et qu'il semble bien là, comme la constitution dans lequel il s'incarne, pour durer mille ans : les nations intérieures que ce rêve subordonne désormais à la méta nation canadienne n'ont d'autres choix, dans ce contexte, que de se mouler à l'espace constitutionnel qu'il leur dessine ou de risquer le tout pour le tout en se rebellant. La rébellion démocratique contre l'ordre constitutionnel canadien est l'option défendue par les

souverainistes québécois. Cette avenue a été explorée à deux reprises, en 1980 et en 1995, et a débouché sur une impasse. C'est plutôt le premier choix – reconnaître *de facto* sinon *de jure* l'ordre constitutionnel de 1982, fut-ce en regimbant ou en se leurrant sur la capacité de le changer en attendant les conditions gagnantes ou invoquant que le fruit n'est pas mûr – qui, dans les faits et pour l'avenir prévisible, semble désormais rallier la vaste majorité des Québécois et, *a fortiori*, les Premières nations du Canada.

Démocratie multilogique et changement constitutionnel

Plus encore que les travaux de Kymlicka ou de McRoberts, ceux de James Tully, tributaires de la philosophie de la reconnaissance de Charles Taylor et des conceptions habermassiennes de la démocratie et de la communication, illustrent de manière distinctive le regard idéaliste dans la littérature politologique anglo-canadienne. Tully est l'auteur de *Strange Multiplicity : Constitutionnalism in an Age of Diversity*²⁶⁷, un ouvrage touffu et singulier, paru en 1995, et dans lequel il soutient que les demandes de reconnaissance culturelle et leur conciliation à l'intérieur d'un ordre constitutionnel nouveau représentent l'un des enjeux majeurs du 21^e siècle. « Une constitution moderne peut-elle reconnaître la diversité culturelle et lui faire une place ? »²⁶⁸, demande Tully, qui répond par l'affirmative à cette question dans le cadre de son ouvrage.

Tully qualifie de « postimpérial » l'ordre constitutionnel nouveau de l'âge de la diversité culturelle. Ce nouveau constitutionnalisme s'inscrit dans le prolongement historique de son devancier, le constitutionalisme moderne, hérité de Hobbes et des penseurs libéraux, et qui s'est montré inapte à prendre en compte la diversité des cultures. Le constitutionnalisme moderne est à la fois le produit d'un affranchissement des impérialismes anciens (celui de l'Église catholique romaine, notamment) et le générateur d'un nouvel impérialisme

²⁶⁷ L'ouvrage a été traduit en français et est paru en 1999 sous le titre : *Une étrange multiplicité : Le Constitutionnalisme à une époque de diversité*.

²⁶⁸ Tully, James, *Une étrange multiplicité : Le Constitutionnalisme à une époque de diversité*, p. 1.

occidental. Il « s'est développé durant les quatre derniers siècles autour de deux formes principales de reconnaissance : l'égalité des États-nations indépendantes et autonomes et l'égalité des citoyens individuels. »²⁶⁹ Il procède du haut vers le bas, dans le cadre d'une démarche impériale, eurocentrique, autoritaire et monologique. Par sa prétention à l'universalité et à l'uniformité, le constitutionalisme moderne conjure l'énonciation nécessaire d'une politique de la reconnaissance culturelle.

Le constitutionalisme postimpérial doit prendre la relève du constitutionnalisme moderne, c'est le message de Tully dans *Une étrange multiplicité*. Comme celui-ci, le constitutionnalisme postimpérial fonctionne à partir d'une vision contractuelle du vivre ensemble. Il se démarque toutefois de son prédécesseur par un renversement de perspectives, soit la valorisation de la diversité culturelle qui ne doit plus être perçue comme une source de division et d'affrontement, mais comme un bien en soi et une part inaliénable de toute identité. Cette reconnaissance de la diversité répond à une demande de justice ; elle passe par la négociation et se fait sur le mode de la délibération. Dans le constitutionnalisme postimpérial, les citoyens négocient leur « être ensemble » sous forme d'accords, toujours transitoires parce qu'une constitution négociée par ceux qu'elle gouverne, nous dit Tully, s'approche davantage « 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. »²⁷⁰ Grâce à ce « multilogue »²⁷¹, se conjuguent deux biens publics, soit « la liberté critique de mettre en doute, en pensée, et de défier, en pratique, les habitudes culturelles héritées de

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 14.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 25.

²⁷¹ Ces discussions continues sont en fait des « multilogues », une notion empruntée à John Rawls nous dit Tully, « car y prend part une multiplicité d'acteurs parlant et agissant du point de vue d'identités irréductibles les unes aux autres. Qui plus est, ces multilogues s'incarnent dans une pluralité de cadres rhétoriques : délibération, négociation, persuasion, quête d'information, enquête et éristique. » (Tully, James, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », p. 12.)

chacun ; et, d'autre part, le désir d'appartenir à une culture et à un lieu, et de se sentir ainsi chez soi dans le monde. »²⁷²

Tully invite à s'ouvrir à l'esprit du nouveau constitutionnalisme. « Si cette vision du constitutionnalisme venait à être acceptée », de conclure Tully, « les conflits prétendument irréductibles de notre époque ne devraient pas constituer l'histoire tragique de notre avenir. »²⁷³

C'est fort de cette philosophie de la constitution et du vivre ensemble que Tully entreprend de relire le *Renvoi de la Cour suprême relatif à la sécession du Québec*²⁷⁴ et d'en explorer la portée constitutionnelle à la lumière des principes du constitutionnalisme postimpérial : compte tenu de ce qu'en dit la Cour suprême dans son renvoi, la constitution du Canada est-elle une camisole de force qui empiète sur les droits démocratiques des nations internes qui composent le Canada, comme le prétendent des institutionnalistes à la Alan C. Cairns pour qui « *constitutional reform, therefore, has become a god that failed* »²⁷⁵ ou, au contraire, est-elle ce labour créatif toujours recommencé entre partenaires égaux, de bonne foi, et à travers lequel, justement, la démocratie s'exerce et se construit ?

Tully entreprend de répondre à cette question dans deux textes publiés coup sur coup, l'un en 1999 et l'autre en 2000, le premier intitulé « Liberté et dévoilement dans les sociétés démocratiques » et le second « *The Unattained Yet Attainable Democracy* »

Dans le premier texte, la lecture du *Renvoi de la Cour suprême relatif à la sécession du Québec* amène Tully à porter un jugement sévère sur le sort réservé au Québec et aux nations autochtones à l'intérieur de l'ordre constitutionnel canadien. Selon Tully :

Un membre qui cherche à se voir reconnaître en tant que nation (dans une forme elle-même ouverte à la contestation) est libre dans la mesure où les possibilités de discussions, négociations et amendements ne sont pas bloquées, en pratique, par des contraintes

²⁷² *Ibid.*, p. 197.

²⁷³ *Ibid.*, p. 206.

²⁷⁴ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [20 août 1998] 2 R.C.S. 217.

²⁷⁵ Cairns, Alan C., « Constitutional Change : The God That Failed », p. 48.

arbitraires. La Constitution d'une société où sévit un pareil blocage doit être considérée comme une camisole de force ou comme une structure de domination.²⁷⁶

De cette considération de principe, Tully conclut que le Québec et les nations autochtones sont privés de leur droit à l'autodétermination interne, c'est-à-dire de la « possibilité d'instaurer des demandes de changements constitutionnels » et que ce droit ne peut être restauré qu'à la condition de modifier la procédure de modification de la Constitution qui « rend impossibles des négociations constitutionnelles équitables. »

S'il existe un espoir de contourner cette impasse, de soutenir Tully dans « Liberté et dévoilement dans les sociétés démocratiques », il réside dans la possibilité envisagée par la Cour suprême de transcender la lettre de la constitution – et *a fortiori* la Partie V sur la procédure de modification de la constitution – pour plutôt assujettir les négociations entourant une éventuelle sécession du Québec aux quatre principes directeurs qui sous-tendent l'ordre constitutionnel canadien : « le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités »²⁷⁷ Ces principes, de soutenir la Cour, sont l'aulne à laquelle doit se mesurer la constitutionnalité d'une éventuelle sécession du Québec du reste du Canada.

C'est cet aspect du *Renvoi* que Tully entreprend d'explorer plus en détail dans son second article, « *The Unattained Yet Attainable Democracy* ». L'exercice semble avoir été salutaire puisque l'auteur met résolument ses réserves initiales en sourdine pour plutôt célébrer la portée révolutionnaire de la décision de la Cour qui, nous dit-il d'entrée de jeu²⁷⁸, réoriente notre compréhension de la démocratie canadienne et de notre comportement de citoyen en son sein.

Pourquoi révolutionnaire ? Parce que, nous dit Tully, la Cour nous engage dans le *Renvoi* à concevoir la démocratie constitutionnelle canadienne comme un système de règles et

²⁷⁶ Tully, James, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », p. 17.

²⁷⁷ Cour Suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 32.

²⁷⁸ Tully, James, « *The Unattained Yet Attainable Democracy* », p. 3.

de principes visant à réconcilier la tension caractéristique de l'expérience politique postimpériale entre diversité et unité. Cette réconciliation se fait à travers un processus continu de délibération, de négociation et de changement. Tully parle à ce propos de démocratie axée sur le processus (*activity-oriented democracy*)²⁷⁹, concept qu'il associe au constitutionnalisme postimpérial et auquel il oppose le concept désuet de démocratie axée sur le résultat (*end-state orientated democracy*)²⁸⁰.

La démocratie axée sur le processus met l'accent sur la démarche, la flexibilité et la liberté délibérative des citoyens ; elle accepte que l'idéal de justice soit toujours incertain et approximatif : plus que la destination, c'est la qualité éthique des rapports entre les voyageurs qui compte et qui garantit que les résultats seront à l'avenant. La seconde, la démocratie axée sur le résultat, est un vecteur de rigidité. Elle tend à négliger la qualité éthique du processus pour plutôt mettre l'accent sur le produit final, quitte à créer des gagnants et des perdants en cours de route si c'est le prix à payer pour préserver l'intégrité du résultat recherché.

La démocratie axée sur le processus, celle que décrivait Tully en 1995 dans *Une étrange multiplicité*, est bien celle que, à son avis, la Cour suprême préconise dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et qui lui permet d'affirmer que « la constitution n'est pas un carcan »²⁸¹ mais bien plutôt un processus. Un tel modèle de fonctionnement, fondé sur la reconnaissance mutuelle, le respect, la bonne foi et la liberté d'expression, porte nécessairement en lui les germes de la réconciliation entre les partenaires confédératifs. De ce point de vue, la Cour suprême – et Tully avec elle – rejette résolument l'ensemble des arguments à l'effet que la *Loi constitutionnelle de 1982* soit un carcan pour les partenaires fédératifs, au premier chef desquels le Québec.

Tully, qui reprend la logique de la Cour suprême à cet effet, fonde sa démonstration sur trois arguments principaux. Un premier argument concerne la *Charte canadienne des*

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

²⁸¹ Cour Suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 150.

droits et libertés, à qui ses détracteurs reprochent de soustraire les droits du champ du politique en les constitutionnalisant et en les hissant, par ce moyen, au-dessus du débat démocratique. La *Charte*, constitutionnalisée, empièterait donc sur la liberté démocratique des citoyens. Tully conteste ce point de vue, arguant bien au contraire avec la Cour que la *Charte* « *is not 'trump' . It is open to amendment through processes guaranteed by the Constitution (...).* »²⁸² même si, dans les faits, la fonctionnalité de ces processus de modification « *guaranteed by the Constitution* » est, comme nous l'avons vu, hautement problématique.

Un deuxième argument concerne, justement, la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* relative à la procédure de modification formelle de la constitution. Il vise ceux qui en dénoncent le caractère dysfonctionnel. Si tel était le cas, ces dispositions ne constitueraient pas vraiment un carcan parce qu'elles peuvent être modifiées et que, de toute façon, nous dit Tully, ce ne sont pas elles, mais bien les quatre principes constitutionnels non-écrits sous-jacents à la Constitution, identifiés par la Cour, qui guideraient les délibérations entre le Québec et le Canada advenant que le Québec, ou tout autre province, choisisse de faire sécession.

Quand Tully affirme que la procédure de modification peut être modifiée si les partenaires confédératifs le souhaitent, il oublie de préciser que, conformément à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout changement à cette procédure exige l'unanimité des provinces et du fédéral, une condition pratiquement impossible à réaliser, Meech en fait foi, et qui n'était pas requise, en 1982, pour l'adoption de la procédure en question. Depuis lors, c'est l'impasse, et tout invite à penser, quoi qu'en disent Tully et la Cour suprême²⁸³, que de nouvelles discussions constitutionnelles menées en vertu des règles constitutionnalisées en 1982 aboutiraient aujourd'hui au même résultat.

²⁸² Tully, James, « The Unattained Yet Attainable Democracy », p. 26.

²⁸³ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 150.

Tully glisse par ailleurs rapidement dans son argumentation sur l’ambivalence – faudrait-il parler d’incohérence ? – de la Cour suprême concernant les règles d’amendement de la constitution advenant la sécession d’une province. La Cour ici semble dire une chose et son contraire sur cette question dans son *Renvoi*, comme le notaient déjà, en 1999, Claude Ryan²⁸⁴, Alan C. Cairns²⁸⁵ et Donna Greschner²⁸⁶ et François Rocher et Nadia Verrelli²⁸⁷, pour ne citer que quelques analystes.

D’une part, la Cour affirme dans le *Renvoi* que « La sécession d’une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution »²⁸⁸. Ni le nombre, ni l’ampleur, ni le fait qu’ils puissent avoir une incidence internationale à ces changements ne leur retire leur caractère « de modification de la Constitution du Canada. »²⁸⁹ En d’autres termes, tout projet de sécession passe par la procédure de modification de la Constitution, dont il est un cas de figure, conformément aux dispositions énoncées à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

D’autre part, la Cour semble se rendre à l’argument que la sécession d’une province est un cas de figure de changement constitutionnel exceptionnel et non prévu par la constitution et, qu’en conséquence, un tel cas de figure exige un traitement inusité irréductible aux règles de la Partie V de la *Loi de 1982*. Par delà la lettre de la *Loi de 1982*, il y a l’esprit qui l’anime et que la Cour s’est attachée à rendre sous la forme des quatre principes directeurs déjà évoqués – le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités.

Selon la Cour, ces principes doivent prendre le relais de la Partie V advenant que les conditions préalables à une demande de sécession par une province aient été remplies. Ces

²⁸⁴ Ryan, Claude, « What if Quebecers Voted Clearly for Secession? », p. 149-152.

²⁸⁵ Cairns, Alan C., « The Constitutional Obligation to Negotiate », p. 143-148.

²⁸⁶ Greschner, Donna, « Goodbye to the Amending Formulas? », p. 153-158.

²⁸⁷ Rocher, François et Nadia Verrelli, « Questioning Constitutional Democracy in Canada », p. 281-288.

²⁸⁸ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 84.

²⁸⁹ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 84.

conditions incluent une réponse claire à une question claire dans le cadre d'une consultation populaire et engendrent, selon la Cour, l'obligation pour les autres provinces et le gouvernement fédéral de négocier de bonne foi avec la province sécessionniste.

Pour la constitutionnaliste Donna Greschner, « *The Court is clear that the duty to negotiate in a manner consistent with the principles is a legal obligation.* » Greschner ajoute ensuite :

*The Court's message to political actors is that the written rules, and the rights of parties that flow from the rules, are not as important as underlying constitutional principles. The application of principles softens the existing amending rules, and thus fulfils their raison d'être of facilitating change.*²⁹⁰

En d'autres termes, les pouvoirs politiques et judiciaires peuvent, en certaines circonstances et selon des modalités non entièrement élucidées par le *Renvoi*, invoquer les principes constitutionnels non écrits de la Constitution pour se soustraire aux prescriptions explicites de la Constitution.

Partant de ce principe, la Cour, mettant la Partie V de côté, entreprend d'ébaucher la structure politique devant présider aux éventuelles négociations entre la province sécessionniste et le reste du Canada, qu'elle identifie à deux majorités légitimes et égales, l'une formée par la population de la province sécessionniste, l'autre par la population du reste du Canada sommairement ramenée à une seule entité politique. Pour Alan C. Cairns²⁹¹, cette portion du *Renvoi* est à tout le moins incomplète dans sa forme actuelle parce qu'elle minimise grossièrement les difficultés qui attendraient le Canada charcuté d'une province, particulièrement si cette province est aussi importante que le Québec, dans le contexte d'un processus de sécession. La Cour – et James Tully avec elle – réduit la recomposition du champ politique en deux interlocuteurs égaux à une question de volonté. En fait, plus que de volonté, nous dit Cairns, c'est de capacité dont il faudrait parler en de telles circonstances, nul ne pouvant prédire comment le détachement du Québec du Canada affecterait les rapports des

²⁹⁰ Greschner, Donna, *Googbye to the Amending Formulas?* », p. 155-156.

²⁹¹ Cairns, Alan C., « The Constitutional Obligation to Negotiate », p. 143-148.

autres provinces entre elles, avec le gouvernement fédéral et du gouvernement fédéral envers les provinces restantes et le Québec : cette situation, tout à fait inédite, se prête à toutes les spéculations. Il n'est pas certain par ailleurs que le Québec parviendrait si facilement à parler d'une seule voix au lendemain d'un référendum gagnant, comme le souligne par ailleurs fort justement Stéphane Dion²⁹². Une chose est certaine : le défi sera de taille pour les leaders politiques du Canada et du Québec surtout si, pour trouver leur voie dans ce chaos, ils n'ont que quatre principes directeurs pour déterminer la marche à suivre et convaincre leur électorat respectif que cette démarche, qui place le Canada et le Québec sur le même pied, est la bonne.

Enfin, Tully s'illusionne s'il croit que le nouvel espace politique créé par un vote sécessionniste légitime en est un de reconnaissance mutuelle spontanée, d'équité et de raison, tous sentiments encadrés par les principes constitutionnels non écrits qui auraient, désormais, priorité sur la procédure formelle de modification. En d'autres termes, une fois la Partie V mise de côté, le débat change de registre et passe du juridique au politique, sans arbitrage extérieur possible. Selon la Cour, « Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification. »²⁹³

Ce dernier argument de la Cour qui, en cas d'impasse, avance que les protagonistes à la table de négociation n'auraient d'autre choix que de se rabattre sur la procédure formelle de modification de la Constitution, irrite tout particulièrement Claude Ryan :

*Does this mean that an amending formula that was not conceived to deal with a case of secession and was never accepted by Quebec must be the ultimate legal instrument for the adoption or the rejection of a decision authorizing the secession of Quebec ? Quebec, if negotiations were to abort or if a veto were to block a settlement negotiated in good faith, would have no other option but to either renounce its project of sovereignty or pursue it by extra-constitutional means.*²⁹⁴

²⁹² Dion, Stéphane, « Alan C. Cairns on Canadians' Right to Their Country », p. 181-189.

²⁹³ Cour Suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, section 99.

²⁹⁴ Ryan, Claude, « What if Quebecers Voted Clearly for Secession? », p. 151.

Dans le scénario de négociation postréférendaire qu'élaborent la Cour et Tully, on le voit, les dés constitutionnels apparaissent irrémédiablement pipés contre la province qui prétendrait faire sécession. Il est en effet évident que, par-delà les professions de bonne foi et de reconnaissance réciproque des partenaires, les règles du jeu sont telles et leur issue si prévisible qu'il serait téméraire pour la province sécessionniste de vouloir s'y soumettre en espérant en sortir gagnante.

*While bound in a very general way by the broad principles defined by the Court, the federal government, if negotiations with Quebec around secession became necessary, would control most of the major cards that might affect the outcome of the negotiations — in particular, a larger population, the inherent rigidities of the Constitution, superior force and a stronger bargaining position in the international arena. In the event of a winning referendum, Quebec might well win a battle of principles but lose the decision. The foreseeable price on both sides would be sour rancour, increased suspicion and continued instability.*²⁹⁵

Le scénario de la Cour n'a pas que des incidences postréférendaire. Dans les faits, il revient à soumettre la légalité de l'ensemble de la démarche de la province sécessionniste à l'aval des autres partenaires fédératifs, y compris le gouvernement fédéral. Il a ainsi ouvert la voie à la *La loi sur la clarté*, adoptée par le gouvernement Chrétien en 2000, et dont Claude Ryan²⁹⁶ lui-même estimait qu'elle revenait à mettre la démocratie québécoise en tutelle et, donc, ajoutons-nous, à confisquer le droit du Québec à l'autodétermination.

Ces considérations permettent d'envisager sous un éclairage particulier la troisième série d'arguments qui, selon Tully, visent à assimiler la *Loi constitutionnelle de 1982* à un carcan pour le Québec. Ces arguments concernent le droit du Québec à l'autodétermination.

Pour Tully, la thèse voulant que l'autodétermination du Québec soit inconciliable avec l'unité du Canada est pleinement réfutée par la Cour suprême dans son renvoi. Il nous rappelle, marchant sur les brisées de la Cour, que le Québec a au sein du Canada « *the powers of political, economic, social and cultural development associated with the right to self-*

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 152.

²⁹⁶ Ryan, Claude, « Réponse à James Tully. Le défi canadien : faire droit à deux visions différentes du pays. », p. 7.

determination » et que son « *distinct character as a diverse people, or peoples, is recognised by the Court in the fundamental principles and procedures of the constitution.* »²⁹⁷ Le Québec a le droit d'initier des changements constitutionnels, nous rappelle Tully, comme il a la prérogative d'enclencher un processus visant à lui permettre de faire sécession au Canada, toutes libertés qui consacrent son droit à l'autodétermination : « *Far from a straight jacket, the Court is saying that under the constitution as it is presented in this Reference, Quebec is treated as if it is a people with the full right to self-determination.* », de conclure un Tully pleinement satisfait des arguments de la Cour.

Toutes ces prérogatives, dont la somme représenterait le plein droit à l'autodétermination du Québec sous la Constitution du Canada, apparaissent pourtant de peu de conséquences dans l'hypothèse d'un vote en faveur de la sécession du Québec. Comme le notent fort justement François Rocher et Nadia Verrelli, « *Political reality requires that the general principles translate into a real capacity for change* »²⁹⁸. Voilà où le bât blesse. Tout indique, quelles que soient les prétentions de Tully et de la Cour suprême à cet égard, que la traduction des principes en véritable pouvoir de changement ne soit pas au rendez-vous. C'est en tout cas la conclusion à laquelle on en arrive quand on examine le maigre potentiel de changement ouvert par la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, même suppléée par les quatre principes constitutionnels non écrits mis au jour par la Cour dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et célébrés par Tully.

Tully termine « *The Unattained Yet Attainable Democracy* » en se demandant si la troisième voie qu'il trace entre le *statu quo* constitutionnel et la rupture par voie de sécession a quelque chance un jour de s'imposer. « *Whether or not such an (sic) reconciliatory ethos of constitutional democracy will ever be attained, our highest Court has shown us that it is at*

²⁹⁷ Tully, James, « *The Unattained Yet Attainable Democracy* », p. 31.

²⁹⁸ Rocher, François et Nadia Verrelli, « Questionning Constitutional Democracy in Canada : From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act », p. 284.

least attainable. »²⁹⁹ Malgré tous les efforts investis pour Tully pour nous en convaincre – et même en prenant la Cour suprême à témoin de la fécondité de sa conception du constitutionnalisme délibératif – il faut bien l’admettre, cela reste à voir.

Conclusion

La lecture attentive des auteurs que nous avons regroupés sous le parapluie de la trame idéaliste autorise un certain nombre de considérations générales permettant de mieux saisir les motifs de la trame elle-même et, à travers elle, la spécificité des auteurs qui l’illustrent. La tradition idéaliste à laquelle je me suis intéressé dans ce chapitre concerne essentiellement un certain regard porté par la communauté politologique canadienne sur la volonté et la capacité de modifier la constitution compte tenu des obstacles politiques et juridiques auxquels ne peut que se heurter un tel projet, depuis 1982.

Si un trait caractérise la trame explicative idéaliste, c’est bien sa préoccupation normative. Cette préoccupation surpasse chez les auteurs idéalistes les questions techniques ou matérielles jugées accessoires aux enjeux de fond en même temps qu’elle les amène à se faire les défenseurs convaincus d’un projet de refondation du Canada. Qu’ils soient francophones ou anglophones, nationalistes québécois ou canadiens, optimistes ou pessimistes, les idéalistes partagent généralement une même philosophie libérale et contractualiste inspirée, en proportion variées, des travaux de Charles Taylor, John Rawls et de Jürgen Habermas. On retrouve au centre de leur réflexion les notions d’identité, de diversité envisagée sous l’angle du caractère bi/multinational du Canada, de reconnaissance, de démocratie délibérative, de fédéralisme. Ce qui les intéresse, ce sont les grands principes directeurs de cette refondation, les valeurs qui l’animent, et leur inscription dans la constitution et les institutions canadiennes ou dans celles d’éventuels États associés.

²⁹⁹ Tully, James, « The Unattained Yet Attainable Democracy », p. 32.

Il y a chez les idéalistes une quête du bien commun et un désir de réingénierie de la cité pour la rendre davantage conforme à l'idéal qu'ils en proposent. Le « principe Espérance », qu'Ernst Bloch associait à la catégorie de l'utopie et à cette irrépressible volonté de « dépassement de la marche naturelle des événements »³⁰⁰ qu'alimente l'espoir d'un monde meilleur, les anime. Dans tous les cas de figure, ils constatent des dissonances profondes au sein de la société canadienne et en appellent à une rupture quelconque, plus ou moins radicale, d'avec l'ordre constitutionnel établi : tantôt, surtout chez les penseurs québécois, il s'agit de donner au peuple québécois les moyens d'assumer pleinement son statut de nation, soit à l'intérieur du cadre fédéral, soit à l'extérieur par l'intermédiaire d'un processus démocratique d'accession à la souveraineté ; tantôt, surtout au Canada anglais, il s'agit d'accommoder le Québec et les nations autochtones à l'intérieur du cadre fédéral en faisant en sorte que le caractère multinational du Canada et la diversité de ses populations soient pleinement reconnus et exprimés dans sa constitution et ses institutions.

Les idéalistes font consensus sur un point : ils estiment unanimement que le vice de structure du Canada, celui qu'il s'agit prioritairement de corriger, est cet écart pathogène entre un Canada de surface, mononational par sa constitution, ses institutions et son fonctionnement, malgré sa structure fédérale, et un Canada profond, multinational par sa composition. Toute l'entreprise consiste donc à reconfigurer le Canada de surface pour le rendre conforme au Canada profond, présumé être la vérité du Canada, et annuler du même coup l'écart perturbateur entre le niveau de surface et le niveau profond.

Ces projets, qu'ils aient le Québec ou le Canada ou les peuples autochtones comme points de mire, supposent une prise de distance majeure d'avec l'ordre constitutionnel actuel. Selon toute évidence – et sachant ce que nous savons sur la capacité et la volonté des Canadiens de modifier formellement leur constitution depuis 1982 –, une telle

³⁰⁰ Bloch, Ernst, *Le Principe Espérance*, p. 20.

reconfiguration, même modeste, comme la réforme du Sénat convoitée par l'Alberta, est condamnée à rester lettre morte, ou à se limiter à des modifications à la marge, comme l'évoque la trame réformiste, ou à des modifications par à-coups et pas nécessairement en phase avec la volonté populaire en vertu du pouvoir constituant des tribunaux, comme le laisse entrevoir la trame organiciste. De ce point de vue, l'idée d'une refonte rationnelle, délibérée et formelle de l'ordre constitutionnel canadien pour le rendre conforme au caractère multinational du pays, tout comme celle de la rupture de ce même ordre par des voies démocratiques et constitutionnelles adossées à une consultation populaire gagnante, comme le proposent les souverainistes québécois, apparaissent hautement improbables et de moins en moins plausibles.

Les idéalistes que nous avons interrogés dans ce chapitre sont les témoins d'une époque et d'un cycle politologique en train de se refermer. L'idée d'un Canada multinational et contractualiste, comme celle des deux peuples fondateurs avant elle, est en train de passer au musée des objets politologiques désuets : la littérature politologique canadienne des trente dernières années, particulièrement de langue française, est jonchée de scénarios de réforme sans lendemain – les projets d'États associés, de société distincte, de fédéralisme asymétrique ou partenarial, etc. – et destinés à le rester à mesure que le temps passe et que l'impulsion donnée par la réforme constitutionnelle de 1982, son souci de symétrie et sa visée nationalitaire, se consolide et façonne dans son mouvement la culture politique canadienne du vingt-et-unième siècle.

Si on assiste au dépassement d'une certaine trame idéaliste, une autre est certainement en train de prendre forme pour mieux se mouler au nouveau rêve canadien. Ce nouveau rêve inclut le Québec qui lui, ces jours-ci, rêve de moins en moins. Mais le possible et le probable ne sont jamais inéluctables ; ils sont toujours critiquables au nom du désirable et du juste, au nom du principe Espérance en somme : c'est ce à quoi s'affairent à toutes époques les auteurs

idéalistes quand, par la critique et une certaine passion de l'avenir, ils repoussent les limites de notre imaginaire politique aussi loin que la pensée raisonnable le permet.

CONCLUSION

Comment la littérature politologique canadienne rend-elle compte de la condition constitutionnelle des Canadiens au lendemain de la réforme constitutionnelle de 1982 ?, telle est la question initiale qui a donné le coup d'envoi à cette recherche. J'ai essayé d'y répondre en repérant dans la masse touffue du discours politologique sur cette question, un grand paradigme, que j'ai appelé le paradigme contractualiste, et dont j'ai décliné les cas de figures en quatre trames explicatives : ces trames sont en quelque sorte l'expression d'un certain regard posé par la communauté politologique sur la réforme de 1982 et ses conséquences.

La première de ces trames, la trame institutionnaliste, trace un tableau plutôt sombre de la condition constitutionnelle des Canadiens. Elle constate et déplore le déficit démocratique induit par la *Loi constitutionnelle de 1982* et son échec à donner aux Canadiens la pleine maîtrise d'œuvre leur avenir constitutionnel.

La deuxième trame, la trame réformiste, prend le relais des analyses institutionnalistes. Les réformistes s'intéressent aux moyens par lesquels le déficit démocratique et l'immobilisme constitutionnel engendrés par la réforme constitutionnelle de 1982 peuvent être surmontés sans modifier formellement la constitution dont ils reconnaissent le grippage. Ils parlent à ce propos de micro politique constitutionnelle, qu'ils jugent seule appropriée à la condition constitutionnelle présente des Canadiens, et qu'ils opposent à la macro politique caractéristique des grands débats constitutionnels de la seconde moitié du vingtième siècle. Les réformistes, comme les institutionnalistes, constatent une certaine faillite de la volonté politique, telle qu'elle s'incarne dans l'État, les figures publiques et les partis politiques,

comme agents de changement de la constitution, mais ils continuent de s'en remettre à ces mêmes acteurs pour faire évoluer le Canada à l'intérieur du périmètre constitutionnel formel légué par la réforme de 1982.

Les tenants de la troisième trame, la trame organiciste, tendent à minimiser le rôle des « agents » politiques traditionnels et celui de la procédure formelle de modification de la constitution, jugée peu fonctionnelle voire dysfonctionnelle, pour jeter un regard plus systémique sur toute la question. Les organicistes voient la constitution comme une entité vivante, animée par son dynamisme propre en même temps qu'elle est soumise à des lois évolutives qui la dépassent et la transforment. Ils accordent une place prépondérante au pouvoir juridique et à la métaphore de la constitution comme « arbre vivant capable de grandir et de grossir dans ses limites naturelles »³⁰¹ pour expliquer la vraie nature de la constitution et du devenir constitutionnel. En somme, la trame organiciste fait sauter le loquet de l'enfermement constitutionnel qu'on pouvait attribuer aux lacunes de la *Loi constitutionnelle de 1982* : elle réintroduit la notion de changement constitutionnel non plus conçu comme un acte ponctuel, délibéré et contrôlé, souverainement politique, mais comme une évolution continue et un effort d'ajustement constant de la constitution au caractère changeant de l'environnement dans lequel elle s'inscrit. Cette évolution emporte les Canadiens tout autant qu'elle leur obéit. Si elle implique qu'il y ait changement, elle n'a pas pour corolaire qu'il y ait progrès : le changement constitutionnel, dans la perspective organiciste, correspond à une perpétuelle fuite en avant sous la houlette des tribunaux pour parvenir à un meilleur ajustement de la constitution, réinterprétée par les juges, aux circonstances toujours mouvantes du moment.

La dernière trame, la trame idéaliste, est celle de tous les espoirs et de tous les espoirs déçus. Elle semble s'être principalement élaborée pendant les années 1990, soit ces années où

³⁰¹ Edwards c. P.G. du Canada, (1930) A.C. 134.

la réforme constitutionnelle de 1982 semblait toujours une œuvre à parachever, donc transitoire. Elle procède de la dénégation explicite ou implicite par ses tenants du caractère durable ou irrémédiable de l'impasse constitutionnelle canadienne, dénégation qui laisse le champ libre à l'élaboration de projets de réformes constitutionnelles tantôt fondés sur le principe d'asymétrie, tantôt sur celui du caractère multinational du Canada, tantôt sur le droit à l'autodétermination du Québec. La trame idéaliste n'a que faire de laisser au pouvoir juridique et à son errance éclairée, comme l'évoque la trame organiciste, le soin de faire évoluer la constitution. Comme les institutionnalistes et les réformistes, les idéalistes croient à la volonté politique et à son pouvoir de changer les choses pour le mieux.

Malheureusement, leurs scénarios de réforme, bien intentionnés, ont généralement un faible coefficient de faisabilité parce qu'ils sont le plus souvent fondés sur des positions de principe, qu'ils tendent à négliger la nature des rapports de force entre les acteurs concernés et parce qu'ils font le plus souvent l'impasse sur la condition constitutionnelle réelle des Canadiens et sur la limitation des possibles qu'elle implique. Les idéalistes sous-estiment le poids historique et politique de l'ordre constitutionnel en place ; ils sous-estiment les limites que cet ordre impose à la plasticité effective de la condition constitutionnelle des Canadiens.

Si la première décennie du vingt-et-unième siècle laisse entrevoir une tendance, c'est non pas une radicalisation de la pensée constitutionnelle telle que les trames institutionnalistes, réformistes et idéalistes nous les révèlent, mais plutôt un certain apprivoisement par les Canadiens de ce qu'elles impliquent et un certain épuisement de leur pouvoir explicatif. À cet égard, aucun nouveau scénario constitutionnel d'importance ou innovateur visant à accommoder le Québec et les nations autochtones n'a vu le jour sur la scène politique depuis la Déclaration de Calgary en 1997³⁰² et le Renvoi de la *Cour suprême*

³⁰² La **Déclaration de Calgary** fut un accord entre la plupart des premiers ministres des provinces et territoires du Canada concernant la façon d'aborder de futurs amendements à la constitution du Canada. Elle fut signée à Calgary (Alberta) le 14 septembre 1997 par tous les premiers ministres et chefs de gouvernement provinciaux et

relatif à la sécession du Québec en 1998. Le fédéralisme d'ouverture a pu engendrer quelques espoirs en ce sens au lendemain de l'élection du premier gouvernement Harper en 2006 : force est de reconnaître que les quelques initiatives auxquelles il a donné lieu, au premier chef desquelles la correction incomplète du déséquilibre fiscal et la reconnaissance de la nation québécoise par la Chambre des communes en 2006, n'ont pas eu d'incidences constitutionnelles. Manifestement, le grand paradigme, qui a dominé la scène politique et la littérature politologique canadienne de la seconde moitié du vingtième siècle, qui liait l'avenir bien compris du Canada à une réforme formelle de la constitution et s'appuyait sur la conviction qu'une telle réforme était possible et nécessaire, agonise, tout comme celui, pas si différent au fond, qui liait l'avenir bien compris du Québec à son affranchissement de l'ordre constitutionnel canadien et à l'affirmation de sa souveraineté. La réforme constitutionnelle de 1982 est le point de basculement qui signale la mort en cours du paradigme contractualiste : la constitution, fut-ce pour en sortir, n'est plus désormais ni pour le Canada ni pour le Québec, la voie royale de l'avenir et du progrès.

C'est pourtant à partir de ces paradigmes qui percevaient le Canada et le Québec comme des communautés politiques sous tension et encore à définir par la réforme de la constitution ou la l'accession du Québec à la souveraineté, que les trames explicatives que ce travail a servi à mettre au jour se sont constituées. Il aura fallu un certain temps aux politiciens, aux citoyens et aux politicologues, Meech, Charlottetown et le référendum de 1995 en font foi, pour prendre la pleine mesure du caractère définitif et irrémédiable du changement de paradigme opéré par la réforme constitutionnelle de 1982. Il en faudra encore plus pour discerner la forme que prendra ou prendront le ou les paradigmes de remplacement qui cherchent de manière encore brouillonne à se mettre en place.

territoriaux, à l'exception du premier ministre du Québec, Lucien Bouchard. La déclaration faisait suite à la controverse et la division vécues lors du débat constitutionnel au Canada autour de la patriation de la constitution en 1982 et les échecs subséquents des accords du lac Meech et de Charlottetown. (http://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9claration_de_Calgary)

Il est toujours périlleux de prédire l'avenir à partir d'une analyse de la littérature politologique. Cette précaution oratoire prise, on peut raisonnablement faire l'hypothèse que ce ou ces nouveaux paradigmes seront une quelconque variation à partir de l'ordre constitutionnel de 1982 transformé à la pièce par des voies non constitutionnelles, comme le préconisent déjà les réformistes, ou par le truchement de l'interprétation juridique, selon une perspective organiciste. Le caractère incomplet et inéquitable de la réforme de 1982 est appelé à perdre de son importance à mesure que le poids politique du Québec, la province qui en contestait le plus fermement la légitimité, décroîtra au sein de la fédération. On peut prévoir que le Canada en tirera le sentiment de plus en plus assuré d'être parvenu à un niveau de maturité constitutionnelle équivalent à celui des États-Unis et, comme c'est le cas pour ce pays, peu susceptible de faire l'objet d'une réforme constitutionnelle d'ensemble.

Dans un ouvrage³⁰³ récent dont la visée est largement similaire à celle de la présente recherche bien que le cadre théorique en soit significativement différent, le politologue canadien Patrick James passe en revue cinq trames explicatives, qu'il appelle des théories aux fins de sa propre enquête, et qui lui servent à rendre compte de la pensée constitutionnelle générée par la réforme constitutionnelle de 1982. Après avoir répertorié et analysé les forces centrifuges et centripètes dont l'affrontement met à risque depuis toujours l'intégrité politique du Canada, l'auteur conclut que « the likelihood of de-Confederation in the foreseeable future is very low »³⁰⁴, que « Canada may be headed towards some form of renewal »³⁰⁵ et que « the

³⁰³ James, Patrick, *Constitutional Politics in Canada after the Charter. Liberalism, Communitarianism, and Systemism*, 2010. Patrick James, un tenant de l'approche systémique et de la théorie du choix rationnel, identifie cinq théories ou modèles d'explication qui servent à rendre compte de la problématique constitutionnelle canadienne. Trois de ces théories - « *negative identity, megapolitics theory, and institutional imbalance* » s'inscrivent à l'intérieur du paradigme de la pensée libérale ; deux théories - « *asymmetrical federalism and the citizen's constitution* » - s'inscrivent, selon James, à l'intérieur du paradigme de la pensée communautarienne. (James, Patrick, *Constitutional Politics in Canada after the Charter. Liberalism, Communitarianism, and Systemism*, p. 9) Les « théories » de James et les « trames explicatives » développées dans le cadre de cette recherche se recoupent à plusieurs égards sans coïncider tout à fait.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 139.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 139.

most likely scenario for the future is an incrementally adjusted version of the status quo »³⁰⁶.

Dans les termes de notre recherche, cela signifie que l'avenir constitutionnel du Canada semble passer par un amalgame encore à réaliser des trames réformistes et organicistes avec, comme toile de fond, l'idée que le Canada a atteint sa maturité constitutionnelle et nationale.

Pour James, il reste néanmoins une bonne marge d'indétermination dans la condition constitutionnelle des Canadiens et cette indétermination est, pour lui, la preuve manifeste que les Canadiens détiennent les clés de leur avenir constitutionnel. Ce constat optimiste, teinté de volontarisme, mérite d'être nuancé. Nos analyses tendent plutôt à démontrer que la réforme constitutionnelle de 1982 constitue un point de basculement où forces centripètes et centrifuges ont cessé de s'opposer à armes égales, les premières prenant le pas sur les secondes, définitivement peut-être. Si l'on ajoute l'impossibilité de réformer formellement la constitution constatée par les institutionnalistes à la dominance des forces centripètes, les dés du changement constitutionnel apparaissent définitivement pipés en faveur du *statu quo* et de variations à la marge de l'ordre constitutionnel dont il est l'expression. Or, le *statu quo* n'est pas neutre. D'un point de vue canadien, il est porteur d'espoir quant à la pérennité du Canada, une anticipation que Peter H. Russell ne peut s'empêcher d'évoquer avec une certaine jubilation : « It would surely be a delicious irony – and so Canadian an outcome – if Canadians were at last to constitute themselves a sovereign people through an affirmation of the statu quo »³⁰⁷.

Sans surprise, ce basculement en faveur des forces centripètes et du *statu quo* semble à peu près complété au Canada anglais où la *Loi constitutionnelle de 1982* est rapidement devenue, et de manière incontestée, *the law of the land*. Si un nouveau paradigme se met en place de ce côté, il est résolument nationalitaire, au sens où il est l'expression désormais tenue pour acquise du Canada « one-nation » de Trudeau, et tributaire d'une conception

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 139.

³⁰⁷ Russell, Peter H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, p. 190.

fonctionnaliste du fédéralisme. Ce nouveau paradigme considère la question constitutionnelle comme essentiellement réglée. Si un nuage subsiste à l'horizon, ce n'est plus la question du statut constitutionnel du Québec, mais celle de la réforme du Sénat³⁰⁸ dans le sens d'un sénat élu, égal et efficace (un sénat triple E). Ce projet est loin de faire l'unanimité au sein des provinces. Le gouvernement Harper entend néanmoins le mettre en œuvre, à la pièce, en commençant par le caractère électif du sénat, parce que la rigidité de la constitution ne lui permet pas d'aborder cette réforme lourde de conséquences politiques et institutionnelles de manière globale et cohérente.

La situation est quelque peu différente du côté du Québec alors que le déni initial et la colère subséquente à la réforme constitutionnelle de 1982 des courants nationalistes font lentement et douloureusement place à une acceptation résignée du fait accompli. Au Québec aussi le paradigme nationalitaire canadien s'installe, mais par petites victoires, jamais spectaculaires ni définitives à mesure que s'affirme et se confirme l'autorité sans appel de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur toute autre règle de droit et sur les prérogatives de l'Assemblée nationale, dont la souveraineté est régulièrement contestée par les décisions de la Cour suprême du Canada. Il se pourrait bien que la réforme constitutionnelle de 1982 ait non seulement signé la fin d'un rêve canadien, comme l'ont si bien diagnostiqué les Guy Laforest, André Burelle et Kenneth McRoberts, mais qu'elle ait aussi signé la fin d'un rêve québécois.

Même si ce n'est plus par la grande porte de la modification formelle de la constitution, la condition constitutionnelle des Canadiens, Québécois inclus, on le voit, continue d'évoluer : c'est la fonction du discours politologique que de rendre compte de cette évolution. Il s'acquitte de cette tâche à travers un certain nombre de trames explicatives qui, toujours un peu en retard sur les faits, font la narration de ce parcours et en révèlent le paradigme.

³⁰⁸ Voir à ce propos *The Democratic Dilemma. Reforming the Canadian Senate*, un ouvrage collectif publié en 2009 sous la direction de Jennifer Smith.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ALEXANDER, Larry, « Waluchow – Living Tree Constitutionalism », dans *Law and Philosophy*, 2010, Volume 29, Numéro 1, 93-99, DOI: 10.1007/s10982-009-9051-4, P. 93-99.

AJZENSTAT, Janet; Romney, Paul; Gentles, Ian et Gairdner, William D. *Débats sur la fondation du Canada*, Québec : Les Presses de l'Université Laval, c2004, 554 p.

BAKER, Dennis, *Not Quite Supreme. The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montréal : McGill-Queen's University Press, c2010, 219 p.

BANTING, Keith et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto : Methuen , 1983, 376 p.

BANTING, Keith et Richard Simeon, « Federalism, Democracy and the Future », dans Banting, Keith et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto : Methuen , 1983, p. 348-360.

BEAUCHEMIN, Jacques, « Défense et illustration d'une nation écartelée », dans Michel Venne (dir.), *Penser la nation québécoise*, Montréal : Les Éditions Québec Amérique, 2000, p.259-282.

BÉDARD, Éric, *Les réformistes : une génération canadienne-française au milieu du XIXe siècle*, Montréal : Boréal, 2009, 415 p.

BÉRARD, Frédéric et André Pratte (dir.), *Reconquérir le Canada. Un nouveau projet pour la nation québécoise*, Bérard, Les Éditions Voix parallèles, Montréal, 2007, 361 p.

BLOCH, Ernst, *Le Principe Espérance*, Paris : Gallimard, 1976.

BOURQUE, Gilles, Victor Armony et Jules Duchastel, *L'identité fragmentée*, Ville Saint-Laurent : Éditions Fides, c1996, 383 p.

BROUILLET, Eugénie, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme*, Sillery, Québec : Septentrion, 2005, 478 p.

BURELLE, André, *Pierre Elliott Trudeau : l'intellectuel et le politique*, Montréal : Fides, 2005, 469 p.

BURELLE, André, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, St-Laurent Québec : Fides, 1995, 239 p.

BURELLE, André, *Le droit à la différence à l'heure de la globalisation. Le cas du Québec et du Canada*, St-Laurent, Québec : Fides, 1996, 60 p.

CAIRNS, Alan C., Cairns, Alan C., « The Constitutionnal Obligation to Negotiate », dans David Schneiderman (dir.), *The Quebec Decision : Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession*, Toronto, ON, CAN: James Lorimer & Company Limited, 1999, p. 143-148.

CAIRNS, Alan C., « Suppose the " Yes " Side Wins : Are We Ready? ». Western Perspectives : Canada West Foundation, février 1995.

CAIRNS, Alan C., « Dreams versus Reality in "Our " Constitutional Future : How Many Communities?, dans Alan C. Cairns et Douglas E. Williams (dir.), *Reconfigurations : Canadian Citizenship and Constitutional Change : Selected Essays*, Toronto, Ont : McClelland & Stewart, c1995, 431 p.

CAIRNS, Alan C., « Constitutional Reform: The God That Failed », dans David Hayne (dir.), *Can Canada Survive? Under What Terms and What Conditions ?*, Transactions of the Royal Society of Canada, 1996 / Sixth Series/ vol. VII, University of Toronto Press, Toronto, p. 47-66.

CAIRNS, Alan C., *Charter Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*, McGill-Queen's University Press, 1992, 150 p.

CAIRNS, Alan C., « The politics of Constitutional Renewal in Canada », dans Keith G.Banting et Richard Simeon (dir.), *Redesigning the State. The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations*, University of Toronto Press: Toronto, 1985, p. 95-145.

CAIRNS, Alan C., « The Politics of Constitutional Conservatism », dans Keith Banting et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto : Mathuen, 1983, p. 28-58.

CARDINAL, Linda, « New Institutionalism and Political Science in Quebec », dans André

LECOURS (dir.), *New Institutionalism. Theory and Analysis*, University of Toronto Press : Toronto, 2005, p. 128-150.

CASTONGUAY, Alec, « Sondage ; 20 ans après Meech – Le Canada ferme la porte aux demandes du Québec », dans *Le Devoir*, édition du 7 mai 2010.

COLLOQUE *20 ans après Meech, quel est l'avenir du Québec dans le Canada ?*, Acte du colloque, 8 mai 2010, organisé sous l'égide des Intellectuels pour la souveraineté (IPSO) et du Bloc québécois, (<http://www.blocquebécois.org/dossiers/colloque-20-ans-apres-Meech/actes.aspx>).

DION, Stéphane, « Alan C. Cairns on Canadians' Right to Their Country », dans Gerald Kernerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders and Outsiders : Alan C. Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, Vancouver, BC : UBC Press, c2005, 364 p.

DUMONT, Fernand, *Raisons communes*, Montréal : Boréal, 1995, 255 p.

FLANAGAN, Tom, « Canada's Three Constitutions : Protecting, Overturning, and Reversing the Status Quo », dans Abelson, Donald E.; Patrick James et Michael Luszti (dir.), *The Myth of the Sacred : the Charter, the Courts, and the Politics of the Constitution in Canada*, McGill-Queen's University Press : Montréal, 2002, 256 p.

FOLEY, Michael, *The silence of Constitutions*, London ; New York : Routledge, 1989, 173 p.

FRANKS, C.E.S., « A Continuing Canadian Conundrum: The Role of Parliament in Questions of National Unity and the Processes of Amending the Constitution », dans J. Peter Meekison (dir.), *Canada: The State of the Federation 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Montreal, Qc, Can: McGill-Queen's University Press, 2004, p. 34-55.

GAGNON, Alain G., *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal : Québec Amérique, 2008, 236 p.

GAGNON, Alain G. et Raffaele Iacovino, *De la nation à la multination. Les rapports Québec-Canada*, Montréal : Boréal, 2007, 262 p.

GAGNON, Alain G., « Regards croisés sur le fédéralisme canadien », dans Alain G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 7-18.

GIBBINS, Roger, *Conflict & Unity. An Introduction to Canadian Political Life*, Nelson Canada, Scarborough, Ontario, 1994, 474 p.

GIBBINS, Roger, « Constitutional Politics and the West », dans Keith Banting et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto : Mathuen, 1983, 262 p.

GRESCHNER, Donna, « Goodbye to the Amending Formulas? », dans David Schneiderman (dir.), *The Quebec Decision : Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession*, Toronto, ON, CAN: James Lorimer & Company Limited, 1999, p. 143-148.

HOGG, Peter W., « Canada : From Privy Council to Supreme Court », dans Jeffrey Godlworthy (dir.) *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford : Oxford University Press, 2006, 353 p.

HOGG, Peter W., « The Law-Making Role of the Supreme Court of Canada: Rapporteur's Synthesis », dans *The Canadian Bar Review*, vol. 80, mars 2001, p. 171-180.

HOGG, Peter W. et Allison A. Bushel, « The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », dans *The Osgoode Law Journal*, vol. 35, no 1, 1997, p. 75-124.

HUSCROFT, Grant, « Constitutional 'Work in Progress' ? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation », dans Grant Huscroft et Ian Brodie (dir.), *Constitutionalism in the Charter Era*, Markham, Ont : LexisNexis Butterworths, 2004, p. 413-438.

HUTCHISON, Alan C., *Evolution and the Common Law*, Cambridge, UK ; New York, NY : Cambridge University Press, c2005, 294 p.

JAMES, Patrick, *Constitutional Politics in Canada after the Charter. Liberalism, Communitarianism, and Systemism*, Vancouver: UBC Press, 210, 181 p.

KAVANAGH, Aileen, « The Idea of a Living Constitution », dans *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVI, no 1, janvier 2003, p. 55-89.

KARMIS, Dimitrios. 2006. «Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien», dans Gagnon Alain-G (dir), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presse de l'Université de Montréal, 2006, p. 63-86.

KELLY, James B. et Chritopher Manfredi, « Should We Cheer? Contested Constitutionalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Kelly, J. B.(James Bernard) et C. P. (Christopher Phillip) Manfredi (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 3-29.

KYMLICKA, Will, *Les théories de la justice. Une introduction : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes*, Montréal : Boréal, 1999, 362 p.

KYMLICKA, Will. « Le fédéralisme multinational au Canada: un partenariat à repenser », dans G. Laforest and R. Gibbens (dir.), *Sortir de l'impasse: les voies de la réconciliation*, Montréal: IRPP, 1998. 484 p.

LAFOREST, Guy, « Sait-on jamais/One never Knows », allocution prononcée dans le cadre du colloque *Le Québec et le Canada au 21^e siècle : Nouvelles dynamiques, nouvelles perspectives*. <http://www.queensu.ca/iigr/conf/Arch/03/03-1/2.pdf>. La version anglaise de la conférence a été publiée en 2007 dans M. Murphy et Daniel Salée (dir.), *Québec and Canada in the New Century : New Dynamics, New Opportunities*, Montréal/Kingston. McGill-Queen's University Press, 2007, P. 53-81.

LAFOREST, Guy, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery : Éditions du Septentrion, c1992, 265 p.

LAMONTAGNE, Maurice, *Le fédéralisme canadien. Évolution et problèmes*, Presses de l'Université Laval, Sainte Foy, 1954, 298 p.

LAZAR, Harvey, « Non-Constitutional Renewal: Towards a New Equilibrium in the Federation », dans Harvey Lazar (dir.), *Canada: The State of the Federation 1997*, Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 1998, p. 3-35.

LEBEL-GRENIER, Sébastien, « La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire », dans *Policy Options / Options politiques*, avril 1999.

LECLAIR, Jean, « Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview », dans *The George Washington International Law Review*; 2004; 36, 3; p. 545-555.

LETOURNEAU, Jocelyn, « Pour une révolution de la mémoire collective – Histoire et conscience historique chez les Québécois francophones », *Argument*, vol. 1, no 1, 1998, p. 41-47.

LIVINGSTON, William S., *Federalism and Constitutional Change*, Oxford Clarendon Press, 1956, 380 p.

MACKAY, Robert, *The Unreformed Senate of Canada*, Toronto McClelland and Stewart, 1963, 216 p.

MAIRET, Gérard, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris : Gallimard, 1997, 311p.

MANFREDI, Christopher P., *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto : McClelland & Stewart, c1993, 292 p.

MARTUCCELLI, Danilo, *Sociologie de la modernité. L'itinéraire du XX^e siècle*, Paris : Gallimard, 1999, 769 p.

MCLACHLIN, Beverlay, « Courts, Legislatures and Executives in The Post-Charter Era », dans Paul Howe et Peter H. Russell (dir.), *Judicial Power and Canadian Democracy*, Montréal : Publié pour The Institute for Research on Public Policy par McGill-Queen's University Press, c200, 327 p.

McROBERTS, Kenneth, *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, Montréal : Boréal, 1999, 483 p.

MCROBERTS, Kenneth, « Canada and the Multinational State », dans *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* XXXIV:4 (December/décembre 2001) p. 683-713é

MEISEL, John, « Alan Cairns : Public Intellectual », dans Gerard Kennerman et Philip Resnick (dir.), *Insiders & Outsiders. Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, Vancouver, BC : UBC Press, 2005, 364 p.

MORTON, F. L. et Rainer Knopff, « Judges and the Charter Revolution », dans Peter H. Russell, François Rocher, Debra Thompson et Linda A. White (dir.), *Essential Readings in Canadian Government and Politics*, Emond Montgomery Publication : Toronto, Canada, 2010, p. 356-367.

MORTON, F. L. (Ted), « Can Judicial Supremacy Be Stopped ? », dans *Policy Options/Options politiques*, octobre 2003, p. 25-29.

MORTON, F. L. (Ted), « Dialogue or Monologue », dans *Policy Options / Options politiques*, avril 1999, p. 23-26.

PELLETIER, Benoît, *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2010, 624 p.

PELLETIER, Benoît, « Un nouvel envol pour le Québec. L'affirmation de l'identité québécoise au sein de la fédération canadienne », dans Bérard, Frédéric et André Pratte (dir.), *Reconquérir le Canada. Un nouveau projet pour la nation québécoise*, Bérard, Les Éditions Voix parallèles, Montréal, 2007, p. 85-114.

PELLETIER, Benoît (dir.), *Un projet pour le Québec : affirmation, autonomie et leadership, Rapport final du Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise*, Montréal, Parti libéral du Québec, 2001, 165 p.

PELLETIER, Benoît, *La modification constitutionnelle au Canada*, Carswell, Scarborough (Ontario), 1996, 519 p.

PELLETIER, Réjean, *Le Québec et le fédéralisme canadien. Un regard critique*, Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2008, 236 p.

PELLETIER, Réjean et Manon Tremblay (dir.), *Le parlementarisme canadien*, 3^e édition revue et augmentée, Les Presses de l'Université Laval : Sainte-Foy, Québec, 2005, 541 p.

PETTER, Andrew, « Legalize This : The Chartering of Canadian Politics », dans Kelly, J. B.(James Bernard) et C. P. (Christopher Phillip) Manfredi (dir.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver : UBC Press, 2009, viii, 328 p.

PETTER, Andrew, «Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue », *UNB Law Journal*, Vol. 52, 2003.

POWE, Bruce W., *A Canada of Light*, Toronto, Ont : Somerville House Paperbacks, c1997, 155 p.

ROCHER, François et Nadia Verrelli, « Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act », dans Peter H. Russell, François Rocher, Debra Thompson et Linda A White (dir.), *Essential Readings in Canadian Government and Politics*, Emond Montfomery Publications, Toronto: Canada, 2010, p. 281-287.

ROCHER, François, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans Alain G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 93-146.

RUSSELL, Peter H., « Trust and Distrust in Canada's Multinational Constitutional Politics », document de travail (non publié) distribué par l'auteur dans le cadre du Workshop on Trust, Distrust and Mistrust in Multinational Societies, le 4 juin 2010, à Montréal.

RUSSELL, Peter H., « Constitutional Politics: In a New Era Canada Returns to Old Methods », dans Hans J. Michelmann et Cristine de Clercy (dir.), *Continuity and Change in Canadian Politics: Essays in Honour of David E. Smith*, University of Toronto Press, 2006, 19-38.

RUSSELL, Peter H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, Third Edition, University of Toronto Press, Toronto, 2004, 364 p.

RUSSELL, Peter H. : « Can the Canadians Be a Sovereign People ? », dans *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 24, No 4 (Déc. 1991) p. 699-700.

RYAN, Claude, « Réponse à James Tully. Le défi canadien : faire droit à deux visions différentes du pays. », Secrétariat des affaires intergouvernementales canadiennes, Gouvernement du Québec,
(http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/entente_union_canadienne.pdf).

RYAN, Claude, « What if Quebecers Voted Clearly for Secession? », dans David Schneiderman (dir.), *The Quebec Decision : Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession*, Toronto, ON, CAN: James Lorimer & Company Limited, 1999, p. 149-152.

SAYWELL, John T., *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, Ont : Published pour The Osgoode Society for Canadian Legal History par University of Toronto Press, c2002, 453 p.

SEYMOUR, Michel, « Quebec and Canada at the Crossroads: A Nation within a Nation », dans *Nations and Nationalism*, Volume 6, No 2, Avril 2000, p. 227-255.

SMILEY, Donald V., « A Dangerous Deed: The Constitution Act, 1982 », dans Keith Banting et Richard Simeon (dir.), *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto : Mathuen, 1983, p. 74-95.

SMITH, David E., *The Invisible Crown: the First Principle of Canadian Government*, Toronto, Buffalo: Université de Toronto, c1995, 274 p.
Smith, David E., *The People's House of Commons: Theories of Democracy in Contention*, Toronto : University of Toronto Press, c2007, 217 p.

SMITH, David E., *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*, Toronto, University of Toronto Press c2003, 263 p.

SMITH, David E., *The Republican Option in Canada: Past and Present*, Toronto: University of Toronto Press, c1999, 352 p.

SMITH, David E., « The Improvement of the Senate by Nonconstitutional Means », dans *Protecting Canadian Democracy : The Senate You Never Knew*, Serge Joyal (dir.), Montreal : McGill-Queen's University Press, c2003, 371 p.

SMITH, Jennifer, « Informal Constitutional Development: Change by Other Means », dans *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Herman Bakvis et Grace Skogstad (dir.), Oxford University Press, 2003, p. 40-58.

SMITH, Jennifer (dir.), *The Democratic Dilemma. Reforming the Canadian Senate*, Montréal : publié pour The Institute of Intergovernmental Relations, School of Policy Studies, Queen's University by McGill-Queen's University Press, c2009, 191 p.

SMITH, Miriam, « Institutionalism in the Study of Canadian Politics : The English-Canadian Tradition », dans André Lecours (dir.), *New Institutionalism. Theory and Analysis*, University of Toronto Press : Toronto, 2005, p. 101-127.

STRAUSS, David A., « The Irrelevance of Constitutional Amendments », dans la *Harvard Law Review*, Vol. 114, no 5(mars 2001), p. 1457-1505.

THOMAS, David M., *Whistling Past the Graveyard : Constitutional Abeyance, Quebec and the Future of Canada*, Toronto: Oxford University Press, 1997.

TREMBLAY, André, *La réforme constitutionnelle au Canada*, Les Éditions Thémis : Montréal, 1995, 519 p.

TRUDEAU, Pierre Elliott et Gérard Pelletier, *Pierre Elliott Trudeau. À contre-courant*, Textes choisis 1939-1996, Montréal : Éditions Alain Stanké, 1996, 335 p.

TRUDEAU, Pierre Elliott, « Il nous faut une charte des droits » (Maclean's, 8 février 1964, traduit de l'anglais par Gérard Pelletier), dans Pierre Elliott Trudeau et Gérard Pelletier, *Pierre Elliott Trudeau. À contre-courant*, Textes choisis 1939-1996, Montréal : Éditions Alain Stanké, 1996, p. 217-219 .

TRUDEAU, Pierre Elliott, « Pourquoi nous en avons besoin ? », (Conférence constitutionnelle, Ottawa, du 5 au 7 février ,1968, traduit de l'anglais par Gérard Pelletier), dans Pierre Elliott Trudeau et Gérard Pelletier, *Pierre Elliott Trudeau. À contre-courant*, Textes choisis 1939-1996, Montréal : Éditions Alain Stanké, 1996, p. 221.

TRUDEAU, Pierre Elliott, « La nouvelle trahison des clercs », dans Trudeau, Pierre Elliott et Gérard Pelletier, *Pierre Elliott Trudeau. À contre-courant*, Textes choisis 1939-1996, Montréal : Éditions Alain Stanké, 1996, p. 157-186.
Trudeau, Pierre Elliott, *Pierre Trudeau speaks out on Meech Lake* (Donald Johnston, ed.), Toronto : General Paperbacks, 1990.

TRUDEAU, Pierre Elliott, « Des valeurs d'une société juste », dans Thomas S. Axworthy et Pierre Elliott Trudeau, *Les années Trudeau. La recherche d'une société juste*, Montréal : Le Jour, c1990, 425 p.

TRUDEAU, Pierre Elliott, « Say Goodbye to the Dream of One Canada », dans *Pierre Trudeau speaks out on Meech Lake* (Donald Johnston, ed.), Toronto : General Paperbacks, 1990, 171 p.

TRUDEAU, Pierre Elliott, « We, the People of Canada », dans *Pierre Trudeau speaks out on Meech Lake* (Donald Johnston, ed.), Toronto : General Paperbacks, 1990, 171 p.

TULLY, James, *Une étrange multiplicité : Le Constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 1999. 242 p.

TULLY, James, « The Unattained Yet Attainable Democracy : Canada and Quebec face the New Century », The Desjardins Lecture, McGill University, March 23, 2000.

TULLY, James, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales. *Globe, Revue internationale d'études québécoises*, vol 2, no 2, 1999.

TUSHNET, Mark, « The United States: Eclecticism in the Service or Pragmatism », dans *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Jeffrey Goldsworthy (dir.), Oxford University Press, 2006, 353 p.

WALUCHOW, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2007, 283 p.

WEBER, Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme : suivi d'autres essais*, Paris : Gallimard, 2003, 531 p.

WILSON, Bertha, « We Did't Volunteer », dans Paul Howe et Peter H. Russell (dir.), *Judicial Power and Canadian Democracy*, Montreal : Publié pour The Institute for Research on Public Policy par McGill-Queen's University Press, c200, 327 p.

WOEHLING, José, « The Quebec Secession Reference: Some Unexpected Consequences of Constitutional First Principles », dans David Schneiderman (dir.), *The Quebec Decision : Perspectives on the Supreme Court Ruling on Secession*, Toronto, ON, CAN: James Lorimer & Company Limited, 1999, p. 124-129.

Législations

Alberta : *Individual Rights Protection Act* S.A. 1972, c.2

Québec : Projet de loi n° 104 : *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. , 2002.

Québec : Projet de loi no 101 : *Charte de la langue française*, L. R.Q., c.C-11, 1977.

Québec : Projet de loi n° 115 : *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*, L.Q. , 2010.

Canada : Loi de clarification, L. C. 2000, ch. 26.

Canada : Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

Canada : Loi constitutionnelle de 1982, L.R.C., 1985, app. II, n° 44.

Canada : Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C.

Canada : 39^e Législature, 1^{re} Session - Jour de séance n° 87 - 27 novembre 2006
Affaires émanant du gouvernement n° 11 (Nation de Québécoises et Québécois au sein d'un Canada uni).

Jurisprudence

Cour suprême du Canada, Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport), 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208

Cour suprême du Canada, Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493

Cour suprême du Canada, Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Cour suprême du Canada, *Morgentaler et al. C. Sa Majesté La Reine* [1988] (1 S.C.R. 30)

Cour suprême du Canada, *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721

Cour suprême du Canada, *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753

Comité judiciaire du conseil privé de Londres : *Edwards c. P.G. du Canada*, (1930) A.C. 124

Cour suprême du Canada, *Edwards c. Canada (Procureur général du Canada)* [1928] S.C.R. 276