

CAHIER DE RECHERCHE

Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme

*Par Patrick Taillon, candidat au doctorat en droit constitutionnel
de l'Université Laval et de l'Université de Paris 1 (Panthéon Sorbonne)
et chercheur associé à l'Institut de recherche sur le Québec*

Avril 2007



*Institut de recherche
sur le Québec*

Présentation de l'IRQ

FONDÉ EN 2002, L'INSTITUT DE RECHERCHE SUR LE QUÉBEC (IRQ) a pour mission, de soutenir et de diffuser des recherches et des textes d'opinion sur des sujets touchant le développement du Québec. Lieu d'échanges, de concertation et de débats entre les groupes et les individus qui réfléchissent et agissent pour bâtir le Québec, l'IRQ se situe au carrefour de la réflexion et de l'action. Il a pour but de susciter la réflexion sur les enjeux d'actualité qui touchent le Québec.

Notice biographique

PATRICK TAILLON EST CANDIDAT AU DOCTORAT en droit de l'Université Laval et de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il termine actuellement une thèse de droit constitutionnel comparé sur la portée juridique des décisions majoritaires prises lors d'un référendum.

Le Comité scientifique de l'*Institut de recherche sur le Québec* s'assure de la rigueur de la démarche et des méthodes utilisées dans le cadre des projets de recherche qu'il finance. Cependant, l'Institut décline toute responsabilité quant aux propos tenus et opinions exprimées par les auteurs.

Table des matières

Introduction	3
1. La rigidité et la complexité des procédures formelles de modification	5
1.1. Les procédures complexes	5
1.1.1. Les procédures de « droit commun »	5
1.1.2. Le consentement unanime des provinces.....	9
1.1.3. L'unanimité sélective	10
1.2. Les procédures unilatérales	11
1.2.1. La procédure unilatérale fédérale.....	11
1.2.2. La modification de la « Constitution de la province ».....	11
1.3. Le cumul des procédures : le cumul des obstacles.....	13
1.3.1. Une procédure trop étendue dans le temps	13
1.3.2. L'approbation par les membres des assemblées législatives.....	15
1.3.3. L'indivisibilité des réformes et le cumul des exigences.....	15
2. Loi sur les <i>veto</i> régionaux.....	17
2.1. D'un <i>veto</i> pour le Québec aux « <i>veto</i> régionaux ».....	18
2.1.1. Un dispositif législatif qui « complète » les textes constitutionnels	18
2.1.3. Le champ d'application.....	19
2.2. Les critiques de la loi	20
2.2.1. Un <i>veto</i> précaire	20
2.2.2. Un surplus de rigidité	21
3. L'ajout de nouveaux participants (territoires, autochtones et groupes d'intérêts).....	22
3.1 « Globalisation » des enjeux : la question québécoise dans la mosaïque canadienne.....	22
3.1.1. La multiplication des revendications constitutionnelles	22
3.1.2. Les consultations publiques préalables	25
3.2. Les représentants des territoires et des peuples autochtones dans le processus de révision de la Constitution	27
3.2.1. La participation des territoires	27
3.2.2. Le rôle des Premières Nations.....	28
4. Le référendum constitutionnel obligatoire.....	30
4.1. Les lois provinciales et le référendum constitutionnel	30
4.1.1. Les provinces où le référendum constitutionnel est dorénavant obligatoire.....	30
4.1.2. Le référendum constitutionnel facultatif initié par l'État central ou par une province	32
4.1.3. Du référendum obligatoire dans quelques provinces aux référendums dans toutes les provinces.....	34
4.2. Le référendum constitutionnel : un obstacle supplémentaire à une réforme constitutionnelle.....	36
4.2.1. L'existence d'une convention constitutionnelle sur le référendum obligatoire.....	36
4.2.2. L'impasse référendaire.....	38
4.2.3. Le problème de l'interprétation des résultats	40
Conclusion.....	42
Bibliographie sélective	45

Introduction

L'amorce d'un débat à la Chambre des communes sur la reconnaissance de la nation québécoise, ainsi que les engagements du gouvernement conservateur sur des questions telles que la réforme du Sénat et la limitation du pouvoir fédéral de dépenser, ont relancé l'espoir d'une partie significative de l'électorat québécois en un renouvellement profond du fédéralisme canadien. Les partisans de ces réformes négligent cependant une donnée centrale rarement soulignée: déjà complexe et rigide, le processus de réforme de la Constitution s'est complexifié encore davantage depuis l'échec de l'Accord du lac Meech. Une certaine insatisfaction à l'égard de la procédure d'amendement a mené, ces dernières années, à l'adoption de nouveaux obstacles. En plus des nombreuses contraintes prévues par la *Loi constitutionnelle de 1982*, de nouvelles mesures législatives ont depuis été adoptées par le fédéral et les provinces afin de « compléter » le dispositif établi par les textes constitutionnels.

Déjà en soi passablement rigides, les procédures de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* apparaissent de plus en plus comme des *formalités minimales*, une forme de *point de départ* à partir duquel se greffe ensuite une série d'exigences additionnelles. L'entrée en vigueur de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* qui a pour objet la mise en place de *veto* régionaux, de même que l'adoption dans certaines provinces de lois rendant obligatoire l'organisation d'un référendum préalablement à l'adoption par ces provinces de toute modification constitutionnelle, sont des manifestations de ce phénomène. En plus de ces obstacles législatifs, le processus de modification constitutionnelle s'est également transformé en fonction de l'évolution de certaines de nos pratiques politiques. Revendications des provinces, des territoires, des groupes autochtones et des groupes

d'intérêts, tous aspirent à une participation plus active au processus d'élaboration des réformes constitutionnelles. Les processus de consultations publiques – forums, audiences publiques et commissions parlementaires – se multiplient de façon à permettre, en amont, une plus large participation du public. Cette participation de nouveaux acteurs au processus de négociations renforce encore un peu plus cette tendance à faire du processus constituant une forme de « marchandage » où les intérêts du Québec sont en concurrence avec les intérêts du reste du Canada, ce qui rend encore plus improbable l'organisation d'un nouveau *Quebec Round*, c'est-à-dire la tenue de négociations constitutionnelles consacrées uniquement aux demandes québécoises.

Cette étude de l'*Institut de recherche sur le Québec* vise à faire un bilan des obstacles

Déjà en soi passablement rigides, les procédures de modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* apparaissent de plus en plus comme des *formalités minimales*, une forme de *point de départ* à partir duquel se greffe ensuite une série d'exigences additionnelles.

juridiques à la réforme du fédéralisme canadien. Construite à partir d'une analyse des textes constitutionnels et législatifs pertinents, l'étude propose une revue des principaux travaux effectués par les constitutionnalistes québécois et canadiens. En examinant les difficultés juridiques que pose un renouvellement du fédéralisme allant dans le sens des revendications traditionnelles du Québec, l'étude s'appuie grandement sur les leçons que l'on peut tirer de l'échec de l'Accord du lac Meech et de celui de l'Accord de Charlottetown. Le bilan de ces deux expériences, d'une part, et l'impact de ces deux échecs sur l'évolution subséquente des pratiques institutionnelles, d'autre part, permettent de mesurer pleinement la portée des nouveaux obstacles juridiques mis en place depuis. De nouveaux obstacles qui accentuent encore un

peu plus la rigidité et complexité du processus de modification constitutionnelle au Canada et rendent encore plus difficile et improbable un renouvellement du fédéralisme allant dans le sens des intérêts du Québec.

1. La rigidité et la complexité des procédures formelles de modification

Les lois constitutionnelles du Canada – contrairement aux lois dites « ordinaires » – doivent être adoptées conformément à l'une des procédures spéciales expressément prévues par les textes constitutionnels. L'ensemble de ces exigences particulières, souvent désigné par les termes *formule d'amendement*, permet de garantir la « rigidité » des normes constitutionnelles, leur caractère fondamental et constitutif de l'État ainsi que leur rang des normes hiérarchiquement supérieur aux autres lois adoptées par les assemblées législatives. En ce qui concerne la Constitution du Canada, la formule d'amendement se trouve contenue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On y prévoit différentes procédures qui varient selon la nature et l'objet de la modification poursuivie. Parmi toutes ces procédures, il faut distinguer, d'une part, les « procédures complexes » qui

nécessitent à la fois le consentement du Parlement fédéral et d'un nombre variable d'assemblées législatives provinciales [1.1.] et, d'autre part, les « procédures unilatérales » [1.2.]. Or, cette multiplication des formules d'amendement entraîne souvent le cumul des exigences et une

... cette multiplication des formules d'amendement entraîne souvent le cumul des exigences et une rigidité accrue de la Constitution, ce qui réduit considérablement les chances d'en arriver un jour à des réformes allant dans le sens des intérêts du Québec

rigidité accrue de la Constitution, ce qui réduit considérablement les chances d'en arriver un jour à des réformes allant dans le sens des intérêts du Québec [1.3.].

1.1. Les procédures complexes

1.1.1. Les procédures de « droit commun »

Les procédures de « droit commun », considérées comme étant « générales »¹, « normales »² ou « résiduelles »³, se démarquent des « procédures spéciales » de modification de la Constitution qui s'appliquent uniquement aux matières expressément énumérées.⁴ Ces procédures de droit commun visent toutes les questions ne relevant pas de l'une des autres procédures d'amendement. De plus, comme

le propose James Ross HURLEY, il n'y aurait pas à proprement parler *une* seule et unique procédure de droit commun, mais bien plutôt *des* procédures de droit commun divisées en trois types : la procédure « 7/50 », la procédure « 7/50 » avec faculté de retrait, la procédure « 7/50 » avec faculté de retrait et droit à une compensation financière.⁵ Les modalités de ces procédures normales varieront selon que les modifications envisagées entrent ou non dans le champ d'application du droit de retrait et du droit à une compensation financière.

¹ Gérard-A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, coll. « bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 337.

² José WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec » dans *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* (Bélanger-Campeau), (mise à jour du 19-12-2001, annexe a), en ligne: Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/10-JoseWoehrling.pdf, p. 4.

³ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 239.

⁴ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994, p. 487.

⁵ James Ross HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Approvisonnements et Services Canada, 1996, p. 74-80.

LES DEUX TIERS DES PROVINCES REPRÉSENTANT CINQUANTE POUR CENT DE LA POPULATION [« 7/50 »]

En principe, la Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général dès que le projet d'amendement est autorisé par résolution des assemblées législatives des deux tiers des provinces dont la population représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.⁶ En pratique, cette exigence des deux tiers, ou des sept provinces, représentant cinquante pour

Cette formule est généralement considérée comme contraire aux intérêts du Québec dans la mesure où l'accord du gouvernement fédéral et des provinces du Canada anglais suffit pour restreindre significativement le champ de compétence de l'Assemblée nationale.

cent de la population est la plupart du temps désignée comme étant la formule « 7/50 ». Cette formule est généralement considérée comme contraire aux intérêts du Québec dans la mesure où l'accord du gouvernement fédéral et des provinces du Canada anglais suffit pour restreindre significativement le champ de compétence de l'Assemblée nationale. Ni le Québec, ni aucune autre province ne dispose ici d'un droit de *veto*, c'est-à-dire d'une capacité de blocage qui ferait en sorte que sans leur consentement aucune modification ne serait possible. Même si le poids démographique de provinces telles que l'Ontario, le Québec ou la Colombie-Britannique est pris en compte à travers le critère des « cinquante pour cent de la population », il n'en demeure pas moins que, dans le cadre de la procédure « 7/50 », seules les autorités fédérales sont dotées d'un droit de *veto*.⁷

⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11), article 38

⁷ André TREMBLAY, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, p. 12; Benoît PELLETIER, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », dans Gérard-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 277

Si, dans certaines situations bien précises, cette absence de droit de *veto* pourra être en partie compensée par la possibilité d'exercer un droit de retrait et le droit à une compensation financière, il reste cependant un large éventail de matières où la formule « 7/50 » pourra s'appliquer sans contrepartie. Par exemple, toute modification à la *Charte canadienne des droits et libertés* qui pourrait affecter indirectement la capacité de l'Assemblée nationale de faire certains choix dans l'exercice de ses compétences pourrait être adoptée selon cette procédure. De plus, toutes les matières expressément mentionnées à l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* entrent aussi dans ce domaine du « 7/50 » sans droit de retrait et sans compensation.⁸ Il s'agit entre autres de la réforme des institutions fédérales telles que le Sénat, la Chambre des communes et la Cour suprême, de même que la création de nouvelles provinces ou le rattachement des territoires à l'une ou l'autre des provinces. Devant de tels projets de modification, le Québec ne peut ni empêcher l'adoption de la réforme, ni se soustraire à son application, même si cette dernière est manifestement contraire à ses intérêts.⁹

Article 38 :

« (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

- a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;
- b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

[...]

⁸ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 74-77; COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, Rapport, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Edwards], reproduit par : André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 427; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 4

⁹ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 239-248

Article 42 :

« (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

- a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;
- b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
- d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;
- e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) Les paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1). »

LES MODIFICATIONS DE TYPE « 7/50 » AVEC DROIT DE RETRAIT

L'article 38(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet à une province de se soustraire à l'application de certains types d'amendement constitutionnel. Ainsi, une province qui s'oppose à une modification constitutionnelle, mais qui n'est pas en mesure de convaincre le nombre requis de provinces pour « bloquer » un projet d'amendement à la Constitution, peut alors exprimer son *droit de désaccord* par voie de résolution adoptée à la majorité des membres de l'assemblée législative. La mise en œuvre de ce *droit de désaccord* – généralement mieux connu sous l'expression *droit de retrait* – a pour conséquence de rendre l'amendement constitutionnel inapplicable à la province en question. Cela dit, le *droit de retrait* n'est disponible que pour les modifications « dérogatoires à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou

privileges d'une législature ou d'un gouvernement provincial. »¹⁰ Cette formule correspond pour l'essentiel aux amendements ayant pour objet le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les assemblées législatives des provinces.¹¹ En plus d'être limité quant à son champ d'application, il faut souligner que « le droit de retrait ne confère pas aux provinces la possibilité d'acquérir des compétences ou des droits nouveaux; il ne leur permet que de conserver ceux qu'elles possèdent déjà. »¹² En ce sens, Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING y voient « une arme purement défensive. »¹³ Du point de vue de la protection de la compétence de l'Assemblée nationale, le droit de retrait demeure un instrument nettement moins puissant et efficace qu'un droit de *veto*. D'abord parce que « le droit de retrait ne peut jouer dans le cas de changements aux institutions fédérales » et surtout parce qu'un « droit de *veto* donne plus de pouvoir de négociation qu'un simple droit de retrait ». ¹⁴

Ce droit de retrait doit cependant être impérativement exercé *avant* la prise de la proclamation par le gouverneur général qui consacre l'adoption par au moins sept autres provinces et le Parlement fédéral du projet de révision constitutionnelle. Il peut être révoqué à tout moment même après l'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle.¹⁵ Le droit de retrait apparaît ainsi comme un

Le droit de retrait apparaît ainsi comme un choix fragile parce que toujours révoquant. À l'opposé, le consentement à un transfert des compétences aux autorités fédérales demeure un choix irrévocable et définitif.

choix fragile parce que toujours révoquant. À l'opposé, le consentement à un transfert des compétences aux autorités fédérales demeure un choix irrévocable et définitif. Les textes constitutionnels favorisent donc une application uniforme de la Constitution et tentent de faire

¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 6, article 38

¹¹ Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 293-311

¹² Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 526

¹³ Id., p. 526

¹⁴ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 242

¹⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 6, article 38 (4)

¹⁶ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 525

du droit de retrait une solution temporaire susceptible d'être révoquée à tout moment.¹⁶ Certains, dont le professeur Peter HOGG, avancent même que ce souci d'application uniforme de la Constitution risque, sur le plan politique, de favoriser la recherche de consensus unanime afin d'éviter l'exercice d'un droit de retrait souvent perçu au Canada anglais comme une forme de « séparatisme » à la pièce.¹⁷ À en croire José WOEHLING : « l'existence du droit de retrait dans le cadre de la procédure générale risque de faire en sorte que l'on recherchera l'unanimité même pour certaines modifications qui pourraient être adoptées aux deux tiers, afin d'éviter les « statuts particuliers » qui résulteraient de la mise en œuvre du droit de retrait. »¹⁸ La règle juridique du « 7/50 » conduirait ainsi à une dynamique politique encore plus contraignante parce que soucieuse d'éviter les « dérogations » et les « asymétries » qui résultent de l'exercice du droit de retrait.

Article 38 :

(1) [...]

(2) [...]

(3) La modification visée au paragraphe 2 est sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) La résolution de désaccord visée au paragraphe 3 peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte. »

¹⁷ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 96 : « where opting out is available, there will be a strong impulse to proceed only when the assent of all governments is assured, since the "checkerboard constitution" which would develop through opting out would impose such severe strains on central institutions that is likely to be unacceptable to the federal government and at least undesirable to most provincial governments. »

¹⁸ José WOEHLING, « Fonctionnement et disfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans Gérard-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 336

LES MODIFICATIONS DE TYPE « 7/50 » AVEC DROIT DE RETRAIT ET COMPENSATION FINANCIÈRE

Le droit à une compensation consiste en l'octroi par l'État fédéral d'une compensation financière aux provinces ayant exercé leur droit de retrait à l'égard d'une modification relative à un transfert de compétences provinciales au Parlement canadien.¹⁹ La *Loi constitutionnelle de 1982* identifie quelques matières pour lesquelles un droit à une juste compensation financière est prévu. En ce sens, le droit à une compensation financière est le complément logique et indispensable du droit de retrait afin d'éviter que les citoyens des provinces ayant exercé leur « droit de désaccord » ne soient pénalisés en finançant à la fois les programmes élaborés par la province et les programmes fédéraux dont ils ne bénéficient pas. Pour être effectif, le droit de retrait doit donc s'accompagner du droit à une compensation. Et c'est là l'un des problèmes majeurs de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui limite considérablement les domaines pour lesquels il doit y avoir une compensation de plein droit. En effet, l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les provinces n'y ont droit que lorsque le transfert de compétences concerne l'éducation et les « autres domaines culturels ». La plupart des auteurs déplorent cette situation où le droit à une compensation s'applique à un champ beaucoup plus restreint que le droit de retrait.²⁰

Article 40 :

« Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement. »

¹⁹ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 78-80; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 309-312

²⁰ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 243; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 299; José WOEHLING, « loc. cit., note 2, p. 4

1.1.2. Le consentement unanime des provinces

L'article 41 de la Loi constitutionnelle de 1982 dresse une liste de matières dérogeant à la procédure du « 7/50 » et pour lesquelles la règle du « consentement unanime » des provinces et du Parlement fédéral doit être appliquée.²¹ Ainsi, l'unanimité est requise notamment dès qu'un amendement constitutionnel implique une modification à la charge de Reine, de gouverneur général ou de lieutenant-gouverneur, ce qui comprend non seulement la question de l'abolition de la monarchie ou des fonctions de représentant de la Reine, mais également celle de la réforme des institutions parlementaires affectant la charge de lieutenant-gouverneur ou de gouverneur général.²² L'unanimité s'applique également aux projets de modification constitutionnelle qui touchent au nombre minimum de députés de chaque province à la Chambre des communes, à la composition de la Cour suprême du Canada ou encore à l'usage général du français ou de l'anglais. Par les termes *usage du français ou de l'anglais*, on entend entre autres la « clause Canada » de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en vertu de laquelle la *Charte de la langue française* fut invalidée par la Cour suprême de manière à permettre aux enfants dont l'un des parents a reçu son instruction en anglais au Canada d'être admis à l'école publique anglaise au Québec.²³

La règle de l'unanimité s'impose aussi à toute modification apportée aux différentes formules d'amendement de la Constitution. En effet, l'article 41e) accorde un droit de *veto* à chacune des provinces et aux autorités fédérales sur toute modification à l'une des procédures d'amendement prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Or, même si la procédure de modification actuelle « mériterait sans aucun doute d'être améliorée »²⁴, il reste qu'une telle modification risque de toute évidence de ne jamais se produire étant donné le fait que l'article 41 requiert l'accord unanime de toutes les provinces et du fédéral. Sur cette question, même Benoît PELLETIER se fait pessimiste lorsqu'il écrit : « nous devons

admettre que nous n'avons que très peu d'espoir que les divers changements [à la procédure de modification] suggérés un peu plus haut soient effectivement concrétisés l'un de ces jours. »²⁵ Que ce soit pour effectuer une réforme en profondeur des institutions politiques et parlementaires, pour élargir les compétences du Québec en ce qui concerne la protection de la langue française sur son territoire ou encore pour modifier la procédure de modification de la Constitution – manifestement trop complexe et trop rigide²⁶ – par l'ajout d'un droit de *veto* pour le Québec ou par l'élargissement du droit de retrait avec pleine compensation, la règle de l'unanimité a pour conséquence de rendre toutes ces réformes quasi impossibles à mettre en œuvre. Dans les faits, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982, aucun projet de modification constitutionnelle n'a reçu le consentement unanime de toutes les provinces et des autorités fédérales. Du reste, il est quelque peu étrange de constater que la procédure établie par la *Loi constitutionnelle de 1982* est elle-même plus rigide que celle qui a conduit à son adoption.²⁷ Suivant Henri BRUN et Guy TREMBLAY : « la réforme constitutionnelle de 1982 protège donc sur ce point le Québec d'une façon qu'on n'a pas jugé bon de respecter lorsque justement on a modifié en 1982 la façon de modifier la Constitution, puisqu'on a alors procédé contre la volonté du Québec. »²⁸

Article 41 :

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

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

²¹ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 427; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 236-239; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 519-521; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 80-81; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 207-226; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 338

²² *Re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Montplaisir c. P.G. Québec*, [1997] R.J.Q. 109 (C.S.), 124; S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général), [1987] 2 R.C.S. 2, 46-47

²³ José WOEHLING, « loc. cit. », note 2, p. 2

²⁴ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 355

²⁵ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 306

²⁶ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 11; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 537; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 335; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 355

²⁷ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 87

²⁸ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 237

1.1.3. L'unanimité sélective

Parfois considérée comme une « procédure bilatérale »²⁹, même si elle n'est pas nécessairement toujours bilatérale, la procédure de « l'unanimité sélective »³⁰ requiert en fait l'approbation des autorités fédérales et de toutes les provinces concernées par le projet de modification. Ainsi, l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce une formule d'amendement spéciale pour certains types de modifications constitutionnelles applicables

... l'article 43 ne peut permettre au Québec d'obtenir, avec le seul accord des chambres du Parlement fédéral, une modification constitutionnelle reconnaissant le caractère distinct du Québec, pas plus qu'un renouvellement du fédéralisme impliquant une nouvelle répartition des pouvoirs.

exclusivement à certaines provinces.³¹ La principale difficulté demeure de déterminer le champ d'application de cette procédure de l'unanimité sélective. Le texte de l'article 43 fournit deux exemples de questions visées par cette procédure soit celui du bilinguisme dans les provinces et celui des frontières interprovinciales. En pratique, les modifications relatives aux aspects constitutionnels des systèmes scolaires québécois (1997) et terre-neuvien (1987, 1997 et 1999), à l'enchâssement du statut d'égalité des communautés de langues officielles au Nouveau-Brunswick (1993) et, enfin, à l'abrogation de l'obligation du gouvernement fédéral de fournir un service de traversier reliant l'Île-du-Prince-Édouard (1994) ont toutes été adoptées par le biais de la procédure de l'unanimité sélective.³²

Si la procédure de l'unanimité sélective compte parmi les procédures les plus souples de l'éventail des procédures prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il reste que

son champ d'application demeure très restreint. Il faut d'abord être en présence de dispositions constitutionnelles applicables exclusivement à certaines provinces. Plusieurs auteurs soulignent également qu'en parlant de modifications à des « dispositions » plutôt qu'à des « questions » ou des « matières », « l'article 43 ne semble viser que les dispositions existantes de la Constitution du Canada : il ne pourrait donc servir à y enchâsser de nouveaux sujets. »³³ Dans cette perspective, la procédure de l'article 43 a davantage pour but de permettre des adaptations et des modifications aux dispositions constitutionnelles existantes que d'introduire de nouvelles garanties constitutionnelles. Enfin, selon José WOEHLING, l'article 43 ne peut permettre au Québec d'obtenir, avec le seul accord des chambres du Parlement fédéral, une modification constitutionnelle reconnaissant le caractère distinct du Québec, pas plus qu'un renouvellement du fédéralisme impliquant une nouvelle répartition des pouvoirs.³⁴

Article 43 :

« Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

- a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;
- b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province. »

²⁹ COMITE MIXTE SPECIAL DU SENAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 427

³⁰ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 515

³¹ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 234; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 81-82; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 227-273; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 338-340; Daniel PROULX, « La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide », [1998] 58 R. du B., p. 41-94

³² Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 378; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 307

³³ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 234; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 516

³⁴ José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 2 et p. 31-50

1.2. Les procédures unilatérales

En marge des procédures complexes mentionnées ci-dessus (la procédure de droit commun, de l'unanimité et de l'unanimité sélective), la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprend deux procédures qui peuvent être mises en œuvre unilatéralement, soit par l'assemblée législative d'une province, soit par le Parlement fédéral. Alors que les « procédures complexes » sont opérées par « proclamation du gouverneur général » d'un

texte préalablement autorisé par résolutions des parlementaires fédéraux et provinciaux, les « procédures unilatérales » prennent la forme d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale. Les « procédures unilatérales » visent donc des dispositions qui – tout en étant matériellement constitutionnelles – se situent en dehors du domaine de la Constitution rigide au sens strict.

1.2.1. La procédure unilatérale fédérale

En vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Parlement fédéral est habilité à modifier « les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes. »³⁵ Il faut cependant préciser que ce pouvoir est à plusieurs égards fort limité. D'une part, le texte de l'article 44 restreint considérablement la portée de cet article en précisant que celui-ci doit être interprété « sous réserve des articles 41 et 42 ». D'autre part, la jurisprudence est venue préciser que dans leurs aspects essentiels, les institutions fédérales doivent être considérées comme des conditions de la confédération à laquelle les provinces ont consenti en 1867.³⁶ Par conséquent, la capacité du Parlement fédéral de modifier unilatéralement les dispositions constitutionnelles relatives au fonctionnement et à l'organisation des institutions fédérales ne peut donner lieu qu'à

des amendements « secondaires ».³⁷ Par exemple, il est formellement interdit « d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat [...], caractéristiques qui découlent des propositions soumises par les provinces originaires pour établir le système fédéral. »³⁸ Il faut donc en conclure que les modifications unilatérales des institutions fédérales ne doivent pas avoir « d'incidences sur leurs pouvoirs ou sur le mode de sélection de leurs membres. »³⁹

Article 44 :

« Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes. »

1.2.2. La modification de la « Constitution de la province »

L'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 précise que les provinces sont compétentes en ce qui concerne la modification unilatérale de leur propre Constitution provinciale. Or, ces dispositions relatives à la « Constitution de la province »⁴⁰ peuvent dans

certains cas être contenues dans l'une des lois constitutionnelles du Canada. L'article 45 établit donc un pouvoir de modification unilatérale par l'assemblée législative de la province des dispositions qui concernent ses institutions et qui ne sont pas visées par les autres procédures de modification prévues par la Constitution du

³⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 6, article 44

³⁶ Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54

⁴⁰ Pour en savoir plus sur la portée de cette notion de « constitution de la province » : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 221-223; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 489-496; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 117-180; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 341

³⁷ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 515

³⁸ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 230; Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 160 et p. 186

³⁹ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 428

Canada.⁴¹ Ainsi, une province pourrait abolir le bicaméralisme en abolissant sa deuxième chambre⁴², mais elle ne pourrait pas procéder à des réformes qui affecteraient la charge de lieutenant-gouverneur puisque la modification de celle-ci est prévue à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et requiert le consentement unanime de toutes les provinces.

Article 45 :

« Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. »

⁴¹ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 428

⁴² Montplaisir c. P.G. Québec, [1997] R.J.Q. 109 (C.S.), 124

1.3. Le cumul des procédures : le cumul des obstacles

Chaque procédure de modification dispose d'un domaine d'application propre. Toutefois, en pratique, les projets de renouvellement du fédéralisme n'épousent pas uniquement le contenu d'une seule procédure de modification. Il existe une forte tendance à réunir plusieurs modifications dans un même amendement constitutionnel, ce qui a pour conséquence « l'application de la règle la plus contraignante » et « l'addition des conditions de deux ou plusieurs procédures dont chacune est, à sa façon, plus exigeante que l'autre ».⁴⁴

Cela a pour effet d'accroître les contraintes et, par le fait même, les difficultés à procéder à un renouvellement du fédéralisme [1.3.3.]. Cela entraîne également une certaine confusion quant à l'application de certaines exigences relatives au délai applicable [1.3.1] et à l'expression du consentement par les assemblées législatives

[1.3.2.]. Selon Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, cette multiplication des procédures serait en quelque sorte le fruit des négociations des dernières heures précédant l'accord du 5 novembre 1981, conclu entre le fédéral et les provinces du Canada anglais, qui

... les dispositions définitives semblent avoir été rédigées avec beaucoup de précipitation, sans que leurs interrelations potentielles aient été évaluées avec tout le soin nécessaire.

conduirait à une telle confusion. Les mêmes auteurs en tirent la conclusion suivante : « les dispositions définitives semblent avoir été rédigées avec beaucoup de précipitation, sans que leurs interrelations potentielles aient été évaluées avec tout le soin nécessaire. »⁴⁵

1.3.1. Une procédure trop étendue dans le temps

L'une des difficultés que posent les formules d'amendement consiste à déterminer la procédure à suivre lorsqu'un projet de renouvellement du fédéralisme vise des questions régies par plus d'une procédure de modification. À titre d'illustration, un projet d'amendement qui contient des dispositions exigeant l'unanimité et d'autres dispositions qui nécessitent la mise en œuvre de la procédure « 7/50 » devra nécessairement respecter les exigences des deux procédures de modification. Au respect de la règle du consentement unanime des provinces – règle déjà en soi très rigide – s'ajoutent alors certaines règles propres à la procédure « 7/50 ». Ces règles, loin d'être secondaires, se sont par le passé avérées être de véritables obstacles. La question des délais applicables témoigne de ce phénomène de cumul des exigences. En effet, l'article 39 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que le processus applicable aux amendements

qui requièrent l'approbation des deux tiers des provinces représentant cinquante pour cent de la population doit être conclu à l'intérieur d'un délai de trois ans suivant l'adoption de la première résolution à l'origine de la procédure de modification. Après ce délai de trois ans, la procédure est considérée comme ayant échoué. Or, la plupart des auteurs, ainsi que le comportement des acteurs politiques dans le cadre de l'Accord du lac Meech et de celui de Charlottetown, appuient l'idée selon laquelle ce délai propre à la formule « 7/50 » doit être appliqué aux autres formules de modification, dont celle du consentement unanime, dès qu'un projet d'amendement contient une modification régie par la procédure « 7/50 ».⁴⁶

⁴⁴ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 356; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 281

⁴⁵ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 537

⁴⁶ Quelques auteurs, dont Gérard-A BEAUDOIN et Benoît PELLETIER, se demandent même si le délai de l'article 39 (2) ne devrait pas recevoir une application plus systématique : « L'on sait pas avec certitude actuellement si les délais maximal et minimal prévus à l'article 39 de la Loi de 1982 s'appliquent également dans le cas des modifications visées par les articles 41 et 43 de cette Loi ». Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 299; Contra : Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 525. Ils soutiennent à l'inverse qu'« aucun délai n'est prévu pour la prise d'une proclamation relative à une modification adoptée selon les procédures des articles 41 et 43 ».

Bien que cette règle du délai de trois ans puisse apparaître comme une exigence secondaire, il reste qu'en pratique il s'agit là, pour reprendre les termes employés par André TREMBLAY, d'une « contrainte particulièrement lourde et susceptible de faire déraiser le processus ». ⁴⁷ En effet, l'expérience de l'Accord du lac Meech a montré que si les gouvernements n'engagent

... Bien que cette règle du délai de trois ans puisse apparaître comme une exigence secondaire, il reste qu'en pratique il s'agit là, [...] particulièrement lourde et susceptible de faire déraiser le processus ...

pas rapidement le processus de ratification parlementaire, « il y a des risques que ces approbations ne soient jamais votées ». ⁴⁸ Des gouvernements peuvent être renversés, des élections peuvent survenir et une nouvelle majorité risque de se sentir bien plus liée par l'engagement de reconsidérer l'entente conclue par le précédent gouvernement que par le souci de respecter la signature du gouvernement précédent. ⁴⁹ Ce problème est d'autant plus considérable que la *Loi constitutionnelle de 1982* autorise la *révocation* par une assemblée législative de son consentement. L'article 46 (2) prévoit en effet qu'une résolution adoptée peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation faite par le gouverneur général, proclamation qui, dans le cadre de la procédure « 7/50 », doit intervenir à l'intérieur du délai de trois ans et seulement après que les consentements nécessaires aient été exprimés. La combinaison du délai de trois ans et de la faculté de *révocation* a donc pour conséquence que même les provinces où le processus de ratification a été complété ne sont pas à l'abri d'un changement de cap qui pourrait se produire à l'intérieur du délai de trois ans à la suite de l'élection d'une nouvelle majorité hostile à l'amendement constitutionnel

déjà ratifié.

L'échec de l'Accord du lac Meech témoigne des difficultés pratiques que pose la combinaison du délai de trois ans et du pouvoir de révocation. Durant les trois années qui ont suivi la signature de l'Accord, des élections législatives dans trois provinces ont conduit à trois changements de majorité et à l'élection de trois gouvernements qui refusèrent d'honorer les engagements de leur prédécesseur. ⁵⁰ L'assemblée législative de Terre-Neuve alla jusqu'à révoquer la résolution qui avait déjà été précédemment adoptée. ⁵¹ Devant ce genre de pratique, personne ne sera surpris d'apprendre que de nombreuses voix se sont élevées pour critiquer les effets pervers de ce délai de trois ans et de la faculté de *révocation* du consentement. ⁵²

Article 39 :

« (1) La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise dans l'année suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification que si l'assemblée législative de chaque province a préalablement adopté une résolution d'agrément ou de désaccord.

(2) La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise que dans les trois ans suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification. »

Article 46 :

« (1) [...]

(2) Une résolution d'agrément adoptée dans le cadre de la présente partie peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise. »

⁴⁷ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 88; Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 96-97

⁴⁸ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 175; André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 88

⁴⁹ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 96; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 175; André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 88

⁵⁰ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 96

⁵¹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHRING, op. cit., note 4, p. 536

⁵² Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 352 et p. 356; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 281, p. 297 et p. 304; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 175

1.3.2. Une procédure trop étendue dans le temps

Une autre série d'exigences applicables à certaines procédures de modification, mais qui s'additionnent les unes aux autres lorsqu'un projet d'amendement englobe de multiples matières, concerne cette fois la question du niveau d'approbation par les parlementaires. Dans certains cas, cette approbation doit être faite conformément à un seuil de majorité renforcée, soit celui de la majorité des membres des assemblées législatives plutôt que de la simple majorité des votes exprimés par les parlementaires présents au moment du vote. Ce seuil de majorité renforcée doit être appliqué dès qu'un amendement entre dans le domaine de la procédure du « 7/50 avec droit de retrait » ou du « 7/50 avec droit de retrait et compensation ».⁵³ À titre d'illustration, dès qu'un projet de renouvellement du fédéralisme touche à la question de la répartition des compétences, les résolutions adoptées par les assemblées législatives doivent forcément respecter cette règle spéciale, « plus exigeante que la règle habituelle, qui ne requiert que la majorité des membres présents et votants. »⁵⁴ Pour Benoît PELLETIER, cet obstacle additionnel « paraît être d'une utilité douteuse. » Cela ajoute, selon lui, « de la confusion en ce qui a trait à la mise en œuvre de la procédure de modification actuelle ».⁵⁵

Article 38 :

« [...] »

(2) Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogoratoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

[...] »

La question de l'approbation par une majorité de sénateurs peut également poser problème dans la mesure où le Sénat dispose pour certains types de modifications d'un *veto absolu*, alors que pour d'autres modifications les textes constitutionnels n'accordent à la deuxième chambre qu'un *veto suspensif*. En effet, l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que dans le cas des procédures complexes de modification (les procédures du « 7/50 », de l'unanimité et de l'unanimité sélective), il peut être passé outre au défaut car la Chambre des communes peut, après l'expiration d'un délai de cent quatre-vingts jours, adopter une seconde fois la même résolution. Dans de telles circonstances, le *veto* du Sénat n'a qu'un effet suspensif, il ne s'agit alors que d'un moyen dilatoire dans la mesure où ce blocage ne peut se poursuivre au-delà du délai de cent quatre-vingts jours. En revanche, dans le cadre de la procédure unilatérale fédérale (article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), la Chambre haute dispose sur le plan juridique d'un droit de *veto* complet.⁵⁶ Le consentement du Sénat devient alors indispensable à toute réforme qui concerne les matières prévues par la procédure

Article 47 :

« (1) Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens. »

unilatérale fédérale.

1.3.3. L'indivisibilité des réformes et le cumul des exigences

La rigidité et la complexité des formules d'amendement aménagées par la *Loi constitutionnelle de 1982* ont pour effet d'accentuer cette tendance qu'ont les représentants des provinces et des autorités

fédérales à fusionner les changements dans un large projet de « renouvellement du fédéralisme ». Comme il est forcément difficile de réunir les consentements requis pour procéder à une modification constitutionnelle, le processus « donne inévitablement lieu à des négociations mettant aux prises le gouvernement central et les

⁵³ *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 6, article 38 (2)

⁵⁴ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 523

⁵⁵ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 296

⁵⁶ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 511

provinces, au cours desquelles les amendements désirés par chacun des protagonistes font l'objet d'un marchandage. »⁵⁷ Cette tendance au « marchandage presque sans fin »,⁵⁸ pour reprendre les termes de Benoît PELLETIER, produit des projets de changements constitutionnels indivisibles où toutes les modifications sont liées les unes aux autres. À en croire Peter HOGG, cette façon de faire comporte quelques effets pervers :

« *Unfortunately, obtaining an agreement from the first ministers inevitably turns into a process of bargaining, which excludes popular involvement at the crucial moment, and which leaves no assurance that any given position has*

Ce processus de marchandage soulève également des difficultés sur le plan juridique, dans la mesure où les projets de réformes indivisibles impliquent la mise en œuvre simultanée de plus d'une procédure de modification. La modification constitutionnelle devient alors juridiquement encore plus difficile à opérer puisque les exigences particulières des différentes procédures de modification doivent toutes être respectées.

*been accepted or rejected on the merits. »*⁵⁹

Cette forme de *package deal* qui résulte de ce processus provoque la réunion de plusieurs amendements au sein d'un même projet qui doit alors être approuvé ou rejeté dans le cadre d'une seule et même résolution.⁶⁰ Sur le plan politique, ce marchandage entre les revendications traditionnelles du Québec et les attentes du reste du Canada pose des problèmes importants et soulève indirectement toute la question du rapport de force du Québec dans le cadre de négociations multilatérales prescrit par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce processus de marchandage soulève

également des difficultés sur le plan juridique, dans la mesure où les projets de réformes indivisibles impliquent la mise en œuvre simultanée de plus d'une procédure de modification. La modification constitutionnelle devient alors juridiquement encore plus difficile à opérer puisque les exigences particulières des différentes procédures de modification doivent toutes être respectées. La réunion de plusieurs modifications au sein d'une même résolution a pour conséquence non pas la *superposition* des procédures, c'est-à-dire « le fait de retenir la règle la plus contraignante, dont les exigences « contiennent » ou « dépassent » celles des formules plus simples »,⁶¹ mais bien

le *cumul* des procédures, en d'autres termes « l'addition des conditions [...], dont chacune est – à sa façon – plus exigeante que l'autre. »⁶² C'est pourquoi, comme l'affirme James Ross HURLEY et contrairement à ce qui a été parfois avancé lors des débats sur l'Accord du lac Meech, l'unanimité requise par la procédure de l'article 41 (la règle de l'unanimité) et le délai de trois ans applicable à la procédure « 7/50 » sont des exigences cumulatives.⁶³ Ainsi, pour décrire l'impact de ce cumul des procédures propre aux modifications « composites », José WOEHLING et Jacques-Yvan MORIN parlent d'un véritable « *effet multiplicateur* sur la rigidité de la procédure de modification et sur les difficultés de sa mise en œuvre. »⁶⁴ Selon André TREMBLAY, la difficulté de renouveler le fédéralisme « atteint son paroxysme quand on juxtapose, dans un même projet de modifications constitutionnelles, des éléments soumis à la règle dite des « 7/50 » et des éléments soumis à la règle de l'unanimité. »⁶⁵ Or, c'est précisément ce qui se produit lorsque les négociations constitutionnelles portent sur les revendications traditionnelles du Québec.

⁵⁷ José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 5; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 331-333

⁵⁸ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 316

⁵⁹ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 98

⁶⁰ Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 186 : « To avoid the piecemeal unravelling of the agreement, all governments insisted that the Meech Lake package had to be enacted "as is" and that any concerns or objections had to be dealt with in subsequent rounds of constitutional negotiations. »

⁶¹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 532

⁶² Id., p. 532

⁶³ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 92-94

⁶⁴ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 332; Jacques-Yvan MORIN et

José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 533

⁶⁵ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 88

2. Loi sur les veto régionaux

Comme si la procédure formellement prévue par la *Loi constitutionnelle de 1982* n'était pas déjà suffisamment complexe et rigide, les acteurs politiques y ont ajouté au cours des dernières années des contraintes supplémentaires qui, sous prétexte de « compléter » les textes constitutionnels, réduisent encore davantage les chances de succès d'une éventuelle réforme. Bien que très complexe et très rigide, le dispositif mis en place par la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est qu'un *point de départ*. L'une de ces contraintes supplémentaires trouve place dans la *Loi sur les modifications constitutionnelles*.⁶⁶

Adoptée dans un contexte que Jamie CAMERON qualifie de « post-referendum panic »,⁶⁷ la *Loi sur les modifications constitutionnelles* se veut une manière de donner suite aux engagements pris par le premier ministre Jean Chrétien durant la campagne référendaire d'octobre 1995 où les électeurs rejetèrent par une faible marge le projet de souveraineté-partenariat proposé par le gouvernement du Québec.⁶⁸ Ce volet de la stratégie fédérale, souvent désigné par les termes « plan A », consistait à donner suite à certaines revendications constitutionnelles du Québec soit par des actes législatifs, soit par des ententes administratives. À titre d'exemple, l'adoption par la Chambre des communes, le 29 novembre 1995, et par le Sénat le 14 décembre de la même année, d'une résolution ayant pour objet de reconnaître « que le Québec forme, au sein du Canada, une société distincte », témoigne de cette stratégie qui consiste à acquiescer aux demandes traditionnelles du Québec mais sous une forme

non constitutionnelle et non contraignante et dont la portée reste symbolique.⁶⁹ Dans la même perspective, les premiers ministres du reste du Canada se sont entendus en septembre 1997 sur une série d'énoncés de principe, nommés *Déclaration de Calgary*, contenant entre autres la reconnaissance du *caractère unique de la société québécoise* et la réaffirmation du principe d'égalité des provinces.⁷⁰ Quant à la *Loi sur les modifications constitutionnelles*, il s'agissait de consacrer législativement une demande traditionnelle du Québec sans que ce « gain » ne soit constitutionnellement garanti.

Comme si la procédure formellement prévue par la *Loi constitutionnelle de 1982* n'était pas déjà suffisamment complexe et rigide, les acteurs politiques y ont ajouté au cours des dernières années des contraintes supplémentaires qui, sous prétexte de « compléter » les textes constitutionnels, réduisent encore davantage les chances de succès d'une éventuelle réforme.

Toutefois, contrairement à la résolution sur la « société distincte » et à la *Déclaration de Calgary*, l'adoption de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* aura bel et bien des conséquences juridiques substantielles sur les conditions de mise en œuvre de la procédure de modification de la Constitution. En élaborant cette loi, le Parlement fédéral a mis en place un dispositif qui, tout en transformant le veto fédéral en de multiples veto régionaux [2.1.], complique encore davantage un processus de révision déjà sujet à la critique [2.2.].

⁶⁶ *Loi sur les modifications constitutionnelles*, 1996, c. 1

⁶⁷ Jamie CAMERON, « To amend the process of amendment » dans Gérard-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 321

⁶⁸ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 206

⁶⁹ José WOEHRING, « loc. cit. », note 2, p. 53

⁷⁰ Id., p. 54

2.1. D'un veto pour le Québec aux « veto régionaux »

2.1.1. Un dispositif législatif qui « complète » les textes constitutionnels

Sauf exception,⁷¹ la *Loi constitutionnelle de 1982* accorde aux autorités fédérales un droit de *veto* sur toutes les modifications à la Constitution. En adoptant la *Loi sur les modifications constitutionnelles*, le Parlement fédéral se trouve à préciser, législativement, certaines règles de conduite relatives à la manière et aux circonstances dans lesquelles les autorités fédérales pourraient être amenées à exercer leur droit de *veto*. Un tel dispositif est-il conforme à la Constitution? Considérant que toute modification à l'une ou l'autre des procédures d'amendement de la Constitution requiert

Ainsi, trois provinces, le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique, disposent formellement de l'un de ces droits de *veto*. En pratique, il faut toutefois tenir compte du fait que l'Alberta, qui comprend à elle seule plus de 50 % de la population des Prairies, détiendra également cette capacité de faire avorter les futures modifications constitutionnelles.

l'accord unanime de toutes les provinces, il est dès lors permis de s'interroger quant à savoir si l'adoption de cette loi représente une forme de modification indirecte à la procédure d'amendement de la Constitution. Est-ce qu'un organe autre que le pouvoir constituant, en l'occurrence le Parlement du Canada, peut préciser les conditions d'exercice de son droit de *veto* sans que cela ne puisse être considéré comme un changement aux règles qui encadrent le processus de modification de la Constitution? Pour les défenseurs de la constitutionnalité de cette loi, la question ne devrait pas se poser en ces termes puisque la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* n'opèrerait « aucun changement officiel des modalités de modification constitutionnelle instaurées en 1982 ».⁷² En d'autres termes, cette loi ne remplacerait pas le modèle actuel par des modalités non prévues

à l'origine par les autorités constituantes, elle ne ferait qu'*ajouter* à ce même modèle.⁷³ Puisque la Constitution confère aux chambres fédérales un droit de *veto*, celles-ci seraient donc libres d'établir des règles régissant l'exercice d'un droit constitutionnellement prévu.

En vertu de la *Loi sur les modifications constitutionnelles*, le gouvernement du Canada ne peut déposer de résolution autorisant une modification de la Constitution devant la Chambre des communes à moins que cette résolution ait reçu le consentement de l'Ontario, du Québec, de la Colombie-Britannique, d'au moins deux provinces des Prairies représentant au moins cinquante pour cent de la population des Prairies et, enfin, d'au moins deux provinces de l'Atlantique représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région.⁷⁴ Il s'agit donc d'un dispositif législatif par lequel les autorités fédérales se trouvent à « prêter »⁷⁵ leur droit de *veto* en s'abstenant de donner leur accord aux modifications constitutionnelles qui ne sont pas soutenues par l'une des cinq « régions » identifiées. Ainsi, trois provinces, le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique, disposent formellement de l'un de ces droits de *veto*. En pratique, il faut toutefois tenir compte du fait que l'Alberta, qui comprend à elle seule plus de 50 % de la population des Prairies, détiendra également cette capacité de faire avorter les futures modifications constitutionnelles.⁷⁶ En prenant la forme d'un engagement des autorités fédérales à tenir compte de l'opposition d'une « région » à un projet d'amendement constitutionnel, la *Loi sur les modifications constitutionnelles* représente donc une forme de *dévolution* d'une prérogative fédérale vers des « régions/provinces ».

⁷¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, précité note 6, article 45

⁷² Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 328; Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 81

⁷³ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 328

⁷⁴ Article 1 de la *Loi sur les modifications constitutionnelles*, 1996, c. 1

⁷⁵ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 206

⁷⁶ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 339; Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 206

2.1.3. Le champ d'application

La *Loi sur les modifications constitutionnelles* a pour but d'octroyer un droit de *veto* aux différentes « régions » identifiées par la loi. Il va de soi que le dispositif établi ne vise aucunement les procédures de modification pour lesquelles la *Loi constitutionnelle de 1982* accorde déjà un droit de *veto* à toutes les provinces. Ainsi, les modifications qui requièrent le consentement unanime des provinces (article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), de même que celles qui nécessitent l'accord de toutes les provinces concernées, soit la procédure de « l'unanimité sélective » (article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*), n'entrent pas dans le domaine d'application des *veto* régionaux prévu par la *Loi sur les modifications constitutionnelles*. À cette première restriction du champ d'application de la loi, s'en ajoute une deuxième qui concerne cette fois toutes les modifications pour lesquelles un droit de retrait est prévu par la Constitution. C'est

Article 1 de la *Loi sur les modifications constitutionnelles, 1996, c. 1*

« (1) Un ministre de la Couronne ne peut déposer une motion de résolution autorisant une modification de la Constitution du Canada — sauf une modification à laquelle l'Assemblée législative d'une province peut opposer son *veto* en application des articles 41 ou 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou à l'égard de laquelle elle peut exprimer son désaccord en application du paragraphe 38(3) de cette loi — que si la majorité des provinces y a préalablement consenti; cette majorité doit comprendre :

- a) l'Ontario;
- b) le Québec;
- c) la Colombie-Britannique;
- d) au moins deux des provinces de l'Atlantique, pourvu que la population confondue des provinces consentantes représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population des provinces de l'Atlantique;
- e) au moins deux des provinces des Prairies, pourvu que la population confondue des provinces consentantes représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population des provinces des Prairies. »

comme si les auteurs de la loi avaient considéré que « les provinces étaient déjà suffisamment protégées par le droit de retrait. »⁷⁷ Les *veto* régionaux ne sont donc disponibles que pour les changements constitutionnels qui doivent être opérés selon la procédure « 7/50 » et pour lesquels aucun droit de retrait n'est disponible. Cela comprend donc des projets d'amendement touchant des sujets tels que la réforme du Sénat, la reconnaissance de la spécificité québécoise ou encore la modification des garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Une troisième restriction au champ d'application de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* a pour but de limiter les « acteurs » visés par cette loi. En effet, seul le gouvernement fédéral, et non le Parlement, se trouve lié.⁷⁸ Le texte interdit précisément à un « ministre de la Couronne » de présenter une résolution autorisant une modification si les régions définies à l'article 2 n'ont pas préalablement consenti au projet d'amendement envisagé. Analysant cette question, Benoît PELLETIER écrit :

« Techniquement, cela n'empêche pas un député ou un sénateur de soumettre une telle motion, sans devoir se conformer aux exigences de la loi en cause. Il n'en reste toutefois pas moins que cette dernière possibilité nous semble relativement hypothétique, puisque depuis 1982 les accords constitutionnels ont tous été conclus par les gouvernements eux-mêmes et que c'est aux différents premiers ministres qu'il a depuis lors incombé de soumettre ces accords aux assemblées législatives pour ratification ou rejet final. »⁷⁹

Il y aurait donc, selon cette interprétation, un moyen de « contourner » l'opposition d'une région en organisant une forme de « mise en scène » par laquelle un sénateur ou un député d'arrière-banc, plutôt qu'un membre du gouvernement, présenterait une résolution ayant pour objet l'approbation d'un amendement constitutionnel. Toutefois, une telle « astuce » violerait manifestement l'esprit de la *Loi sur les modifications constitutionnelles*, sans parler du prix politique à payer pour une majorité gouvernementale qui aurait indirectement fait fi de l'opposition d'une des régions du Canada.

⁷⁷ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 328; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 288

⁷⁸ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 81

⁷⁹ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 328; Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 81

2.2. Les critiques de la loi

2.2.1. Un veto précaire

Le droit de veto mis en place par la *Loi sur les modifications constitutionnelles* est un veto des plus précaires, et ce, principalement pour trois raisons. Premièrement, il faut souligner que le veto régional n'est pas constitutionnalisé. Ne possédant aucune autorité supralégislative, « il est donc empreint de la précarité qui caractérise les textes législatifs ordinaires. »⁸⁰ Si le Parlement fédéral détient le pouvoir d'adopter cette loi, il doit logiquement disposer de la capacité d'en supprimer les effets. S'appuyant sur sa majorité en chambre, un gouvernement peut, à tout moment et sans trop de difficultés, abroger cette loi.⁸¹ Évidemment, tant qu'il ne sera pas constitutionnellement garanti, un veto régional ne peut répondre aux revendications traditionnelles du Québec, ne serait-ce qu'en raison du fait que ce veto demeure « à la merci d'un changement de volonté politique à Ottawa. »⁸²

... il faut souligner que le veto régional n'est pas constitutionnalisé. [...] S'appuyant sur sa majorité en chambre, un gouvernement peut, à tout moment et sans trop de difficultés, abroger cette loi.

Le deuxième aspect du problème concerne cette fois le fait que rien ne semble contraindre le gouvernement à respecter le contenu de la *Loi sur les modifications constitutionnelles*. En effet, le dispositif établi semble dépourvu de sanctions judiciaires susceptibles d'empêcher l'entrée en vigueur d'un amendement à la Constitution qui ne respecterait pas les dispositions de la loi, tel que le soutient Benoît PELLETIER :

« Il y a lieu de douter cependant que cette loi puisse vraiment donner ouverture à des recours judiciaires, bien que cela soit théoriquement possible. [...] quel sort les tribunaux réserveraient à une résolution qui serait adoptée par le Parlement du Canada sans que les conditions reliées au « veto régional » aient été préalablement respectées. À notre avis les tribunaux seraient très hésitants à déclarer nulle une telle résolution, estimant sans doute que celle-ci relève de l'entière discrétion du Parlement canadien, et ce, en dépit du non-respect des dispositions de la loi en cause. »⁸³

Cette hypothèse d'une « loi sans sanction » pourrait, si elle était confirmée par les tribunaux, réduire les dispositions de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* à une simple manifestation d'intention dotée d'une portée strictement symbolique.

Troisièmement, la *Loi sur les modifications constitutionnelles* n'énonce ni définitions, ni précisions quant aux modes d'expression d'une « opposition » ou d'un « consentement » provincial qui engagerait le gouvernement fédéral à exercer son droit de veto.⁸⁴ Or, il semble que le premier ministre Jean Chrétien ait, lors d'une conférence de presse tenue le 27 novembre 1995, évoqué le fait que ce consentement puisse s'exprimer sous différentes formes, mentionnant au passage les procédures suivantes : avis du gouvernement provincial, vote de l'assemblée législative de la province et référendum.⁸⁵ Ainsi, toujours selon Benoît PELLETIER, un gouvernement fédéral soucieux de respecter la *Loi sur les modifications constitutionnelles*

et déterminé à faire adopter un projet d'amendement à la Constitution qui rencontre l'opposition d'une « région » pourrait alors décider de tenir un référendum dans cette région afin d'obtenir le consentement de cette portion de la population canadienne plutôt que de celui de ses représentants élus. Il écrit : « le veto régional peut servir à légitimer davantage l'usage du référendum comme moyen de faire pression sur le gouvernement ou l'assemblée législative d'une province qui s'opposerait à un quelconque projet de modification constitutionnelle. »⁸⁶ Suivant ce raisonnement, le veto régional accorderait « une caution supplémentaire à la tenue, dans une seule ou quelques-unes des provinces canadiennes, d'un référendum fédéral »⁸⁷. Il faut donc en conclure qu'un gouvernement fédéral déterminé à faire fi de l'opposition d'une région pourrait soit « contourner » ce blocage par la tenue d'un référendum fédéral dans la région récalcitrante, soit choisir de ne pas respecter la loi – misant ainsi sur le fait que celle-ci ne semble pas susceptible de sanctions judiciaires –, soit, enfin, procéder tout simplement à l'abrogation de la loi.

⁸⁰ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 326; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 341

⁸¹ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 82

⁸² José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 24-25

⁸³ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 326

⁸⁴ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 206

⁸⁵ Conférence de presse du premier ministre Jean Chrétien prononcée le 27 novembre 1995 et rapportée par : Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 331

⁸⁶ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 341

⁸⁷ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 341

2.2.2. Un surplus de rigidité

A plusieurs égards, la question des *veto* régionaux introduit une dose supplémentaire de rigidité et de complexité à la procédure de modification de la Constitution. Cette superposition et ce cumul d'exigences provenant à la fois de cette loi et des textes constitutionnels poussent Jamie CAMERON à la conclusion suivante : « far from resolving relations within Confederation, this legislation coexists with the constitutional formula, and confuses the process all the more. »⁸⁸ En effet, les *veto* régionaux ont pour conséquence « d'alourdir significativement le processus de modification constitutionnelle »⁸⁹ en ajoutant des verrous supplémentaires à une procédure de modification déjà particulièrement complexe et rigide. Partageant ce point de vue, Peter HOGG écrit : « even by the standard of accommodating the concerns of Quebec, the regional *veto* statute was probably an unwise initiative, because it makes the Constitution even more difficult to amend, and further reduces the faint hope of genuine constitutional change ». ⁹⁰ En clair, il n'y a que les intérêts des partisans du *statu quo* qui seront servis par l'adoption de la *Loi sur les modifications constitutionnelles*.⁹¹

La *Loi sur les modifications constitutionnelles* aura donc pour effet de rendre encore plus difficile et improbable un renouvellement de la Constitution du Canada favorable aux intérêts du Québec. En pratique, les amendements constitutionnels qui nécessitaient jadis l'appui de sept provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population vont désormais exiger le consentement de deux provinces de l'Atlantique comprenant au moins cinquante pour cent de la population de cette région, en plus du consentement obligatoire du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et d'une autre province des Prairies, le tout représentant cette fois plus

de quatre-vingt-dix pour cent de la population du Canada. De la procédure « 7/50 » on passe donc *de facto* à la procédure « 7/90 ». ⁹² Avec cette rigidité accrue, nous ne sommes plus très loin « de l'application de la règle de l'unanimité à l'égard de presque tous les sujets ». ⁹³ Cette « quasi-unanimité » établie par la *Loi sur les modifications constitutionnelles* est d'ailleurs nettement plus favorable au *statu quo* que la formule d'amendement négociée dans le cadre de la *Charte de Victoria* dont elle s'inspire. Contrairement à la formule des *veto* régionaux mise en œuvre par la loi, la formule initialement prévue par la *Charte de Victoria* regroupait au sein d'une même région toutes les provinces situées à l'ouest de l'Ontario. Par conséquent, ni l'Alberta, ni la Colombie-Britannique ne se voyaient automatiquement dotées d'une capacité de blocage.

Accessoirement, il faut souligner le fait que cette *Loi sur les modifications constitutionnelles* augmente la rigidité de la procédure « 7/50 » non seulement quant au consentement requis des provinces, mais quant au respect des délais. En effet, la loi conduit à retarder le processus d'adoption par les chambres fédérales qui sont tenues d'attendre que se soit exprimé le consentement de toutes les régions susceptibles d'exercer un droit de *veto*. « Ainsi, le Parlement central sera dans certains cas empêché d'aller de l'avant en appuyant *le premier* une proposition de modification constitutionnelle ». ⁹⁴ Condamnées à attendre, les autorités fédérales ne pourront « montrer l'exemple » et faire preuve de leadership en adoptant promptement les amendements constitutionnels qui entrent dans le champ d'application des *veto* régionaux. Cette forme d'inertie pourrait entraîner, à l'instar de ce qui s'était produit pour l'Accord du lac Meech, l'échec du projet de modification, si les chambres fédérales ne pouvaient approuver le projet à l'intérieur du délai de trois ans prévu à l'article 39 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.⁹⁵

⁸⁸ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 335; Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 206.

⁸⁹ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 84; Patrick J. MONAHAN affirme quant à lui : « This result is ironic, given the fact that federalist in the province of Quebec continue to seek constitutional amendments (such as a recognition of Quebec's distinctiveness) that can only be enacted under section 38. *The Regional Veto Act*, enacted to fulfil a commitment made to Quebec federalists, has made the realization of their aspirations for constitutional reform significantly more difficult. »

⁹⁰ À titre d'exemple, la seule modification constitutionnelle adoptée à ce jour en vertu de la procédure « 7/50 » n'aurait pu l'être si la *Loi sur les modifications constitutionnelles* avait alors été en vigueur. En effet, l'absence du gouvernement du Québec aurait alors suffi à faire échouer l'amendement constitutionnel de 1983 qui donnait suite à certaines revendications autochtones.

⁹² Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 207; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 24-25.

⁹³ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 336; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 24-25.

⁹⁴ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 335.

⁹⁵ *Supra*, p. 12.

3. L'ajout de nouveaux participants (territoires, autochtones et groupes d'intérêts)

Déjà en soi passablement complexe et rigide, la procédure de modification prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* apparaît de plus en plus comme un ensemble de *formalités minimales*, une forme de *point de départ* à partir duquel se greffe ensuite une série d'exigences additionnelles.⁹⁶ Nous avons déjà analysé les contraintes supplémentaires qui découlent de l'adoption par le Parlement fédéral

Tout se passe comme si le consentement de ces nouveaux intervenants – bien qu'il ne soit pas juridiquement nécessaire – apparaissait comme *politiquement souhaitable*, voire même dans certains cas *inévitables*.

de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* et nous aborderons au titre suivant la question du référendum comme nouvelle formalité obligatoire qui devra à l'avenir s'ajouter à celles déjà prévues par les textes constitutionnels. À toutes ces nouvelles exigences, il faut également en ajouter une autre, soit celle de l'augmentation du nombre de participants aux négociations constitutionnelles. En effet, il y a eu, au cours des dernières tentatives de renouvellement du fédéralisme, une multiplication des

intervenants dans le processus de négociations constitutionnelles.⁹⁷ Tout se passe comme si le consentement de ces nouveaux intervenants – bien qu'il ne soit pas juridiquement nécessaire – apparaissait comme *politiquement souhaitable*, voire même dans certains cas *inévitables*. Sur ce point, Jamie CAMERON déplore l'écart qui se creuse entre les exigences légales et les attentes politiques qui viennent alourdir encore un peu plus le processus.⁹⁸ Tout cela conduit à une multiplication des revendications constitutionnelles, d'une part, et des acteurs institutionnels qui prétendent porter ces nouvelles revendications, d'autre part. En ce sens, les représentants des territoires et

des peuples autochtones comptent au premier rang de ces acteurs qui aspirent à participer aux éventuelles négociations sur un projet de renouvellement du fédéralisme [3.2.]. À cela s'ajoute aussi un mouvement d'ensemble tendant à la reconnaissance de nouveaux droits et à la formulation de revendications de plus en plus sectorielles faites par les représentants de minorités et par des groupes de pression de plus en plus intéressés par les négociations constitutionnelles [3.1.].

3.1. « Globalisation » des enjeux : la question québécoise dans la mosaïque canadienne

3.1.1. La multiplication des revendications constitutionnelles

Il ne peut aujourd'hui être question d'une réforme du fédéralisme destinée à satisfaire les exigences du Québec et à réparer le « coup de force » de 1982 sans qu'une multitude d'autres demandes de modifications ne soient également formulées par les autres provinces, par les représentants des Premières Nations ainsi que par les groupes d'intérêts et les groupes de défense des minorités. Afin de décrire cette

tendance à la multiplication des revendications constitutionnelles, José WOEHLING parle d'un phénomène de *globalisation* du processus de modification constitutionnelle.⁹⁹ Selon cet auteur, les échecs des accords du lac Meech et de Charlottetown témoigneraient de cette forte tendance à la *globalisation* des enjeux. Initialement conçus comme un *Quebec Round*, c'est-à-dire comme un processus de négociations consacré uniquement aux revendications

⁹¹ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 428

⁹² Montplaisir c. P.G. Québec, [1997] R.J.Q. 109 (C.S.), 124

¹⁰⁰ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 330; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 531

québécoises,¹⁰⁰ les débats entourant l'Accord du lac Meech se sont rapidement élargis aux préoccupations du reste du Canada. Les provinces récalcitrantes ont proposé que leurs revendications soient mises à l'ordre du jour de la phase finale des pourparlers destinés à « sauver » l'entente contestée depuis l'élection de nouveaux premiers ministres provinciaux. C'est ainsi que des négociations considérées au départ comme un *Quebec Round* vont s'ouvrir à des questions complètement étrangères aux demandes « minimales » du gouvernement du Québec, telles que la réforme du Sénat ou celle de « l'égalité des provinces », prétendument compromise par la reconnaissance du « caractère distinct » du Québec. Les négociations entourant l'Accord de Charlottetown vont, quant à elles, consacrer ce passage définitif d'un *Quebec Round* à un *Canada Round* en incorporant par exemple la réforme du Sénat et certaines des revendications autochtones, ainsi qu'en transformant la disposition sur la société distincte de l'Accord du lac Meech en une « clause Canada » à travers laquelle le caractère distinct du Québec devait être interprété à la lumière des autres « valeurs canadiennes ».

Cette tendance à la prise en compte des revendications des autres provinces du début des années quatre-vingt-dix, amène André TREMBLAY à défendre l'hypothèse selon laquelle « le règlement constitutionnel de la question québécoise serait inconcevable sans une réouverture de l'ensemble du dossier et sans le traitement des diverses demandes des autres partenaires et intervenants » dont le résultat, conclut-il, « serait probablement inacceptable pour le Québec. »¹⁰¹ Dans l'état actuel des choses, l'aspiration québécoise à un « compromis Québec/Canada » doit donc laisser place à une perspective plus globale où s'exprimerait une multitude de revendications qui risqueraient de marginaliser encore plus les demandes du Québec. Autrement dit, ce n'est pas parce que le Québec a été seul à dénoncer et à s'opposer vigoureusement à l'adoption de la *Loi*

constitutionnelle de 1982 qu'il est aujourd'hui seul à avoir ses propres revendications constitutionnelles. À la lumière des expériences des accords du lac Meech et de Charlottetown, les autres provinces pourront être tentées à l'avenir de faire avorter les projets d'amendement à la Constitution qui ne prendraient pas en compte leurs propres revendications. La globalisation des enjeux réduit donc les chances d'en arriver à un renouvellement du fédéralisme favorable aux intérêts du Québec.

En plus de subir l'ombrage des préoccupations des autres provinces, les revendications du Québec devront également coexister avec les

En plus de subir l'ombrage des préoccupations des autres provinces, les revendications du Québec devront également coexister avec les demandes de nombreux groupes de pression.

demandes de nombreux groupes de pression. Bien qu'elle se situe en marge du processus de négociations intergouvernementales, la participation des groupes de pression aux débats sur l'avenir constitutionnel rend encore plus difficile l'élaboration d'un consensus susceptible de réunir tous les appuis requis pour un renouvellement du fédéralisme conforme aux intérêts du Québec. À propos de la capacité de ces groupes d'influencer l'ordre du jour et l'issue d'une éventuelle réforme constitutionnelle, José WOEHLING écrit :

« Les politiciens ne sont plus aujourd'hui les seuls acteurs du processus de modification de la Constitution. Toute tentative de réforme constitutionnelle provoque désormais l'intervention quasi automatique de nombreux groupes d'intérêt qui s'opposent à toute modification de la Constitution qu'ils considèrent comme leur étant défavorable, ou qui réclament l'adoption de nouvelles dispositions constitutionnelles pour faire avancer leur cause. Dans la mesure où les gouvernements – fédéral et provinciaux – éprouvent la nécessité politique de tenir compte des demandes ainsi formulées, la modification de la Constitution devient fort difficile. À la limite, un groupe d'intérêt bien organisé, au niveau national ou même dans une seule province, pourrait se trouver en situation de menacer la réussite d'un projet d'amendement. »¹⁰²

À l'instar des gouvernements des provinces

¹⁰¹ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 186 : « all governments insisted that the Meech Lake package had to be enacted "as is" and that any concerns or objections had to be dealt with in subsequent rounds of constitutional negotiations. »

¹⁰² André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 12

¹⁰² José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 333-334; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 534

qui ont tous des intérêts à défendre et des revendications qui leur sont propres, les différents groupes de la société civile (syndicats, associations professionnelles, groupes de défense des minorités, etc.) trouvent dans le processus de négociations constitutionnelles une occasion de consolider des acquis en inscrivant leurs revendications particulières dans les textes constitutionnels.

L'expérience des échecs de l'Accord du lac Meech et du référendum sur l'entente de Charlottetown semble confirmer cette dernière hypothèse. Les objections formulées par les groupes minoritaires furent à l'époque importantes et nombreuses : intervention des anglophones du Québec contre la disposition sur la reconnaissance du Québec comme « société distincte »; intervention des Acadiens du Nouveau-Brunswick afin de constitutionnaliser le principe d'égalité de statut des communautés anglophone et francophone de cette province;¹⁰³ ou encore intervention des associations féministes du Canada anglais contre l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser qui aurait, selon

Dans cette optique nouvelle, la spécificité québécoise n'a rien d'exceptionnelle. Elle s'ajoute à la reconnaissance d'une multitude de particularismes qui, à travers l'action des groupes de défense des minorités, revendiquent eux aussi d'être constitutionnellement reconnus.

ces groupes, compromis les chances d'établir un jour un réseau pancanadien de garderies.¹⁰⁴ Cette forte opposition des groupes de pression a progressivement influencé à la fois l'opinion publique au Canada anglais et le comportement des représentants des provinces. Quant aux représentants des peuples autochtones, leur opposition fut déterminante dans la mesure où elle conduisit à l'obstruction parlementaire faite par le député manitobain Elijah HARPER qui réussit à empêcher le débat sur la résolution par laquelle l'Assemblée législative du Manitoba aurait pu donner son consentement à l'Accord du lac Meech.¹⁰⁵ En ce sens, l'échec de l'Accord du lac Meech témoigne de la capacité de nuisance, voire même dans certains cas d'une capacité de

blocage, des groupes issus de la société civile lorsqu'ils sont farouchement opposés à un projet d'amendement constitutionnel.

Cette multiplication des intervenants et des demandes constitutionnelles est d'une certaine manière le prolongement logique de l'ordre constitutionnel établi en 1982 par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, la mise en œuvre de cette *Charte* et de la conception canadienne du multiculturalisme ont enclenché une dynamique de *reconnaissance des droits*.¹⁰⁷ Cette dernière a encouragé les différentes composantes de la société à formuler leurs revendications, non plus en termes politiques, mais bien plutôt en s'appuyant sur un langage juridique qui favorise la consécration de droits de plus en plus spécifiques. Comme le souligne Jean-François THUOT, cette ouverture du système juridique à des droits de plus en plus particuliers suit inmanquablement une logique expansive. Il écrit :

« Tant que les actes sont chapeautés par une norme universelle et impersonnelle, les droits sont les mêmes pour tous et se résument à quelques droits fondamentaux, comme dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Mais lorsque la singularité commande l'affirmation des droits, on peut s'attendre à leur prolifération et à leur particularisation. Il y a autant de droits possibles qu'il y a de cas singuliers. »¹⁰⁸

Dans cette optique nouvelle, la spécificité québécoise n'a rien d'exceptionnelle. Elle s'ajoute à la reconnaissance d'une multitude de particularismes qui, à travers l'action des groupes de défense des minorités, revendiquent eux aussi d'être constitutionnellement reconnus. Dans ce contexte, chaque processus de modification constitutionnelle apparaît, pour de nombreux groupes, comme une opportunité unique d'assurer la reconnaissance de leurs préoccupations et de leur place dans cette « mosaïque » canadienne. Analysant cette question, Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING affirment :

¹⁰³ Une telle modification constitutionnelle a effectivement été adoptée par la suite en 1993

¹⁰⁴ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 534-535; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 333

¹⁰⁵ Infra, p. 28

¹⁰⁶ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 315 : « Nous assistons cependant, de nos jours, à une incroyable prolifération des intervenants dans le processus de négociations et de révision constitutionnelles. D'ailleurs, la Charte de 1982 pourrait bien ne pas être étrangère à cette situation. »

¹⁰⁷ Amy GUTMANN, « Introduction », dans Charles TAYLOR, Multiculturalisme : Différence et démocratie, coll. « champs », Paris, Flammarion, 1994, p. 19

¹⁰⁸ Jean-François THUOT, La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie, Québec, Éditions Nota Bene, 1998, p. 26 et p. 177

« [...] la mise en œuvre du processus de modification constitutionnelle tend à devenir l'occasion d'une véritable course au « positionnement symbolique », les groupes ethniques et culturels et les diverses catégories sociales cherchant à obtenir dans l'ordonnement constitutionnel un « créneau » privilégié. »¹⁰⁹

Cette course au *positionnement symbolique* s'est d'ailleurs fait sentir fortement lors des débats entourant les accords du lac Meech et de Charlottetown. Il semble que ces négociations aient été « l'occasion pour les communautés culturelles de contester la pertinence du concept de la « dualité canadienne » et de réclamer son remplacement par celui du « multiculturalisme ». »¹¹⁰

L'intervention des minorités ethnoculturelles était animée par le sentiment que la reconnaissance du Québec comme « société distincte » affaiblissait le statut qui leur avait été octroyé par l'adoption de l'article 27 de la *Charte canadienne* qui consacre le multiculturalisme canadien.¹¹¹ De toute évidence, la restructuration de l'espace politique autour du thème du multiculturalisme plutôt que de celui de la dualité linguistique, ajoutée à la multiplication des intervenants et des revendications, rendent fort improbable la possibilité de relancer un jour un processus de négociations constitutionnelles uniquement consacré aux revendications québécoises.

3.1.2. Les consultations publiques préalables

L'intervention des groupes d'intérêts dans le processus de modification constitutionnelle a, par ricochet, soulevé la question de la participation du public à la définition des projets de réforme constitutionnelle.¹¹² À travers quels forums, instances, audiences publiques, commissions parlementaires, les citoyens préoccupés par ces réformes peuvent-ils s'exprimer? Pour Patrick BOYER le problème est le suivant : « the biggest challenge in this process of Canadian constitution making, on both an institutional and political level, is to find a radically more effective way for the public to participate. »¹¹³ Considérant la complexité inhérente au processus de modification constitutionnelle au Canada, il n'est pas nécessairement facile d'établir un dialogue utile entre les groupes de citoyens et les représentants élus appelés à participer directement aux négociations. Au cours des dernières tentatives de réforme de la Constitution, les consultations publiques préalables ont occupé une place de plus en plus importante. Facilitant l'expression des revendications particulières des groupes de la société civile, ces consultations publiques sont venues alourdir encore un peu plus un processus de modification constitutionnelle déjà fort

complexe.

La province du Manitoba a été la première juridiction à ajouter des formalités à celles déjà prévues par la Constitution de manière à assurer la participation du public. À la suite de la controverse suscitée en 1983-1984 sur la question des droits linguistiques, le Manitoba adopta des dispositions afin de garantir que le consentement de la province à des modifications constitutionnelles ne puisse plus être donné sans qu'il y ait eu préalablement des consultations publiques et un large débat devant l'Assemblée législative. Ainsi, la réforme adoptée le 20 août

Facilitant l'expression des revendications particulières des groupes de la société civile, ces consultations publiques sont venues alourdir encore un peu plus un processus de modification constitutionnelle déjà fort complexe.

1986 prévoit « qu'une motion gouvernementale portant sur la modification de la Constitution du Canada a préséance sur toutes les autres affaires de la Chambre » et qu'avant le sixième jour de débats sur la motion, « celle-ci doit être renvoyée à un comité permanent ou à un comité spécial chargé de recevoir les mémoires du public et de faire rapport à la Chambre. »¹¹⁴ C'est d'ailleurs en partie à cause d'erreurs de procédure et du non-respect des délais prévus par cette réforme que l'Assemblée législative du Manitoba n'a pu, en

¹⁰⁹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 535

¹¹⁰ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 334

¹¹² Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 97

¹¹³ Patrick BOYER, *The People's Mandate : Referendum and a More Democratic Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 158

¹¹¹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 534-535; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 333

¹¹⁴ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 170

juin 1990, donner son consentement à l'Accord du lac Meech.¹¹⁵ James Ross HURLEY résume ainsi ces événements :

« La Chambre n'avait pas été avisée du dépôt des résolutions avant sa journée de séance du 12 juin, et ce fait, joint à d'autres erreurs de procédure et à l'absence de consentement unanime pour suspendre la procédure habituelle, a fait que le débat n'a pu commencer avant le 20 juin. Rendu au 23 juin, il était à l'évidence devenu impossible de renvoyer la motion à un comité chargé de recevoir les mémoires du public et de faire rapport à la Chambre avant minuit ce jour-là, délai fixé pour la ratification. Environ 3 700 personnes avaient déjà exprimé le désir d'être entendues par le Comité. »¹¹⁶

Bien plus qu'une modification strictement limitée aux questions de procédure parlementaire, cette réforme a pour effet d'assurer la participation du public à travers le processus de consultation obligatoire et de rendre un peu plus difficile encore la ratification des modifications constitutionnelles dans cette province.¹¹⁷

Cet exemple manitobain fait ressortir l'importance du moment où les consultations publiques doivent avoir lieu. Lorsque les consultations publiques interviennent entre la conclusion d'une entente fédérale-provinciale et l'adoption par les parlementaires des résolutions qui formalisent le consentement de chaque juridiction, les audiences publiques sont souvent peu utiles. Étant tenues dans une situation où il est manifestement trop tard pour apporter des modifications au contenu du projet, ces consultations risquent alors d'accentuer la « frustration » et le mécontentement des groupes qui y participent.¹¹⁸ C'est pourquoi les consultations publiques préalables doivent avoir lieu de préférence avant la conclusion d'une entente fédérale-provinciale. À titre d'illustration, avant que ne soit négocié le contenu de l'Accord du lac Meech, le Québec fut la seule province « où un comité parlementaire examina les principes

de l'accord avant sa conclusion. »¹¹⁹ Après l'échec de cette tentative de réforme, toutes les provinces organisèrent une réflexion sur l'avenir constitutionnel du Canada. Audiences publiques, tables rondes, groupes d'experts, toutes les provinces « avaient un but commun : se faire une idée plus claire de l'opinion de leur population au sujet de la Constitution. »¹²⁰ Au niveau fédéral, l'abondance des consultations fut sans précédent¹²¹ : création du Citizens' Forum on Canadian Unity présidé par Keith Spicer,¹²² du comité mixte Beaudoin-Edwards,¹²³ du comité mixte Beaudoin-Dobbie¹²⁴ et d'une série de cinq conférences organisées pour permettre à certains groupes d'intérêts et au public de discuter les propositions constitutionnelles du gouvernement fédéral.¹²⁵ Ironiquement, les conclusions de chacun de ces processus comportaient des recommandations pour inciter le gouvernement fédéral à faire encore de plus grands efforts en matière de consultations publiques préalables.¹²⁶

¹¹⁵ Id., p. 171

¹¹⁶ Id., p. 171

¹¹⁷ Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 97 : « no amount of public consultation guarantees the success of proposals to amend the Constitution. However, it is probably safe to assume that an absence of public consultation does guarantee failure. »

¹¹⁸ À titre d'exemple, les consultations tenues dans les provinces après la négociation de l'Accord du lac Meech, mais avant sa ratification : « The hearings and debates that occurred in the different provinces also created an expectation that changes or modifications would and should be possible. When governments refused to honour those expectations and would not permit even minor changes, the objections to the executive-dominated process were heightened even further. » Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 186

¹¹⁹ Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum? », [1997] 38 C de D., p. 594

¹²⁰ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 117-118

¹²¹ « An extraordinarily widespread public consultation » pour rendre les termes de Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 97 : « Never in the history of Canada (and perhaps anywhere else) had there been such a thorough public consultation in preparation for a set of constitutional amendments. »

¹²² FORUM DES CITOYENS SUR L'AVENIR DU CANADA, Rapport à la population et au gouvernement du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1991 (Commission Spicer); Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada : The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 54

¹²³ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 413-416; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 364

¹²⁴ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE RENOUVELLEMENT DU FÉDÉRALISME, Rapport, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Dobbie], reproduit par : André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 433

¹²⁵ José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 21; Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 97

¹²⁶ À titre d'exemple, la recommandation 18 du rapport Beaudoin-Edwards proposait de « rendre obligatoire la tenue d'audiences publiques parlementaires sur toute proposition de modification de la Constitution initiée par le gouvernement du Canada ou à laquelle le gouvernement du Canada a donné son accord de principe et que les audiences se tiennent suffisamment tôt pour permettre des changements à cette proposition » alors que la recommandation 19 proposait au province de faire de même. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 416; Le rapport du la Commission Spicer recommandait, quant à lui, d'augmenter la participation des citoyens aux discussions constitutionnelles par une large consultation. FORUM DES CITOYENS SUR L'AVENIR DU CANADA, Rapport à la population et au gouvernement du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1991 (Commission Spicer)

3.2. Les représentants des territoires et des peuples autochtones dans le processus de révision de la Constitution

3.2.1. La participation des territoires

Dotés d'une autonomie partielle et de compétences moindres que celles des provinces, les territoires du Nord-Ouest, du Yukon et du Nunavut ne constituent pas à proprement parler des États membres de la fédération. Contrairement aux provinces, la participation des territoires à l'exercice du pouvoir constituant n'est pas exigée par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aucune des procédures analysées précédemment ne requiert l'assentiment ni même la consultation des représentants des territoires au processus de modification de la Constitution. Cependant, plutôt que de s'en tenir aux exigences formelles prévues par les textes, les autorités fédérales ont, au cours des dernières années, préféré élargir le nombre de participants aux négociations constitutionnelles en invitant les représentants des territoires à prendre part aux discussions importantes concernant l'avenir constitutionnel du Canada.

Dès 1991, la participation des gouvernements des territoires aux conférences constitutionnelles comptait déjà parmi les recommandations du comité mixte Beaudoin-Edwards et, par la suite, parmi celles du comité mixte Beaudoin-Dobbie chargé entre autres de proposer des améliorations au processus de modification constitutionnelle après l'échec de l'Accord du lac Meech.¹²⁷ Ces recommandations ont été concrétisées lorsqu'en 1992 les territoires participèrent aux rencontres des premiers ministres d'Ottawa et de Charlottetown précédant le référendum de 1992.¹²⁸ Or, cette participation des représentants des territoires risque fort de constituer un précédent dont il faudra effectivement tenir compte à l'avenir.¹²⁹

¹²⁷ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 415; COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE RENOUVELLEMENT DU FÉDÉRALISME, Rapport, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Dobbie], reproduit par : André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 428-450

¹²⁸ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 126

L'ajout des gouvernements des trois territoires à une table de négociations qui compte déjà les gouvernements des dix provinces et du fédéral risque de rendre encore plus difficile l'obtention d'un consensus favorable aux intérêts du Québec. Certains auteurs vont même jusqu'à s'interroger quant à savoir si cette participation des territoires et leur consentement à l'Accord de Charlottetown n'auraient pas fait naître une convention constitutionnelle.¹³⁰ Toutefois, à l'instar de Benoît PELLETIER : « nous ne croyons pas que l'on puisse vraiment parler pour l'instant, sur la seule foi du précédent créé par l'*Entente de Charlottetown*, de l'existence d'une convention constitutionnelle favorable à

... cette participation des représentants des territoires risque fort de constituer un précédent dont il faudra effectivement tenir compte à l'avenir. L'ajout des gouvernements des trois territoires à une table de négociations qui compte déjà les gouvernements des dix provinces et du fédéral risque de rendre encore plus difficile l'obtention d'un consensus favorable aux intérêts du Québec.

la participation des territoires aux négociations constitutionnelles, ni même d'une convention constitutionnelle allant dans le sens d'un droit de *veto de facto* en faveur des territoires », ¹³¹ De manière plus générale, il ne nous semble pas approprié de « traiter les territoires comme s'ils constituaient déjà de véritables provinces ». ¹³² Du reste, qu'il y ait convention ou non, il faut conserver à l'esprit que les territoires ont eux aussi des attentes et des revendications en matière constitutionnelle qui devraient normalement les conduire à tenter de participer à d'éventuelles négociations constitutionnelles. Cette intervention des territoires – qu'elle soit soutenue ou non par le fédéral et les provinces – risque fort de compliquer encore un peu plus la mise en œuvre du processus de modification constitutionnelle. ¹³³

¹²⁹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 577

¹³⁰ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 283

¹³¹ Id., p. 286

¹³² Id., p. 309

¹³³ Id., p. 287

3.2.2. Le rôle des Premières Nations

Si elle n'accorde aucun droit aux gouvernements des territoires en ce qui a trait au processus de modification constitutionnelle, la Constitution, telle qu'amendée en 1983, consacre le droit des représentants autochtones d'être consultés lorsqu'un projet de modification constitutionnelle les concerne. En effet, l'adoption de l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a constitutionnalisé le droit des Autochtones de participer aux conférences constitutionnelles qui ont pour objet des questions qui les intéressent.¹³⁴ Seulement, il semble que le comportement des acteurs politiques ait encore une fois largement dépassé les exigences prévues par la Constitution.

... la question du consentement des Autochtones aux amendements constitutionnels soulève de nombreux débats. Certains constitutionnalistes considèrent que l'accord des Autochtones est nécessaire dès qu'une modification à la Constitution a pour objet une question qui touche leurs intérêts.

Après avoir sévèrement critiqué l'Accord du lac Meech, les représentants des Premières Nations ont fait pression pour assurer leur participation et la prise en compte de leurs revendications lors des négociations constitutionnelles suivantes. Les recommandations du comité mixte Beaudoin-Edwards et du comité mixte Beaudoin-Dobbie vont appuyer cette idée selon laquelle les Autochtones devraient être « invités à participer à toute future conférence constitutionnelle »¹³⁵ et non plus seulement aux négociations qui les concernent comme le prévoient pourtant les textes constitutionnels. Le gouvernement fédéral va suivre ces recommandations dans le cadre des négociations précédant l'Accord de Charlottetown. Ainsi, en août 1992, les représentants de l'Assemblée des Premières Nations, du Conseil Amérindien du Canada,

du Tapirisat Inuit du Canada et du Conseil National des Métis participèrent à part entière aux rencontres des premiers ministres qui débouchèrent sur un consensus.¹³⁶

Si le droit des représentants autochtones d'être consultés sur les projets de modification qui les concernent ne fait pas de doute, et si les pratiques politiques semblent converger vers la participation des Autochtones à toutes les négociations constitutionnelles, il n'en reste pas moins que la question du consentement des Autochtones aux amendements constitutionnels soulève de nombreux débats. Certains constitutionnalistes considèrent que l'accord des Autochtones est nécessaire dès qu'une modification à la Constitution a pour objet une question qui touche leurs intérêts. Le fondement de cette règle du consentement obligatoire découlerait soit du rôle de fiduciaire des autorités fédérales et du principe de « l'honneur de la Couronne », soit d'une convention constitutionnelle.¹³⁷

Déjà en 1991, le rapport du comité mixte Beaudoin-Edwards recommandait « qu'aucune modification à la Constitution du Canada qui concernerait directement les peuples autochtones ne puisse se faire sans le consentement desdits peuples autochtones du Canada. »¹³⁸ Dans le même sens, l'Accord de Charlottetown prévoyait formellement que le « consentement substantiel » des Autochtones était requis pour toute modification aux dispositions qui les concernent.¹³⁹ En d'autres termes, l'Accord de Charlottetown reconnaissait ni plus ni moins qu'un véritable droit de *veto* aux Autochtones sur toute modification les touchant directement.¹⁴⁰ L'Accord n'apportait néanmoins aucun indice quant à la manière de définir ces objets qui concernent directement les peuples autochtones.¹⁴¹ Cette idée de droit de *veto* des

¹³⁴ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 143; Peter HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », [1993] 31 Osgoode Hall L. J., p. 59; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 373-376. Selon Benoît PELLETIER, ce droit d'être consulté s'appliquerait précisément à l'égard de toute modification aux articles 25, 35 et 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 277-278

¹³⁵ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 415; COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE RENOUVELLEMENT DU FÉDÉRALISME, Rapport, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Dobbie], reproduit par : André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 433

¹³⁶ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 126

¹³⁷ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 338; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 283; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 23

¹³⁸ COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, op. cit., note 8, p. 414

¹³⁹ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 143; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 127

¹⁴⁰ James Ross HURLEY, La op. cit., note 5, p. 127; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 376

¹⁴¹ Guide de la politique fédérale : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie. http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_f.html

Autochtones en quelques sortes survécu à l'échec de l'Accord de Charlottetown puisqu'elle fut reprise dans le rapport de la Commission Dussault-Erasmus qui a suggéré que les Autochtones obtiennent formellement un droit de *veto* à l'égard des modifications touchant directement leurs droits. À défaut de procéder à une telle modification constitutionnelle, la Commission Dussault-Erasmus proposait d'élargir la *Loi sur les modifications constitutionnelles* de façon à y prévoir une protection.¹⁴²

Loin de simplifier le processus de négociations constitutionnelles, la participation des Autochtones aux pourparlers entourant d'éventuelles modifications de la Constitution risque d'être encore une fois une difficulté de plus. Certes, il n'est guère facile de déterminer si les représentants autochtones doivent obligatoirement consentir aux modifications constitutionnelles; toutefois, avant de reconnaître un tel droit de *veto*, encore faudrait-il à tout le moins être en mesure de définir préalablement les modes d'expression de ce consentement autochtone. Par quelles instances et selon quelles procédures ce consentement autochtone doit-il s'exprimer? Il s'agit là de questions qui dépassent largement l'objet de la présente analyse. Il suffit

pour l'instant de constater que, sur le plan politique, les gouvernements des provinces et du fédéral, soucieux d'assurer le succès d'une éventuelle réforme du fédéralisme, seront fort probablement tentés d'obtenir le consentement des Autochtones. Autrement dit, « il y a fort à parier que, bien que le consentement des Autochtones ne soit pas requis *théoriquement* pour la modification constitutionnelle du Canada, celui-ci soit néanmoins requis *politiquement* de nos jours. »¹⁴³

Article 35.1

« Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la « Loi constitutionnelle de 1867 », de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

- a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification;
- b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question. »

¹⁴² Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 5, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p. 136 [Commission Dussault-Erasmus]

¹⁴³ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 286

4. Le référendum constitutionnel obligatoire

De toutes les nouvelles exigences qui se sont ajoutées ces dernières années aux procédures formelles prévues par la *Loi constitutionnelle de 1982*, le recours au référendum constitutionnel préalable est sans aucun doute un obstacle majeur à toute réforme

... rien n'empêche le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'une ou de plusieurs provinces d'organiser un scrutin référendaire avant de déposer une résolution parlementaire ayant pour objet la ratification d'un amendement constitutionnel, ...

favorable aux intérêts du Québec. Bien que la Constitution ne prévoie pas le référendum, il faut néanmoins convenir qu'elle n'en interdit pas non plus l'usage.¹⁴⁴ Malgré le silence des textes, rien n'empêche le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'une ou de plusieurs provinces

d'organiser un scrutin référendaire avant de déposer une résolution parlementaire ayant pour objet la ratification d'un amendement constitutionnel,¹⁴⁵ auquel cas, le référendum apparaîtrait comme une « procédure annexe à la formule de modification ».¹⁴⁶ Il s'agit alors d'un

complément qui s'ajoute aux autres formalités déjà prescrites. C'est dans cette voie que les provinces et le gouvernement fédéral se sont engagés depuis l'échec de l'Accord du lac Meech. L'adoption de lois provinciales rendant le référendum constitutionnel

obligatoire de même que les référendums du 26 octobre 1992 sur l'Accord de Charlottetown [4.1.], tenus simultanément au Québec et au Canada, ont eu pour conséquence de favoriser encore un peu plus le *statu quo* constitutionnel [4.2.].

4.1. Les lois provinciales et le référendum constitutionnel

4.1.1. Les provinces où le référendum constitutionnel est dorénavant obligatoire

Sans aller jusqu'à proposer la tenue d'un référendum préalable à l'adoption de toute résolution ayant pour objet la modification de la Constitution, la province du Manitoba a été néanmoins la première juridiction à ajouter des formalités à celles déjà prévues par la Constitution de manière à assurer la participation du public.¹⁴⁷ Cette technique des consultations préalables et obligatoires, adoptée par le Manitoba, va être par la suite reprise et approfondie par les autres provinces de l'Ouest au lendemain de l'échec de l'Accord du lac Meech. Dans un contexte où l'absence de participation populaire au processus de

modification constitutionnelle était de plus en plus dénoncée, certaines provinces vont prendre des mesures afin de s'assurer qu'aucun amendement constitutionnel ne soit approuvé sans que les électeurs ne soient préalablement consultés par référendum. C'est le cas entre autres de la Colombie-Britannique qui, en 1990, a d'abord adopté une loi-cadre sur le référendum, le *Referendum Act*,¹⁴⁸ pour ensuite, en mars 1991, proclamer une deuxième loi, soit le *Constitutional Approval Amendment Act*.¹⁴⁹ Cette dernière, qui ne contient qu'un seul article, oblige le gouvernement de la province à tenir un référendum avant de soumettre à l'Assemblée

¹⁴⁴ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 188; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 276; Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 150

¹⁴⁷ Supra, p. 27

¹⁴⁵ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 537

¹⁴⁶ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 170

¹⁴⁸ *Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400

¹⁴⁹ *Constitutional Approval Amendment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67

législative une résolution ayant pour objet une modification constitutionnelle.¹⁵⁰ Les termes employés dans le texte semblent toutefois laisser croire que seul le gouvernement est lié par ce texte de loi. À l’instar de ce qui a été dit précédemment sur la loi fédérale instituant les *vetorégionaux*,¹⁵¹ il pourrait éventuellement être possible pour un gouvernement de contourner l’obligation de tenir un référendum en s’assurant que la ratification soit initiée non pas par un ministre, mais tout simplement par un simple député de la majorité ou de l’opposition.¹⁵² Bien que respectant la « lettre » des textes, une telle « manœuvre » contreviendrait cependant à « l’esprit » de la loi qui vise justement à rendre obligatoire, dans cette province, le recours à la procédure référendaire.

Constitutional Amendment Approval Act, R.S.B.C. 1996, c. 67

Article 1

« The government must not introduce a motion for a resolution of the Legislative Assembly authorizing an amendment to the Constitution of Canada unless a referendum has first been conducted under the *Referendum Act* with respect to the subject matter of that resolution. »

L’Alberta s’est elle aussi engagée dans la voie du référendum constitutionnel obligatoire en adoptant le *Constitutional Referendum Act*.¹⁵³ Déposé le 19 mars 1992, le projet de loi numéro un du gouvernement du premier ministre Don Getty avait pour but d’assurer, par le biais de la procédure référendaire obligatoire, la participation des électeurs au processus de révision de la Constitution du Canada.¹⁵⁴ Semblable au dispositif adopté par l’Assemblée législative de la Colombie-Britannique, *The Constitutional Referendum Act* se démarque cependant par deux aspects qui méritent d’être soulignés. Premièrement, la loi albertaine vise toutes les résolutions – qu’elles soient

¹⁵⁰ Pierre MARQUIS, Les référendums au Canada : les conséquences d’un processus décisionnel populiste pour la démocratie représentative, Coll. Étude générale, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement du Canada, 1994, p. 12-13; Julien COTÉ, La consultation populaire au Canada et au Québec, 3e éd., Québec, Le Directeur général des élections du Québec, 2000, p. 12; James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 171

¹⁵¹ Supra, p. 19

¹⁵² Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 574

¹⁵³ *Constitutional Referendum Act*, R.S.A. c. 25

¹⁵⁴ Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 86

proposées par le gouvernement ou par un député de l’opposition.¹⁵⁵ Deuxièmement, l’article 4 du *Constitutional Referendum Act* prévoit explicitement que les résultats du référendum ont pour effet de lier le gouvernement de la province.¹⁵⁶ Le texte de la loi énonce précisément : « the government that initiated the referendum shall, as soon as possible, take any steps within the competence of the Government of Alberta that it considers necessary or advisable to implement the results of a referendum. »¹⁵⁷ Enfin, mentionnons qu’en septembre 1992, l’Assemblée législative de l’Alberta modifia le *Constitutional Referendum Act* de manière à prévoir explicitement la possibilité de remplacer le référendum provincial obligatoire par un référendum organisé par le gouvernement fédéral comme ce fut le cas le 26 octobre 1992.¹⁵⁸

Constitutional Referendum Act, R.S.A. c. 25

Article 2

« (1) The Lieutenant Governor in Council shall order the holding of a referendum before a resolution authorizing an amendment to the Constitution of Canada is voted on by the Legislative Assembly.

(2) The motion for the resolution may be introduced in the Legislative Assembly before the referendum is held. »

Article 4

(1) If a majority of the ballots validly cast at a referendum vote the same way on a question stated, the result is binding, within the meaning of subsection (2), on the government that initiated the referendum.

(2) If the results of a referendum are binding, the government that initiated the referendum shall, as soon as practicable, take any steps within the competence of the Government of Alberta that it considers necessary or advisable to implement the results of the referendum. »

Article 12

« This Act does not apply to a particular proposal to amend the Constitution of Canada if the Legislative Assembly, on the motion of a member of the Executive Council, approves the substitution of a referendum on that proposal

... >

¹⁵⁵ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 574

¹⁵⁶ Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 195; Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 574; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 2

¹⁵⁷ Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 195

¹⁵⁸ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 136

held under the *Referendum Act* (Canada), but

- (a) the question on the referendum under the *Referendum Act* (Canada) must be acceptable to the Legislative Assembly,
- (b) that referendum must be held before the resolution authorizing the amendment to the Constitution of Canada is voted on by the Legislative Assembly, and
- (c) the result of that referendum, as determined by the majority of ballots validly cast in Alberta, is binding on the Government of Alberta, which shall, as soon as practicable, take whatever steps within its competence that it considers necessary or advisable to implement that result. »

La Saskatchewan a également participé à ce mouvement en faveur du référendum constitutionnel obligatoire qui s'est manifesté dans l'Ouest du Canada durant la période de « l'après Meech ». À l'automne 1991, quelques semaines avant la tenue des élections générales, l'Assemblée législative a adopté une loi-cadre permettant la tenue de référendums facultatifs.¹⁵⁹ Puis, le premier ministre Devine décida de tenir simultanément aux élections générales, le 21

octobre 1991, un référendum ayant pour objet trois questions d'intérêt public. L'une de ces trois questions concernait justement l'opportunité de tenir des référendums sur les projets de révision de la Constitution.¹⁶⁰ La question posée était la suivante : « Toute proposition de changement à la Constitution canadienne devrait-elle être approuvée, par référendum ou plébiscite, par les résidents de la Saskatchewan? » Les résultats de ce « référendum sur le référendum » furent sans équivoque : 79,3 % des votes exprimés furent en faveur du référendum constitutionnel obligatoire alors que seulement 20,7 % des électeurs s'y opposèrent. Cependant, aucune mesure législative ne fut adoptée par la suite afin de faire écho à ce résultat.¹⁶¹ L'élection d'un nouveau gouvernement dirigé par Roy Romanow, le fait que le *Referendum and Plebiscite Act* adopté préalablement permettait à la fois au gouvernement de tenir un référendum et aux citoyens de lancer une initiative populaire au moment de leur choix,¹⁶² et, enfin, le fait que dans les mois qui suivirent le gouvernement fédéral décida finalement d'organiser son propre référendum, sont des facteurs qui ont peut-être contribué à cette absence de transposition législative des résultats référendaires de 1991.

4.1.2. Le référendum constitutionnel facultatif initié par l'État central ou par une province

Cette tendance à faire du référendum préalable un obstacle supplémentaire au processus de ratification des amendements constitutionnels est un phénomène qui s'étend au-delà des frontières des provinces qui se sont dotées de dispositions législatives rendant le référendum constitutionnel obligatoire. D'autres juridictions, sans aller jusqu'à rendre automatique et obligatoire la tenue d'un référendum, ont fait le nécessaire afin de s'assurer que l'organisation d'un référendum portant sur un projet de révision de la Constitution puisse être admis. Le référendum constitutionnel y est donc juridiquement possible, les autorités gouvernementales disposant alors de la capacité d'initier un référendum si elles le jugent opportun. C'est le cas notamment du Québec qui dispose depuis 1978 d'une loi-cadre sur

l'organisation de référendums.¹⁶³ Cette loi ne définissant aucun domaine référendaire, il appartient donc au gouvernement et à l'Assemblée nationale de choisir au cas par cas les matières devant faire l'objet d'un scrutin référendaire.¹⁶⁴ Exceptionnellement, l'Assemblée nationale a, en 1991, adopté une loi spéciale ayant pour objet de rendre obligatoire l'organisation d'un référendum sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec. En effet,

¹⁵⁹ *Referendum and Plebiscite Act*, S.S. 1990-91, c. 8.01

¹⁶⁰ Les autres questions référendaires étaient les suivantes : premièrement, « le gouvernement de la Saskatchewan devrait-il être obligé de présenter un projet de loi sur l'équilibre budgétaire? » (79,7 % de réponses positives contre 20,3 % de réponses négatives) et, deuxièmement, la question de savoir si le gouvernement de la Saskatchewan devait payer pour les avortements légaux effectués dans les hôpitaux de la province (37,4 % de réponse positive contre 62,7 % de réponse négatives). Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 175

¹⁶¹ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 595

¹⁶² Patrick J. MONAHAN écrit : « there is a process whereby electors can force a referendum », Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 188

¹⁶³ *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. 64.1

¹⁶⁴ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Consultations populaires québécoises et référendums fédéraux*, C. de D., vol. 20, 1979, p. 141

afin de donner suite au rapport de la *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* [Commission Bélanger-Campeau], l'Assemblée nationale du Québec adopta la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec* [projet de loi 150] dont l'article premier avait pour but de rendre obligatoire l'organisation d'un référendum sur la souveraineté du Québec au plus tard le 26 octobre 1992.¹⁶⁵ Puis, quelques mois plus tard, l'Assemblée nationale a amendé cette loi de manière à rendre obligatoire un référendum sur un projet de révision constitutionnelle plutôt qu'un référendum sur la souveraineté du Québec.¹⁶⁶ En clair, au lendemain de l'échec de l'Accord du lac Meech, le Québec va, pour sortir de cette crise, emprunter la voie du référendum obligatoire, référendum qui devait initialement porter obligatoirement sur la souveraineté du Québec mais qui, finalement, aura pour objet un projet de modification à la Constitution du Canada.

Terre-Neuve compte également parmi les provinces qui ont manifesté de l'intérêt pour la procédure référendaire durant le période de « l'après-Meech ». D'abord, dans la phase finale des négociations destinées à « sauver » l'Accord du lac Meech, le premier ministre de Terre-Neuve, Clyde Wells, plutôt opposé au contenu du compromis négocié le 9 juin 1990, s'était

montré ouvert à la tenue d'un référendum dans sa province sur cette question. Refusant de donner un appui inconditionnel au projet d'amendement constitutionnel, le premier ministre de Terre-Neuve jongla alors avec la possibilité de soumettre l'entente à un scrutin référendaire.¹⁶⁷ Il décida finalement de ne pas tenir de référendum. Par la suite, l'Assemblée législative de Terre-Neuve modifia le *Election Act* afin de prévoir la tenue de référendums sur les projets de révision de la Constitution.¹⁶⁸ Enfin, les instances fédérales se sont

Exceptionnellement, l'Assemblée nationale a, en 1991, adopté une loi spéciale ayant pour objet de rendre obligatoire l'organisation d'un référendum sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec.

également dotées d'une loi-cadre permettant la tenue de référendums sur des questions constitutionnelles. Adoptée dans les mois précédant la tenue du référendum de 1992 sur l'Accord de Charlottetown, la *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*¹⁶⁹ a établi un cadre juridique permanent à partir duquel le gouvernement du Canada peut, lui aussi, initier un scrutin référendaire – dans l'ensemble ou dans une partie du pays – sur un projet de révision de la Constitution.¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, c. 34, article 1 [projet de loi 150]

¹⁶⁶ Loi modifiant la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1992, c. 47, article 1

¹⁶⁷ Gérard-A BEAUDOIN, op. cit., note 1, p. 362

¹⁶⁸ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 120

¹⁶⁹ *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*, 1992, c. 30

¹⁷⁰ Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 12; Patrick BOYER, op. cit., note 113, p. 82; Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 71

4.1.3. Du référendum obligatoire dans quelques provinces aux référendums dans toutes les provinces

Les lois provinciales sur le référendum obligatoire ont un impact important sur l'ensemble du processus de modification constitutionnelle. Dès lors que certaines provinces décident de tenir des référendums sur l'opportunité de ratifier un projet de révision de la Constitution, il est difficile pour les autorités fédérales et les autres provinces de ne pas suivre ce mouvement. Comment justifier sur le plan politique que les électeurs de certaines provinces puissent s'exprimer directement sur le contenu d'un projet d'amendement alors que les électeurs du reste du pays ne peuvent faire de même? L'initiative référendaire de certaines provinces n'est donc pas sans conséquence sur le processus de ratification des autres provinces. L'analyse des considérations qui ont mené à la décision du gouvernement fédéral et des

... le précédent du référendum de Charlottetown montre comment cette forme de démocratisation de l'exercice du pouvoir constituant a des racines profondes et participe à une tendance générale à laquelle il sera fort difficile d'échapper lors des prochaines tentatives de réforme constitutionnelle.

provinces de tenir un référendum sur l'Accord de Charlottetown illustre cet *effet domino* que peut avoir la décision de quelques provinces sur le comportement de l'ensemble des autorités représentatives du pays. Surtout, le précédent du référendum de Charlottetown montre comment cette forme de démocratisation de l'exercice du pouvoir constituant a des racines profondes et participe à une tendance générale à laquelle il sera fort difficile d'échapper lors des prochaines tentatives de réforme constitutionnelle.

Plusieurs éléments ont conduit à la décision de recourir à la procédure référendaire en 1992. Le choix de tenir un référendum apparaissait premièrement comme une réponse à la critique du fédéralisme exécutif, c'est-à-dire à la critique du fonctionnement des conférences fédérales-provinciales tenues à huis clos qui ne favorisait ni la participation des parlementaires, ni celle du public.¹⁷¹ Vu sous cet angle, le

manque de transparence des négociations intergouvernementales, si souvent dénoncé, était en quelque sorte compensé par la tenue d'un scrutin référendaire.¹⁷² Une deuxième raison qui a pu peser dans le choix de tenir un référendum réside dans ce mouvement de démocratisation de l'exercice du pouvoir constituant qui s'est manifesté à la suite de l'échec de l'Accord du lac Meech.¹⁷³ Alors que le processus de modification constitutionnelle avait traditionnellement été l'affaire des « élites représentatives »,¹⁷⁴ les groupes de citoyens et la population en général vont exprimer le désir d'être consultés en amont par le biais d'audiences publiques et, en aval, par le biais de la procédure référendaire.¹⁷⁵ Troisièmement, le recours au référendum pouvait permettre de s'appuyer sur un consensus populaire afin de faire pression sur les provinces récalcitrantes ou à tout le moins de les inciter à consentir aux modifications constitutionnelles.¹⁷⁶ Devant le caractère manifestement trop rigide et inutilisable des procédures prévues par la *Loi constitutionnelle de 1982*, le référendum de 1992 aurait constitué une alternative ou un complément aux procédures formelles de manière à assurer le nécessaire dénouement d'une sérieuse crise constitutionnelle.¹⁷⁷ À tous ces facteurs qui ont pu contribuer à favoriser le recours au référendum afin de ratifier l'Accord de Charlottetown, il faut enfin en ajouter un quatrième, soit le fait que plusieurs provinces étaient juridiquement tenues d'organiser un

¹⁷¹ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 186-187

¹⁷² L'Patrick BOYER, op. cit., note 113, p. 164; André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 133; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 536; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 336

¹⁷³ Selon Patrick BOYER : « people were insisting on the need for government to obtain a popular mandate for any proposed constitutional changes » Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 53 et p. 224; Julien CÔTÉ, op. cit., note 150, p. 23; Duff CONACHER, *Power to the People : Initiative, Referendum, Recall and the Possibility of Popular Sovereignty in Canada*, University of Toronto Faculty of Law Review, vol. 49, no : 2, 1991, p. 199-200; Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 571; Jamie CAMERON, loc. cit., note 67, p. 318; Peter HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », [1993] 31 Osgoode Hall L. J., p. 43

¹⁷⁴ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 600

¹⁷⁵ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 356; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 282; Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 224

¹⁷⁶ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 596; Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 56 et 63; James Ross HURLEY, op. cit., note Erreur ! Signet non défini., p. 170

¹⁷⁷ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 341; Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 53 et p. 235

référendum.¹⁷⁸ Dès lors qu'il existait certaines lois rendant obligatoire le référendum constitutionnel, la question n'était plus de savoir s'il allait y avoir ou non un référendum. Il s'agissait plutôt de déterminer combien de référendums seraient organisés et si tous les électeurs allaient pouvoir se prononcer ou seulement une partie de ceux-ci.

La décision de recourir au référendum constitutionnel en 1992 est donc le résultat d'une série de facteurs qui dépassent largement les considérations liées à la conjoncture particulière de « l'après-Meech ». Le contexte politique et institutionnel de 1992 n'ayant pas significativement évolué depuis, les considérations politiques et stratégiques qui ont conduit à la décision de tenir un référendum à cette époque risquent d'être à nouveau présentes s'il y avait une nouvelle tentative de réforme constitutionnelle. La critique du fédéralisme exécutif, le besoin de démocratiser l'exercice du pouvoir constituant, la difficulté de réunir tous les consentements requis et l'espoir qu'un fort appui populaire puisse inciter les provinces récalcitrantes à consentir à certaines modifications sont là des considérations qui demeurent encore pertinentes aujourd'hui. Mais surtout, aussi longtemps que certaines provinces vont être dotées de lois rendant obligatoire la tenue d'un référendum, tout projet de modification

à la Constitution va inévitablement continuer de soulever la question de savoir s'il y aura un référendum dans toutes les provinces ou seulement dans certaines d'entre elles. Comme le soutient Sébastien GRAMMOND, « c'est sans doute l'incongruité d'une situation où seuls les citoyens de trois des dix provinces auraient été appelés à se prononcer sur l'Accord de Charlottetown qui poussa le gouvernement fédéral à consulter la population de l'ensemble du pays. »¹⁷⁹ Les lois provinciales sur le référendum

... aussi longtemps que certaines provinces vont être dotées de lois rendant obligatoire la tenue d'un référendum, tout projet de modification à la Constitution va inévitablement continuer de soulever la question de savoir s'il y aura un référendum dans toutes les provinces ou seulement dans certaines d'entre elles.

obligatoire risquent donc de produire un *effet domino* sur l'ensemble du processus de ratification des amendements constitutionnels. Ainsi, du référendum obligatoire dans certaines provinces seulement on passe au référendum politiquement nécessaire dans toutes les provinces, ce qui ne manquera pas de soulever la question de l'existence d'une convention constitutionnelle sur l'organisation d'un scrutin référendaire préalable à toute modification en profondeur de la Constitution.

¹⁷⁸ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p 571

¹⁷⁹ Id., p. 596

4.2. Le référendum constitutionnel : un obstacle supplémentaire à une réforme constitutionnelle

4.2.1. L'existence d'une convention constitutionnelle sur le référendum obligatoire

Particulièrement fréquentes dans la tradition britannique, les conventions constitutionnelles comptent parmi les sources essentielles du droit constitutionnel canadien.¹⁸⁰ Élaborées empiriquement, elles représentent « une forme d'accord tacite au sein de la classe politique voulant que telle règle doive être suivie malgré son absence de force juridique. »¹⁸¹ Les conventions constitutionnelles sont donc reconnues par les tribunaux,¹⁸² mais elles ne sont pas nécessairement sanctionnées par ceux-ci.¹⁸³ Afin de déterminer s'il existe ou non une convention constitutionnelle, trois conditions doivent être réunies : premièrement, il doit y avoir des précédents; deuxièmement, les acteurs politiques doivent se sentir liés par la règle qui découle des précédents; troisièmement, la convention constitutionnelle doit avoir une raison d'être. Or, si la première et la troisième condition ne font aucun doute dans le cas de la pratique référendaire, la question de savoir si les acteurs politiques se sentent liés par les précédents reste encore à établir. Les auteurs sont donc partagés entre ceux qui pensent qu'une convention constitutionnelle est en train de prendre forme¹⁸⁴ et ceux qui constatent déjà l'existence d'une telle norme.¹⁸⁵ À tout le moins, il semble y avoir un fort consensus sur le poids politique des précédents et sur le fait que le référendum constitutionnel apparaisse comme une solution de plus en plus inévitable pour l'avenir.

Le référendum constitutionnel de 1992, organisé au Québec en vertu de la *Loi sur la consultation populaire*¹⁸⁶ et dans le reste

du pays en vertu de la loi fédérale,¹⁸⁷ apparaît comme un précédent incontournable.¹⁸⁸ Selon Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, « celui-ci constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Peu de politiciens fédéraux ou provinciaux voudront désormais encourir l'impopularité résultant d'une tentative de modifier la Constitution sans recourir au référendum. »¹⁸⁹ En plus de cette expérience pancanadienne de 1992, il faut également prendre en compte d'autres récents précédents qui ont conduit à des référendums provinciaux, soit sur des propositions d'amendement à la Constitution, soit sur des questions matériellement constitutionnelles. À Terre-Neuve, en plus des deux référendums tenus en 1948 sur la question de l'adhésion de la province à la fédération canadienne,¹⁹⁰ les référendums du 5 septembre 1995 et du 2 septembre 1997 sur l'approbation de modifications constitutionnelles relatives au régime des écoles confessionnelles s'inscrivent dans cette tendance du recours aux référendums sur les projets d'amendement constitutionnel. Ces modifications constitutionnelles, conduites selon la procédure de l'unanimité sélective,¹⁹¹ ont fait l'objet de référendums préalables organisés à l'initiative des autorités terre-neuviennes.¹⁹²

¹⁸⁰ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 42-50

¹⁸¹ Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 585-586

¹⁸² Renvoi : résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753; Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793

¹⁸³ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 46-49

¹⁸⁴ Id., p. 251; André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 100; Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 13-14

¹⁸⁵ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 189; Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada: The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 254; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 22; Peter RUSSELL & Bruce RYDER, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire no 97), p. 19

¹⁸⁶ *Loi sur la consultation populaire*, précité note 163

¹⁸⁷ *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*, précité 169

¹⁸⁸ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 100; Maurice CROISAT, Franck PETITEVILLE et Jean TOURNON, *Le Canada, d'un référendum à l'autre. Les relations politiques entre le Canada et le Québec, 1980-1992*, Talence, Association française d'études canadiennes, 1992, p. 123;

¹⁸⁹ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 577; Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 13-14

¹⁹⁰ Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 119-123; Centre d'information sur l'unité canadienne, *Pour mieux comprendre les référendums : six cas historiques : Australie, Terre-Neuve, Irlande, Norvège, Danemark, Royaume-Uni*, Ottawa, Centre d'information sur l'unité canadienne, 1978, p. 11; Richard THEORET, *The use of the referendum in Canada*, Dans Donald C. ROWAT [dir], *The Referendum and Separation Elsewhere : implications for Quebec*, Ottawa, Département de science politique de l'Université Carleton, 1978, p. 26; Julien CÔTE, op. cit., note 150, p. 21; Mollie DUNSMUIR, *Référendums : l'expérience canadienne dans un contexte internationale*, Étude générale BP-271F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, p. 22

¹⁹¹ *Supra*, p. 8

¹⁹² Daniel PROULX, loc. cit., note 31, p. 41-94

D'autres provinces ont aussi tenu des référendums sur des questions matériellement constitutionnelles, mais qui en l'espèce ne nécessitaient pas de modification formelle. Il s'agit entre autres des référendums portant sur le choix d'un mode de scrutin du 17 mai 2005 en Colombie-Britannique, du 28 novembre 2005 à l'Île-du-Prince-Édouard et d'octobre prochain en Ontario,¹⁹³ ainsi que du scrutin référendaire du 17 octobre 1991 organisé par le gouvernement de la Colombie-Britannique et qui portait sur la mise en place de procédés de démocratie directe (initiative populaire et révocation des députés).¹⁹⁴ Enfin, les référendums québécois de 1980 et de 1995 témoignent également de la nécessité de faire approuver par la population un changement constitutionnel aussi fondamental que celui de faire du Québec un pays. La Cour suprême a d'ailleurs confirmé, à sa manière, la légitimité de cette démarche référendaire en insistant sur l'obligation de négocier de bonne foi qui incomberait aux autorités politiques au lendemain d'un vote clairement favorable à la souveraineté du Québec.¹⁹⁵

Tous ces précédents ont donc fait naître des attentes qui, d'une certaine manière, sont en train de contraindre les gouvernements des provinces et du fédéral à s'engager dans la voie du référendum constitutionnel. « There are political expectations which must be met to cloak any process of amendment in legitimacy, écrit Jamie CAMERON. First is the expectation of popular ratification, which is virtually entrenched in political culture

following the two Quebec referenda of 1980 and 1995, the Charlottetown referendum of 1992, the introduction of referendum legislation across the country, and perennial anticipation of the next referendum on Quebec's future. »¹⁹⁶ Devenu de plus en plus incontournable dès qu'un changement institutionnel fondamental est à l'ordre du jour, le référendum constitutionnel apparaît également de plus en plus comme un nouveau « standard démocratique ». ¹⁹⁷ Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la

La Cour suprême a d'ailleurs confirmé, à sa manière, la légitimité de cette démarche référendaire en insistant sur l'obligation de négocier de bonne foi qui incomberait aux autorités politiques au lendemain d'un vote clairement favorable à la souveraineté du Québec.

majorité des auteurs s'entendent sur le fait qu'une convention constitutionnelle soit sur le point de prendre forme.¹⁹⁸ Se montrant plus affirmatifs, certains vont même jusqu'à considérer que les conditions nécessaires pour une telle convention constitutionnelle sont déjà réunies.¹⁹⁹ De toute évidence, la force des précédents, combinée à l'existence de lois provinciales rendant le référendum obligatoire dans certaines provinces, rendront encore plus difficile le projet de modifier la Constitution dans le sens des intérêts du Québec, puisque les modifications requises devront, en plus de répondre aux autres exigences déjà mentionnées précédemment, bénéficier d'un fort appui au sein de l'électorat.

¹⁹³ James R. ROBERTSON et Michael ROWLAND rapportent qu'en plus de ces deux référendums, il faut également souligner l'engagement pris par le premier ministre de l'Ontario, David McGuinty, de tenir un référendum sur cette question avant de procéder à toute modification au mode de scrutin, ainsi que les recommandations de la Commission sur la démocratie législative du Nouveau-Brunswick qui a récemment proposé au gouvernement de cette province de tenir un référendum préalablement à toute modification au mode de scrutin. Cité dans James R. ROBERTSON, Michael ROWLAND, Les projets de réforme électorale dans diverses provinces du Canada, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2006, p. 3-5

¹⁹⁴ Research Centre on Direct Democracy (C2D), Université de Genève : <http://c2d.unige.ch>

¹⁹⁵ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

¹⁹⁶ Jamie CAMERON, loc. cit., note 67, p. 322

¹⁹⁷ Matthew MENDELSON, Introducing deliberative direct democracy in Canada : Learning from the American experience, [1996] 26 Can. Rev. Am Stud., p. 1/13

¹⁹⁸ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 251; André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 100; Contra : Sébastien GRAMMOND, loc. cit., note 152, p. 596-597

¹⁹⁹ Patrick BOYER, op. cit., note 185, p. 254; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 22; Peter RUSSELL & Bruce RYDÉ, Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire no 97), p. 19; Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 189 : « it would seem likely that any future constitutional amendment involving significant changes to the Canadian constitution will have to be submitted for approval through a referendum that will be, for all practical intents and purpose, binding on governments. »

4.2.2. L'impasse référendaire

Pour les partisans d'une réforme du fédéralisme, le référendum obligatoire présente plusieurs inconvénients. D'abord, les procédures référendaires sont habituellement plus favorables au *statu quo*. Les expériences étrangères suisse et australienne le confirment : les projets de modifications constitutionnelles soumis au référendum obligatoire dans ces deux pays sont le plus souvent rejetés. En Suisse, à peine 10 % des initiatives populaires constitutionnelles ayant été soumises au vote sont approuvées par une majorité d'électeurs et de cantons.²⁰⁰ En Australie, de 1906 à 1999, seulement 8 des 46 projets soumis aux électeurs ont été acceptés par les électeurs et les États-membres de cette fédération.²⁰¹ Aux États-Unis, plusieurs études portant sur le comportement des électeurs dans le cadre des scrutins référendaires soulignent que les indécis,

... les procédures référendaires sont habituellement plus favorables au *statu quo*.

en cas de doute persistant jusqu'à la fin de la campagne, vont la plupart du temps choisir le *statu quo*.²⁰² Analysant l'influence des dépenses effectuées et l'impact des disparités entre les camps du oui et du non dans les campagnes référendaires des États américains, Thomas E. CRONIN avance quant à lui les conclusions suivantes : « so called big money has only about a 25 percent success rate *in promoting* ballot issues » alors qu'à l'inverse « when big money *opposes* a poorly funded ballot measure, the evidence suggests that the wealthier side has about a 75 percent or better chance of defeating

it. »²⁰³ En d'autres termes, l'étude de Thomas E. CRONIN montre bien que le camp du non a statistiquement plus de facilité à convaincre les indécis et que les disparités financières entre les camps du oui et du non sont nettement plus déterminantes lorsque c'est le camp du non qui dispose des plus gros budgets que lorsque cette disparité est à l'avantage du camp du oui. Bref, selon ces études, il serait, toute chose étant égale par ailleurs, « plus facile » de « battre » un projet de réforme que d'en assurer l'adoption.

Il faut également souligner que, dans la mesure où il oppose généralement un camp du changement relativement homogène et cohérent à de multiples oppositions, le référendum favorise de façon structurelle le *statu quo*.²⁰⁴ Souvent motivés par des considérations concurrentes – qui sont parfois même radicalement opposées –, les votes exprimés contre un même projet

pourront être déterminés, pour les uns, par le caractère trop réformateur de celui-ci et, pour les autres, par la trop grande timidité des réformes proposées. La coalition hétéroclite qui en résulte sera le plus souvent favorable au

statu quo. À titre d'exemple, le rejet par les électeurs en 1992 de l'Accord de Charlottetown illustre ce phénomène : pour une majorité d'électeurs du Canada anglais, le contenu de l'entente comprenait déjà trop de concessions à l'égard du Québec alors que pour la majorité des électeurs du Québec qui votèrent non, les réformes proposées n'allaient clairement pas assez loin dans la voie du changement. Ainsi, en 1992 comme aujourd'hui, l'incompatibilité entre le Québec et le reste du Canada « rend peu probable une acceptation populaire, dans ces provinces, d'une réforme constitutionnelle destinée à satisfaire le Québec. »²⁰⁵ Comme le souligne José WOEHLING, « le précédent de Charlottetown montre précisément qu'il est beaucoup plus difficile d'obtenir l'accord du peuple que celui de la seule classe politique : les électeurs ne sont pas prêts aux mêmes

²⁰⁰ Kris W. KOBACH, « Switzerland », dans David BUTLER et Austin RANNEY, *Referendums around the World*, Washington, The AEI Press, 1994, p. 98-153; Jean-François AUBERT, « Switzerland » dans David BUTLER et Austin RANNEY [dir.], *Referendums : a comparative study of practice and theory*, coll. « AEI studies » no : 216, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p. 43-46

²⁰¹ Colin A. HUGUES, « Australia and New Zealand », dans David BUTLER et Austin RANNEY, *Referendums around the World*, Washington, The AEI Press, 1994, p. 154-173; Don AITKIN, « Australia », dans David BUTLER et Austin RANNEY [dir.], *Referendums : a comparative study of practice and theory*, coll. « AEI studies » no : 216, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p. 123-137; Bibliothèque du Parlement de l'Australie, Liste des résultats référendaires, en ligne : <http://www.aph.gov.au/library/elect/referend/results.htm>

²⁰² David MAGLEBY, *Direct Legislation : Voting on Ballot Propositions in the United States*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1984, p. 152-153; Thomas E. CRONIN, *Direct Democracy : The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, p. 199-203 et p. 251

²⁰³ Thomas E. CRONIN, *Direct Democracy : The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, p.109, voir aussi p. 107-116, p. 123-124, p. 189-190, p. 199-200 et p. 251

²⁰⁴ Jean-François AUBERT, « Le référendum populaire », [1972] R.D.S., p. 504

²⁰⁵ José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 24; Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 23

compromis que les élites politiques ». ²⁰⁶ Il ne s'agit pas ici de prétendre que les électeurs du Canada anglais ne sont pas disposés à faire des concessions. Seulement, les faiblesses de la procédure référendaire sur le plan de la délibération ²⁰⁷ ont pour conséquence de rendre encore plus difficile l'adoption des propositions défendues par le Québec. Le caractère binaire du choix proposé aux électeurs, l'impossibilité d'intégrer des amendements au cours du débat et cette logique simpliste du « tout ou rien » rend le référendum peu propice à l'émergence des compromis nécessaires à la coexistence de plusieurs peuples au sein d'une même fédération. Ne permettant pas la prise en compte de l'intensité des appuis et des oppositions, ²⁰⁸ la procédure référendaire privilégie la *décision* plutôt que la recherche du *consensus*. ²⁰⁹ En plus de rendre encore plus difficile une réforme du fédéralisme, la pratique référendaire, au niveau fédéral, risque d'accentuer encore davantage l'important clivage entre les aspirations constitutionnelles du Québec et celles des autres provinces et du fédéral.

Vu sous cet angle, le référendum apparaît comme un révélateur des divisions et des clivages qui structurent les relations entre le Québec et le Canada. Sur le plan historique, la thèse selon laquelle les référendums pancanadiens ont toujours accentué les divisions entre le Québec et le Canada semble incontestable. Elle est d'ailleurs soutenue par de nombreux auteurs. ²¹⁰ En 1898, appelé par le gouvernement fédéral à se prononcer sur la question de la prohibition des boissons alcoolisées, ²¹¹ le Québec fut la seule province à voter majoritairement contre la

prohibition – avec 81 % des votes exprimés – alors que dans le reste du Canada, 63 % des électeurs s'étaient exprimés en faveur de la prohibition. ²¹² Du coup, le résultat serré de 51,3 % en faveur de la prohibition à l'échelle pancanadienne traduisait une forte division entre le choix des Québécois et celui du Canada anglais. Cette polarisation fut encore plus intense en 1942 lors du référendum sur la conscription. D'un côté, le Canada sans le Québec appuya massivement la conscription (78,9 % des votes exprimés) alors que de l'autre côté, les Québécois votèrent pour le maintien de la promesse qui leur avait été faite par le gouvernement du Parti Libéral

... il est beaucoup plus difficile d'obtenir l'accord du peuple que celui de la seule classe politique : les électeurs ne sont pas prêts aux mêmes compromis que les élites politiques.

de ne pas décréter la conscription (72,5 % des votes exprimés). ²¹³ Enfin, en 1992, l'Accord de Charlottetown sera rejeté à la fois au Québec et dans le reste du Canada, mais pour des raisons fort différentes : trop de concessions à l'égard du Québec du point de vue du Canada anglais, trop peu trop tard aux yeux des nationalistes québécois. ²¹⁴ Ces trois scrutins référendaires organisés au niveau fédéral ont donc, chacun à leur manière, exacerbé les différences entre le Québec majoritairement francophone et le reste du Canada essentiellement anglophone. ²¹⁵

²⁰⁶ José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 338

²⁰⁷ John HASKELL, Direct democracy of representative government? : dispelling the populist myth, Coll. «Transforming American politics», Boulder, Westview Press, 2001, p. 11; Yannis PAPANIOULOS, « Démocratie directe, mobilisation, intégration », dans Gérard DUPRAT, L'ignorance du peuple. Essais sur la démocratie, Paris, PUF, 1998, p. 111; Yannis PAPANIOULOS, Démocratie Directe, Paris, Economica, 1998, p. 128

²⁰⁸ Richard THEORET, Experience with the referendum elsewhere, dans Donald C. ROWAT [dir], op. cit., note 190, p. 8-9

²⁰⁹ Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 19

²¹⁰ Pierre-F. CÔTÉ, « La législation québécoise sur les consultations populaires », dans Démocratie et référendum : la procédure référendaire, Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal, Montréal, Québec-Amérique / Département de science politique, Université de Montréal, 1992, p. 32; Richard THEORET, loc. cit., note 208, p. 12; Mollie DUNSMUIR, op. cit., note 190, p. 3

²¹¹ Acte du plébiscite de prohibition, S.C., 1898, c.51

²¹² Julien CÔTÉ, op. cit., note 150, p. 14; Pierre-F. CÔTÉ, loc. cit., note 210, p. 16; Richard THEORET, loc. cit., note 208, p. 23; Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 17; Patrick BOYER, Lawmaking by the People : Referendums and Plebiscites in Canada, Toronto, Butterworths, 1982, p. 51

²¹³ À l'échelle canadienne, c'est 64,2 % des électeurs qui se montrèrent favorables à la conscription. De plus, comme le rapporte André Laurendeau, l'opposition entre francophones et anglophones est si vive au Québec que les résultats dans certaines circonscriptions exclusivement francophones frôlent l'unanimité : Beauce (97 %), Kamouraska (96 %), Nicolet-Yamaska (94 %). André LAURENDEAU, La crise de la conscription, Éditions du Jour, Ottawa, 1962, p. 40 et ss.; cité dans : Julien CÔTÉ, op. cit., note 150, p. 20; Pierre-F. CÔTÉ, loc. cit., note 210, p. 18. Enfin, l'opposition des francophones du Québec se reproduit aussi ailleurs au Manitoba, en Ontario et au Nouveau-Brunswick au sein des communautés francophones de ces provinces. Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 41-42

²¹⁴ Pierre MARQUIS, op. cit., note 150, p. 12

²¹⁵ Id., p. 18; Contra : Patrick BOYER, op. cit., note 122, p. 76 et p. 251; Patrick J. BOYER, « L'expérience canadienne des plébiscites et des référendums », Dans Pierre F. CÔTÉ, op. cit., note 210, p. 53-54

4.2.3. Le problème de l'interprétation des résultats

L'un des problèmes majeurs que pose le recours au référendum constitutionnel obligatoire est celui de la détermination des règles d'interprétation des résultats. Le fédéralisme, comme principe constitutif du fonctionnement de nos institutions, requiert la prise en compte non seulement des résultats à l'échelle canadienne, mais aussi et surtout des résultats référendaires obtenus dans les différents États-membres de la fédération. Sur ce point, James Ross HURLEY écrit : « chaque fois qu'il sera question d'un référendum national, la question du degré de soutien nécessaire pour assurer l'adoption se posera. »²¹⁶ Il faut donc préciser quelles sont les conséquences d'un résultat favorable à l'échelle canadienne dans les provinces où, à l'inverse du reste de la fédération, les électeurs ont majoritairement rejeté le projet proposé. Combien faut-il de majorités provinciales afin de permettre l'adoption d'un amendement? Dans la mesure où la procédure référendaire se greffe aux procédures de modification prévues formellement par la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne faudrait-il pas autant de majorités provinciales favorables au projet d'amendement que ce que les formules d'amendement exigent en termes de consentement des provinces?

Les gouvernements des États-membres n'étant liés que par les choix majoritairement exprimés par les électeurs de leur province, la décision subséquente de déposer une résolution parlementaire afin d'approuver formellement un projet de modification devrait, selon nous, être prise en fonction de la volonté populaire exprimée État-membre par État-membre. En d'autres termes, seul le choix majoritaire des électeurs d'une province devrait dicter la décision de l'Assemblée législative d'un État-membre de ratifier par résolution un projet de modification. C'est d'ailleurs ce qui est explicitement prévu par la loi élaborée par l'Assemblée législative de l'Alberta qui a institué le référendum constitutionnel obligatoire dans cette province.²¹⁷ On voit mal comment, et au nom de quel principe, la législature de l'Alberta, du Québec ou d'une autre province, pourrait être amenée à ratifier un projet de modification

préalablement rejeté par les électeurs de cet État-membre. En effet, la pratique du référendum constitutionnel et le respect du principe fédéral impliquent la prise en compte, d'une part, des résultats globaux de l'ensemble du Canada et, d'autre part, des résultats du vote dans chacune des provinces.

Dans la mesure où les représentants des provinces auront naturellement tendance à agir dans le respect de la volonté populaire majoritairement exprimée par les électeurs de leur province, l'approbation par référendum constitutionnel d'une modification à la Constitution fédérale requiert donc une *double majorité*. À l'exigence démocratique d'une majorité populaire s'ajoute celle d'une majorité des provinces, requise en vertu du principe fédéral. Évidemment, cette majorité des provinces doit logiquement être conforme aux exigences formelles des différentes procédures de modification prévues par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, le nombre de provinces ayant approuvé par référendum le projet de modification pourra varier selon le type de modification, mais il devra, à tout le moins, être conforme au niveau de consentement provincial requis par la Constitution. En fonction du type de modification constitutionnelle envisagée, le niveau de consentement des provinces pourra suivre soit la règle de l'unanimité, soit celle des sept provinces représentant au moins cinquante pourcent de la population (« 7/50 ») et comprenant – en vertu de la loi fédérale instituant les *veto* régionaux –²¹⁸ l'appui obligatoire de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec.²¹⁹

Ce cumul des exigences risque inévitablement de rendre encore plus improbable toute réforme du fédéralisme canadien. À titre d'illustration, la règle d'interprétation des résultats la plus rigide qu'il soit possible d'imaginer – l'exigence d'une majorité populaire dans chacune des provinces – fut celle retenue lors du référendum de 1992 sur l'Accord de Charlottetown. Puisque le contenu de l'entente nécessitait l'approbation unanime des provinces, les représentants des provinces et du gouvernement fédéral ont convenu que

²¹⁶ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 169

²¹⁷ *Constitutional Referendum Act*, précité 153; L'article 4 de la loi albertaine énonce clairement que le gouvernement de la province doit en cas de rejet ou d'approbation du projet par ses électeurs, prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de donner suite à ce résultat.

²¹⁸ Supra, p. 17

²¹⁹ Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 207 : « because certain provinces consent is required under the *Regional Veto Act* themselves require a provincial referendum before a constitutional resolution can be approved by the legislature, the *federal Act* has indirectly made these provincial referendum requirements a condition of federal approval. »

l'accord devait recueillir l'assentiment d'une majorité populaire dans toutes les provinces afin d'être adopté.²²⁰ Cette exigence découlait non pas des textes législatifs encadrant l'organisation du référendum de 1992, mais bien plutôt du cumul de la règle de l'unanimité des provinces prévue par la Constitution et des exigences propres à la procédure référendaire, soit l'expression démocratique d'une majorité de cinquante pour cent plus un des votes exprimés. Cette solution est néanmoins contestée par certains auteurs, dont José WOEHLING et Benoît PELLETIER, pour qui les rapports entre le principe fédéral et le principe démocratique requièrent le respect d'une majorité populaire dans chacune des *régions* plutôt qu'une majorité dans chacune des *provinces* comme nous le prétendons et comme le précédent de 1992 le confirme.²²¹ Nonobstant la part de bon sens dont fait preuve cette proposition, il faut convenir que cette hypothèse d'une majorité référendaire

dans chacune des *régions* ne correspond pas à l'état actuel du droit positif canadien. La *Loi constitutionnelle de 1982* et les procédures de modification qu'elle prévoit reposent sur une interprétation du principe fédéral qui s'appuie bien plus sur l'idée d'*égalité des provinces* que sur celle de l'*égalité des régions*. Le simple fait

Ce cumul des exigences risque inévitablement de rendre encore plus improbable toute réforme du fédéralisme canadien.

qu'une majorité régionale ait été exprimée lors d'un scrutin référendaire n'est pas en soi suffisant pour contraindre une assemblée législative à adopter une résolution parlementaire ayant pour objet la ratification d'un projet de réforme préalablement rejeté par les électeurs de cette province.

²²⁰ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 169; Peter W. HOGG, op. cit., note 17, p. 96 : « the first ministers agreed to put the Accord to a national referendum, with the understanding that it would need to be approved by eleven majorities, namely, a national majority, and a majority in every one of the ten provinces. »

²²¹ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 359; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 577; José WOEHLING, loc. cit., note 2, p. 22

Conclusion

QUEL BILAN PEUT-ON FAIRE DE L'ÉTAT ACTUEL DU PROCESSUS DE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE AU CANADA? Les termes employés par les différents auteurs convergent vers une même idée : à l'exception de modifications portant sur des questions secondaires régies par la procédure de l'unanimité sélective ou par l'une des deux procédures unilatérales, la procédure d'amendement de la Constitution du Canada est d'une rigidité exceptionnelle. Alors que Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING soulignent « l'extraordinaire complexité et la très grande rigidité »²²² de cette procédure, Benoît PELLETIER insiste sur son « caractère des plus complexes et nébuleux ».²²³ Il considère que la procédure « forme un tout dont la cohérence est discutable. »²²⁴ La procédure de modification actuelle « mériterait sans aucun doute d'être améliorée »²²⁵, poursuit-il. Cependant, une telle réforme devrait nécessairement être faite dans le respect de la règle du consentement unanime des provinces, ce qui laisse « très peu d'espoir »²²⁶ de voir un jour une telle réforme être menée à terme. Quant à James Ross HURLEY, il dresse le bilan suivant :

Dans l'état actuel des choses, plutôt que de faciliter la recherche d'un dénouement aux problèmes constitutionnels du Canada, la formule d'amendement adoptée en 1982 contribue au contraire à aggraver la crise.

« Il a fallu au Canada 56 ans – de 1926 à 1982 – pour mettre au point une formule de modification, c'est-à-dire, essentiellement, pour trancher la question de savoir qui décide comment modifier la Constitution. La solution adoptée en 1982 continue d'être mal acceptée d'une partie du pays – le Québec. Les tentatives ultérieures pour apaiser les préoccupations du Québec ont fait ressortir d'autres préoccupations dans les territoires ainsi que chez les représentants des peuples autochtones. »²²⁷

Dans l'état actuel des choses, plutôt que de faciliter la recherche d'un dénouement aux problèmes constitutionnels du Canada, la formule d'amendement adoptée en 1982

contribue au contraire à aggraver la crise. Constatant les déceptions qu'a engendré l'ordre constitutionnel mis en place par la *Loi constitutionnelle de 1982*, Jamie CAMERON déclare : « what should have been an important event in our constitutional history has instead become a colossal disappointment. »²²⁸

Cette insatisfaction grandissante à l'égard de la procédure d'amendement a mené, ces dernières années, à l'adoption de nouvelles mesures destinées soi-disant à « compléter » et à combler certaines lacunes du processus de modification. À l'ensemble des verrous posés par la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut maintenant ajouter les obstacles supplémentaires qui résultent de l'adoption par le Parlement fédéral de la *Loi sur les modifications constitutionnelles* qui institue un système de *veto* régionaux ainsi que de la mise en œuvre de lois provinciales ayant pour effet de rendre obligatoire la tenue de référendums dans certaines provinces. En plus de ces obstacles législatifs, le processus de modification constitutionnelle est également transformé par l'évolution de certaines de nos pratiques politiques. Outre les revendications

²²² Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 537; José WOEHLING, loc. cit., note 18, p. 335; Patrick J. MONAHAN emploi, quant à lui, les termes « extremely difficult », Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 187

²²³ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 315; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 280 : « la procédure « comporte un degré appréciable de complexité. »

²²⁴ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 292

²²⁵ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 355

²²⁶ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 306

²²⁷ James Ross HURLEY, op. cit., note 5, p. 165

²²⁸ Jamie CAMERON, loc. cit., note 67, p. 316

des provinces, les demandes formulées par les territoires, par les groupes autochtones et par les groupes d'intérêts – qui revendiquent tous une participation plus active au processus d'élaboration des réformes constitutionnelles – se font plus nombreuses et plus persistantes. Les processus de consultations publiques – forums, audiences publiques et commissions parlementaires – se multiplient de façon à permettre, en amont, une plus large participation du public. Enfin, l'émergence d'une convention constitutionnelle rendant obligatoire la tenue d'un référendum vient couronner l'ensemble de ces exigences nouvelles en imposant l'obtention d'une majorité populaire dans chacune des provinces dont le consentement est requis en vertu de la procédure d'amendement. Inutile de mentionner que la réunion de tous ces facteurs rend presque impossible un renouvellement du fédéralisme dans le sens des intérêts du Québec.²²⁹ Avec justesse, Benoît PELLETIER se questionne afin de « savoir si trop de procédures institutionnelles ne nuisent pas, plus qu'elles n'aident, à l'éclosion d'un accord constitutionnel. »²³⁰ Dans ce contexte, « it is difficult to imagine how Canada's process for reform could be more heavily weighted against success. »²³¹ Selon Peter HOGG : « it had become clear that for the immediate future at least, it was impossible to design a package of amendments that could command popular support in all regions of the country. »²³² Les partisans d'une réforme en profondeur de la Constitution vont devoir s'y faire : le *statu quo* constitutionnel semble s'être installé pour longtemps.

Devant autant d'obstacles, les fédéralistes québécois qui espèrent encore réussir à renverser la tendance risquent d'être déçus.

Le développement du Québec ainsi que la préservation de son identité et de sa spécificité culturelle passent, aux yeux de plusieurs, par le dénouement de la crise constitutionnelle provoquée par le rapatriement unilatéral de la Constitution de 1982. Donner suite aux aspirations du Québec soulève des difficultés juridiques et procédurales considérables. Devant autant d'obstacles, les fédéralistes québécois qui espèrent encore réussir à renverser la tendance risquent d'être déçus. S'il faut en croire André TREMBLAY, une réforme de la Constitution du Canada favorable au Québec relève maintenant de la « quadrature du cercle ». ²³³ Pas étonnant dans ce contexte qu'une véritable culture de l'immobilisme constitutionnel se soit installée au Canada, « an insurmountable barrier to change »²³⁴ pour reprendre les termes de Jamie CAMERON. Or, le Québec n'a pas intérêt à ce que l'ordre constitutionnel établi contre son gré ne devienne immuable. Comme l'ont si bien dit Henri BRUN et Guy TREMBLAY :

« Une situation de plus en plus absurde est créée de la sorte. Le Québec n'a aucun intérêt à ce que le coup de force de 1982 devienne inaltérable. Ce qu'il désire, c'est qu'on apporte des modifications à la Constitution qu'il a refusée. À l'inverse, le fédéral et le Canada anglais, qui s'accommodent fort bien de l'ordonnancement constitutionnel qu'ils ont imposé au Québec, ont beau jeu de le couler dans le ciment. La Loi fédérale de 1996 qui prétend donner au Québec un droit de veto équivaut à lui resserrer la camisole de force. »²³⁵

Il ne faut donc pas confondre la demande d'un droit de veto qui traduit le besoin de protection et de sécurité d'un Québec soucieux de défendre son identité et sa spécificité avec le maintien d'un *statu quo* constitutionnel manifestement contraire à ses intérêts. En revanche, les partisans du *statu quo* ne craignent aucunement l'ajout récent de verrous supplémentaires, car ces mécanismes – en apparence neutres – tels que les veto régionaux et le référendum

²²⁹ Virtually impossible » au dire de Patrick J. MONAHAN, Patrick J. MONAHAN, op. cit., note 60, p. 187

²³⁰ Benoît PELLETIER, op. cit., note 11, p. 336

²³¹ Jamie CAMERON, loc. cit., note 67, p. 322

²³² Peter HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », [1993] 31 Osgoode Hall L. J., p. 43

²³³ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 11

²³⁴ Jamie CAMERON, loc. cit., note 67, p. 323

²³⁵ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 3, p. 252

constitutionnel obligatoire vont dans le futur nuire à la capacité du Québec de faire évoluer le fédéralisme canadien dans le sens de ses intérêts.

Cela semble d'autant plus juste lorsque l'on compare la démarche des partisans de la souveraineté du Québec à celle des partisans du fédéralisme renouvelé. Dans les deux cas, un trait commun se dégage : aucun changement ne sera possible sans la tenue de référendums, d'une part, et de négociations constitutionnelles, d'autre part. D'un côté, le renouvellement en profondeur du fédéralisme requiert des négociations avec le reste du Canada et par la suite la tenue de référendums, à tout le moins dans certaines provinces et fort probablement dans l'ensemble du Canada. De l'autre côté, la démarche souverainiste débute d'abord par un référendum au Québec pour ensuite conduire à des négociations constitutionnelles avec le reste du Canada. Dans la stratégie souverainiste, le référendum est organisé afin de consolider à la fois la légitimité de la démarche et le rapport de force des représentants du Québec alors que dans l'optique fédéraliste, le référendum intervient après les négociations afin de ratifier le contenu de l'entente négociée. Il reste qu'animées par un commun refus de la Constitution de 1982, les deux démarches peuvent difficilement faire l'économie de négociations avec le reste du Canada et de consultations référendaires.

DANS LE CADRE DE CETTE ÉTUDE, nous avons délibérément limité notre analyse aux obstacles juridiques liés à la mise en œuvre de la procédure d'amendement constitutionnel. Notre objectif était de souligner les nombreuses contraintes qui se sont ajoutées depuis l'échec de l'Accord du lac Meech et qui rendent encore plus difficile la modification de la Constitution du Canada. Aux exigences procédurales sur lesquelles nous nous sommes attardé s'ajoute par ailleurs toute une panoplie d'obstacles politiques dont nous n'avons pu traiter ici, mais qui mériteraient d'être analysés en profondeur. Parmi ces obstacles, on peut penser au fait que les intérêts du Québec et du Canada sont divergents à plusieurs égards,²³⁶ au manque de volonté politique en matière de réforme constitutionnelle,²³⁷ aux rapports de force qui défavorisent le Québec,²³⁸ au manque de fiabilité des alliances entre le Québec et les autres provinces.²³⁹ Dans ce contexte, nul doute que si la question des réformes constitutionnelles a été une question taboue depuis l'échec de l'Accord de Charlottetown, c'est qu'une bonne partie de la classe politique canadienne, consciente de l'impasse qui affecte le processus de modification de la Constitution du Canada, a préféré se satisfaire du *statu quo* établi par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

²³⁶ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 300; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, op. cit., note 4, p. 565

²³⁷ Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 300

²³⁸ André TREMBLAY, op. cit., note 7, p. 12; Benoît PELLETIER, loc. cit., note 7, p. 277

²³⁹ José WOEHLING loc. cit., note 2, p. 125

Bibliographie sélective

Gérard-A BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, coll. « la collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 1076 p.

Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada : The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, 302 p.

Patrick BOYER, *The People's Mandate : Referendum and a More Democratic Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1992, 264 p.

Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 1426 p.

Jamie CAMERON, « To amend the process of amendement » dans Gérald-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 315-324

COMITE MIXTE SPECIAL DU SENAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE PROCESSUS DE LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Edwards]

COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE RENOUVELLEMENT DU FÉDÉRALISME, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Dobbie]

COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES [Dussault-Erasmus], *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 5 [« Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau »], Ottawa, 1996 : http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgmm_f.html (plus particulièrement le chapitre 5 : « la modification de la Constitution : le défi ultime »)

Julien CÔTÉ, *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3e éd., Québec, Le Directeur général des élections du Québec, 2000, 90 p.

Maurice CROISAT, Franck PETITEVILLE et Jean TOURNON, *Le Canada, d'un référendum à l'autre. Les relations politiques entre le Canada et le Québec, 1980-1992*, Talence, Association française d'études canadiennes, 1992, 136 p.

FORUMDESCITOYENSSURL'AVENIRDU CANADA, *Rapport à la population et au gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 (Commission Spicer)

Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum? », [1997] 38 C de D., p. 569-605

Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, 1262 p.

Peter W. HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », [1993] 31 Osgoode Hall L. J., p. 41-61

James Ross HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996. 320 p.

Pierre MARQUIS, *Les référendums au Canada : les conséquences d'un processus décisionnel populiste pour la démocratie représentative*, Coll. Étude générale, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement du Canada, 1994, 28 p.

Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, 612 p.

Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Les éditions Thémis, 1994., 656 p.

Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, 520 p.

Benoît PELLETIER, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », dans Gérard-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 271-313

RESEARCH CENTRE ON DIRECT DEMOCRACY (C2D), Université de Genève : <http://c2d.unige.ch>

James R. ROBERTSON, Michael ROWLAND, *Les projets de réforme électorale dans diverses provinces du Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2006, 16 p.

André TREMBLAY, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, 520 p.

José WOEHLING, « Fonctionnement et disfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans Gérard-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT [dir.], *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 325-343

José WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statu politique et constitutionnel du Québec » dans *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Bélanger-Campeau)*, (mise à jour du 19-12-2001, annexe a), en ligne : Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/10-JoseWoehrling.pdf

Présentation de l'IRQ

Fondé en 2002, l'Institut de recherche sur le Québec (IRQ) a pour mission, de soutenir et de diffuser des recherches et des textes d'opinion sur des sujets touchant le développement du Québec. Lieu d'échanges, de concertation et de débats entre les groupes et les individus qui réfléchissent et agissent pour bâtir le Québec, l'IRQ se situe au carrefour de la réflexion et de l'action. Il a pour but de susciter la réflexion sur les enjeux d'actualité qui touchent le Québec.

Membres du Comité scientifique de l'IRQ

- **Jacques Beauchemin**, professeur titulaire au département de sociologie de l'Université du Québec à Montréal.
- **Éric Bédard**, historien, professeur à l'Université du Québec à Montréal (TÉLUQ).
- **Joseph Facal**, professeur invité à l'École des Hautes Études Commerciales de Montréal où il enseigne la sociologie et le management.

Direction de l'IRQ

- Direction générale : **Gilles Grondin**
- Responsable de la recherche et de l'animation politique : **Sébastien Cloutier**

Pour nous rejoindre



*Institut de recherche
sur le Québec*

Institut de recherche sur le Québec

2207, rue Fullum

Montréal, (Québec) H2K 3P1

Téléphone : 514 527-9891

info@irq.qc.ca

www.irq.qc.ca