

Constitutionnalisme,
droits et diversité:
**Mélanges en l'honneur
de José Woehrling**

Sous la direction de **Alain-G. Gagnon** et **Pierre Noreau**

LES ÉDITIONS THÉMIS

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Vedette principale au titre :

Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling
Comprend des références bibliographiques.

ISBN 978-2-89400-392-3

1. Droit constitutionnel – Congrès. 2. Droit constitutionnel – Canada – Congrès.
3. Droits linguistiques – Congrès. 4. Diversité culturelle – Congrès. 5. Pluralisme religieux – Congrès. I. Woehrling, José, 1944- . II. Gagnon, Alain-G. (Alain-Gustave), 1954- . III. Noreau, Pierre, 1958- .

K3165.A6C66 2017

342

C2017-940817-8

Maquette et composition : Claude Bergeron (Guylaine Michel)

Graphisme : MIKE BERSON 

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition. *We acknowledge the financial support of the Government of Canada through the Canada Book Fund for our publishing activities.*

Éditions Thémis

Faculté de droit

Université de Montréal

Courriel : info@editionsthemis.com

Site Internet : www.editionsthemis.com

Téléphone : 514-343-6627

Tous droits réservés

© 2017 – Les Éditions Thémis inc.

Dépôt légal : 4^e trimestre 2017

Imprimé au Canada



PERMANENT



100%



Garant
des forêts
intactes™

Note sur l'illustration de couverture

La première de couverture offre un détail de la fresque peinte par Ambrogio Lorenzetti entre 1338 et 1340 dans la salle du conseil du Palazzo Pubblico de Sienne, en Toscane (Italie). Dans l'interprétation la plus courante qui en est donnée, cette Allégorie du bon gouvernement propose une incarnation de la justice reliée au livre de la Sagesse, un des livres de la Bible. De chaque côté deux plateaux supportent, à gauche, une incarnation de la justice distributive (représentées par l'ange rouge) et à droite celle la justice commutative (représentée par l'ange blanc). Si, dans la perspective aristotélicienne, la justice distributive garantit la reconnaissance de chacun selon son mérite, la justice commutative renvoie aux règles assurant l'égalité des échanges entre les individus. La Justice regarde vers le haut où vole la Sagesse qui la guide. Sous la Justice, et dépendant d'elle, est assise la Concorde.

Remerciements

Les directeurs des présents mélanges tiennent à exprimer leur gratitude à l'endroit de José Woehrling qui a participé activement aux délibérations portant sur ses recherches dans le cadre de deux journées d'étude tenues respectivement à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal, les 3 et 4 décembre 2015.

Nos remerciements vont aussi à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à son directeur Jean-François Gaudreault-Desbiens de même qu'au Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales pour leur soutien à la concrétisation du présent projet. De même, il nous faut remercier le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada et le Fonds de recherche du Québec – Société et Culture qui appuient les travaux du GRSP depuis près de vingt-cinq ans.

Les directeurs tiennent enfin à remercier M^c Christian Saint-Georges des Éditions Thémis, M. Olivier de Champlain de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes (Université du Québec à Montréal) et M^{me} Guylaine Michel, graphiste.

José Woehrling : notes biographiques

Né le 18 janvier 1944 à Mulhouse (Haut-Rhin), France.

Études secondaires au Lycée Albert-Schweitzer de Mulhouse.

Études universitaires aux Facultés de Lettres et de Droit de Strasbourg et à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal de 1971 à 2010.

Matières d'enseignement : Philosophie du droit, Droit international public, Droit constitutionnel canadien et comparé

Contribution au fonctionnement de l'Université de Montréal : membre puis président du Comité des règlements de l'Assemblée universitaire ; membre du Comité de nomination et de promotion de la faculté de droit ; membre du Comité du programme de la faculté de droit ; membre du Conseil de la faculté de droit ; membre et président du Comité d'animation pédagogique de la Faculté de droit ; délégué syndical de la faculté de droit ; membre de l'Assemblée universitaire ; membre du Sous-comité de la diffusion des résultats de la recherche du Comité de la recherche de l'Assemblée universitaire ; membre du Comité du programme du Certificat en droit de la Faculté de l'Éducation permanente ; membre du Conseil de direction du Centre d'études et de documentation européennes puis représentant de l'Université au Comité scientifique du Centre interuniversitaire d'études européennes ; professeur associé au Centre canadien d'études allemandes et européennes ; professeur associé au Centre de recherche en éthique.

Rayonnement universitaire :

- Participation à titre de conférencier à plus de 150 conférences, colloques et congrès au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.
- Rédaction de mémoires et d'études pour le compte de commissions parlementaires et d'organismes gouvernementaux aux paliers provincial et fédéral ainsi qu'à l'étranger, dont : la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté de l'Assemblée nationale du Québec, le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le renouvellement du Canada, la Commission des écoles catholiques de Montréal, la Fédération des établissements d'enseignement privé, le Conseil supérieur de la langue française, le Groupe de travail sur la place de la religion à l'école constitué par la Ministre de l'Éducation du gouvernement du Québec, la

Canada West Foundation, l'Institut C.D. Howe, l'Institut de recherches en politiques publiques (IRPP), la Commission, divers ministères du gouvernement du Québec et du Canada, le Parti libéral du Québec, le Parti québécois, le Gouvernement de la Catalogne, le Conseil général du pouvoir judiciaire d'Espagne, le Conseil d'État de Grèce, le gouvernement de l'État de Veracruz (Mexique), la Commission de Venise du Conseil de l'Europe.

- Professeur ou conférencier invité aux facultés de droit d'Aix-en-Provence, de Poitiers et de Montpellier, à l'Institut d'Études politiques de Grenoble, aux universités de Barcelona et de Tarragona, au Collège universitaire d'Études fédéralistes du Val d'Aoste, à la University of Technology de Sydney.
- Membre du Conseil de rédaction des revues *Politique et société* (Société québécoise de science politique), de la *Revue d'aménagement linguistique* (Office de la langue française), de la *Revue générale de droit* (Université d'Ottawa), de la *Revista Catalana de Dret Public*, de l'*Annuaire international des droits de l'homme* (Bruxelles et Athènes), de la *Revista Llengua i Dret* (Barcelone), de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (Belgique) et correspondant pour le Canada de la *Revue française de droit constitutionnel*, et à ce titre, auteur pendant dix ans d'une chronique bi-annuelle.
- Co-directeur de l'axe de recherche «Droit, institutions et aménagements des rapports intercommunautaires» au Centre de recherche interdisciplinaires sur la diversité au Québec (CRIDAQ – UQAM) et membre du Groupe de recherche sur les sociétés plurinacionales (GRSP – UQAM).

Membre du comité consultatif de la chaire de culture juridique de l'Université de Gérone (Catalogne, Espagne) et du comité scientifique du Programme «Erasmus Mundus Joint Doctoral Programme» (European Doctorate in Constitutional Law) – Université de Sienna (Research Centre for European and Comparative Public Law), Université de Barcelone (Public Law Department) et Université d'Aix-Marseille III (Institut Louis Favoreu).

Principales publications

Ouvrages

- (co-directeur de publication avec Paul Pupier), *Langue et droit* (Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé), Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 641 p. *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre for Constitutional Studies (University of Alberta (collection Points of View/Points de vue n° 4), 1993, 171 p. (avec Jacques-Yvan Morin), *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du Régime français à nos jours*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994 (tome 1 : 656 p. ; tome 2 : 336 p.).
- (avec Jacques-Yvan Morin), *Demain, le Québec ... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery (Québec), Éditions du Septentrion, 1994, 316 p. (directeur de publication), *La protection internationale des minorités*, numéro thématique de *Terminogramme* (revue de recherche et d'information en aménagement linguistique et en terminologie publiée par l'Office de la langue française du Québec), numéro 95-96, hiver 2001, 329 p. (co-directeur de publication avec Bernard Fournier), *Judiciarisation et pouvoir politique*, d'un numéro thématique de *Politique et sociétés* (revue de la Société québécoise de science politique), volume 19, n^{os} 2-3, 2000, 312 p. (co-directeur de publication avec Pierre Noreau), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, 319 pages.

Chapitres d'ouvrages collectifs

- « Portée et limites de la liberté de conscience et de religion dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », dans *Les visages de l'État – Liber Amicorum Yves Lejeune* (sous la coordination de Pierre d'Argent, David Renders et Marc Verdussen), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 749-753.
- « “Liberté linguistique”, “droits linguistiques” et “accommodements linguistiques” : réflexions à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 425-452.
- (avec Rosalie Jukier), “Religion and the Secular State – National Report for Canada” – in *Religion and the Secular State – National Reports (XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law)* (dir. Javier Martinez Torron & W. Cole Durham, Jr.), Servicio de Publicaciones de la

- Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid, Spain), 2015, p. 155-191.
- «Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien», dans *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique* (dir. Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive), Bruxelles, Peter Lang, 2015, p.135-169.
- «L'évolution de la politique linguistique québécoise : à la recherche d'un équilibre entre la défense et la promotion de la langue française et les droits des minorités» dans Michel Doucet (dir.), *Le pluralisme linguistique : l'aménagement de la coexistence des langues*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2014, p. 57-74 (18 p.) [également publié dans : Jean-François Simard et Abdoul Echraf Ouedraogo (dir.), *Une francophonie en quête de sens*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014, p.149-165].
- «La protection constitutionnelle et “quasi-constitutionnelle” des droits de la personne au Québec», dans *La politique québécoise et canadienne – Une approche pluraliste* (sous la direction de Alain-G. Gagnon, avec la participation de David Sanschagrin), Québec, Les Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 383-413.
- «La *Charte canadienne des droit et libertés* et ses répercussions sur la vie politique» dans *Le parlementarisme canadien*, 5^e édition revue et mise à jour (sous la direction de Réjean Pelletier et Manon Tremblay), Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2013, p. 89-126.
- “Globalization and Languages: New Challenges for Québec’s Language Policy”, dans Antoni MILIAN-MASSANA (ed.), *Language Law and Legal Challenges in Medium-Sized Language Communities. A Comparative Perspective*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomic, 2012, p. 183-216.
- «Liberté de religion et demandes d'exemption à l'égard du *curriculum* scolaire obligatoire : les réponses des tribunaux américains», dans *Mélanges Pierre Ciotola*, (Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc, dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2012, p. 563-587.
- «Die Auswirkungen der Anwendung der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten auf das politische und demokratische Leben sowie auf das Gleichgewicht des föderalen Systems», dans Alain-G. Gagnon & Roland Sturm (Hrsg.), *Föderalismus als Verfassungsrealität – Deutschland und Kanada im Vergleich*, Berlin, Nomos, 2011, p. 101-125.
- “The B-T Report “Open Secularism” Model and the Supreme Court of Canada Decisions on Freedom of Religion and Religious Accommodation”, in *Religion, Culture and the State – Reflections on the Bouchard-Taylor Report*; Edited by Howard Adelman and Pierre Anctil; Toronto, University of Toronto Press, 2011, p. 86-99.

- «Federalism and the Protection of Rights and Freedoms : Affinities and Antagonism» in *Political Liberalism and Plurinational Democracies* (Ferran Requejo – Miquel Caminal, eds.), London, Routledge, 2011, p. 139-156.
- “Limites internes et limites externes du droit à l'égalité dans la *Charte canadienne des droits et libertés* : blanc bonnet et bonnet blanc ?”, dans *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit* (sous la direction de Générosa Bras Miranda et Benoît Moore), Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 697-719.
- «Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ?» dans *Le droit, la religion et le « raisonnable »* (sous la direction de Jean-François Gaudreault-DesBiens), Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 115-168.
- «La protection des minorités nationales dans le système fédéral canadien», dans *Le fédéralisme en Belgique et au Canada – Comparaison sociopolitique* (sous la direction de Bernard Fournier et Min Reuchamps), Bruxelles, Deboeck Université, 2009, p. 143-165.
- «Linguistic Requirements for Immigrants, Specifically With Regard to Languages that Enjoy Official Status in Part of the Territory» dans *Mundializacio, lliure circulacio i immigracio, i l'exigencia d'una llengua com a requisit*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2008, p. 133-172.
- «Les fondements et les limites de l'accommodement raisonnable en milieu scolaire» dans *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique – Normes et pratiques* (sous la direction de Marie McAndrew, Micheline Milot, Jean-Sébastien Imbeault et Paul Eid), Montréal, Éditions Fides, 2008, p. 43-53.
- «L'adaptation de la société canadienne à la diversité religieuse et les droits des femmes : pour une nécessaire conciliation», dans *Genre, inégalités et religion*, Actes du Premier Colloque inter-réseaux du Programme thématique *Aspects de l'État de droit et démocratie* de l'Agence universitaire de la francophonie, Paris, Éditions des Archives contemporaines, 2007, p. 371-390.
- «Justice constitutionnelle, protection des droits et libertés et juridicisation de la vie politique au Canada» dans *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges à la mémoire de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1761-1774.
- «La protection de la diversité culturelle, religieuse et linguistique par l'entremise des libertés et droits fondamentaux» dans Myriam Jézéquel (dir.), *La Justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 149-169.
- «Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec» dans Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 215-234.
- Rubrique «Canada» dans *Encyclopedia of World Constitutions* (Gerhard Robbers, ed.), New York, Facts on File Inc., 2007, vol. I, p. 162-173.

- «Una introducció al sistema federal canadenc» dans *L'abast de l'autonomia política del Quebec/La portée de l'autonomie politique au Québec*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2006, p. 121-151.
- «El federalismo judicial – Canada» dans *El federalismo judicial* (Manuel Gerpe & Merce Barcelo, coords.), Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 2006, p.173-241.
- «Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral» dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain – Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 251-279.
- en traduction catalane : «Les conseqüències de l'aplicació de la Carta canadenc de drets i llibertats en la vida política y democràtica i l'equilibri del sistema federal» dans Gagnon, Alain-G (dir.). *El federalisme canadenc contemporani. Fonaments, tradicions i institucions*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 2007, p. 231-255.
 - en traduction anglaise : «The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Its consequences for Political and Democratic Life and the Federal System» dans Alain-G. Gagnon, ed., *Contemporary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 224-249.
- «Superposición y complementariedad de los instrumentos nacionales y provinciales de protección de los derechos del hombre en Canadá» dans Miguel A. Aparicio (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier Libros juridicos, 2005, p. 65-100.
- «Las consecuencias de la aplicación de la Carta de derechos y libertades en la vida política y democrática y en el federalismo en Canadá» dans Esther Mitjans & Josep Ma. Castellà Andreu (ed.), *Derechos y libertades en Canadá*, Barcelona, Atelier Libros Juridicos, 2005, p. 93-121.
- «Rapport général – droit public interne» dans *Les minorités – Journées mexicaines*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LII/2002, Mexico, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2005, p. 611-647.
- (avec André Tremblay), «Les dispositions de la Charte relatives aux langues officielles» dans *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Charte canadienne des droits et libertés* (sous la direction de Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes), Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, p. 1025-1091.
- «L'évolution du cadre juridique et conceptuel de la législation linguistique du Québec» dans *Le français au Québec : les nouveaux défis* (sous la direction de Alexandre Stefanescu et de Pierre Georgeault), Québec-Montréal, Conseil supérieur de la langue française – Fides, 2005, p. 253-356.

- «Canada: the State of the Federation», dans *Federalismo y regionalismo* (Diego Valadés y José María Serna de la Garza, Coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 179-217.
- «Politiques et législations linguistiques au Canada : divergences et convergences entre le Québec, les provinces anglophones et les autorités fédérales» dans *Langue(s) et constitution(s)* (sous la direction d'A.-M. Le Pourhiet), Paris, Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 113-129.
- «Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec» dans *Les Mélanges Gérald-A. Beaudoin – Les défis du constitutionnalisme* (sous la direction de Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 449-491.
- «Égalité religieuse en matière scolaire : de l'arrêt *Adler* à l'affaire *Waldman*» dans *Mélanges Ernest Caparros* (sous la direction de Jacques Beaulne), Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 321-344.
- «La discrimination dans la vie publique» dans *La discrimination – Journées franco-belges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LI, Paris, Société de législation comparée, 2004, p. 769-799.
- «Contrôle de constitutionnalité et protection des droits au Canada» dans *Intégrations et Identités Nord-Américaines vues de Montréal 1995-2000* (sous la direction de Marie-Françoise Labouz), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 91-116.
- «États composés et droits constitutionnalisés : convergences et divergences entre le fédéralisme et la protection des droits et libertés» dans *Derechos Constitucionales y Formas Políticas* (Miguel Angel Aparicio, Coord.), Barcelona, Cedecs Editorial s.l. (Centre de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales), 2001, p. 315-359.
- «Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Québec» dans Michel Coutu et autres (Dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 269-302.
- «Nacionalisme i independentisme al Quebec : la recerca de la igualtat a través de la reivindicació de la sobirania» dans Enric FOSSAS (Dir.), *Les transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya*, Barcelona, Centre d'Estudis de Temes Contemporanis, 2000, p. 125-177.
- «Les politiques de la citoyenneté au Canada et au Québec» dans Christian Philip et Panayotis Soldatos (Dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet (Université de Montréal), 2000, p. 27-58 [également publié en italien sous le titre «Le Politiche della cittadinanza in Canada e nel Québec» dans Giancarlo ROLLA (dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 241-266].

- «The Supreme Court's Ruling on Quebec's Secession: Legality and Legitimacy Reconciled by a Return to Constitutional First Principles» dans Hugh Mellon and Martin Westmacott (Dir.), *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough (Ont.), Nelson, 2000, p. 83-101.
- «El Reconocimiento constitucional de las diferencias culturales en Canadá» dans Miguel Angel APARICIO (Dir.), *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, Barcelona, Cedecs Editorial s.l. (Centre de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales), 1999, p. 115-142.
- «El principio de igualdad, el sistema federal canadiense y el carácter diferencial de Quebec» dans Enric FOSSAS y Ferran REQUEJO (Dir.), *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, Editorial Trotta S.A. (Colección Estructuras y procesos), 1999, p.141-196.
- «El estatuto del francés y del inglés en la Administración de justicia en Canadá, especial referencia al de Quebec, dans *La Administración de justicia en un estado plurilingüe* (sous la direction de Iñaki Agirreazkuenaga), Madrid, Consejo del Poder Judicial, 1999 (Cuadernos de derecho judicial), p.161-254.
- «La Constitution du Canada, la législation linguistique du Québec et les droits de la minorité anglo-québécoise» dans *Minorités et organisation de l'État* (sous la direction de Nicolas Levrat), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 561-630.
- «Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada» dans *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* (sous la direction de Gérald-A. Beaudoin et al.), Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 325-343.
- «Les contraintes juridiques et politiques qui s'imposent aux lois linguistiques du Québec, province canadienne ou pays souverain» dans *Les linguistes et les questions de langue au Québec : points de vue* (sous la direction de Denise Deshaies et Conrad Ouellon), Québec, Centre International de Recherche en Aménagement Linguistique (Faculté des Lettres, Université Laval), 1998, p. 81-110.
- (avec Enric Fossas), «El referéndum sobre la soberanía de Quebec y el futuro del federalismo canadiense», dans *Informe Pi i Sunyer sobre Comunitats Autònomas 1995-1996*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, 1997, p. 1147-1167.
- «Le droit et la législation comme moyens d'intervention sur le français : les politiques linguistiques du Québec, des autorités fédérales et des provinces anglophones» dans *De la polyphonie à la symphonie. Méthodes, théories et faits de la recherche pluridisciplinaire sur le français au Canada* (sous la direction de Jürgen Erfurt), Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 1996, p. 209-232.

- «Les paradoxes du système parlementaire canadien et québécois», dans A. PIZZORUSSO (dir.), *L'évolution récente du parlementarisme/Developing Trends of Parliamentarism* (XIVe Congrès international de droit comparé), The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 71-108.
- «La justice constitutionnelle, l'État de droit et la démocratie libérale au Canada» dans Chantal MILLON-DELSOL et Jean ROY (dir.), *Démocraties, l'identité incertaine*, Bourg-en-Bresse, Éditions Musnier-Gilbert, 1994, p. 165-180.
- «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême», dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux – Aspects canadiens et européens* (Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992) Cowansville, Éditions Yvons Blais, 1993, p. 3-34.
- «La problématique de la Chambre haute fédérale et la réforme du Sénat canadien», dans *Présence du droit public et des droits de l'homme (Mélanges offerts à Jacques Velu)*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 495-517.
- «La protection des droits et libertés et le sort des minorités», dans *Répliques aux détracteurs de la souveraineté du Québec* (sous la direction de Alain-G. Gagnon et François Rocher), Montréal, VLB Éditeur, 1992, p. 131-167.
- «A Critique of the Distinct Society Clause's Critics», dans *The Meech Lake Primer: Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord* (edited by Michael D. Behiels), Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, p. 171-207.
- (avec Pierre Blache), *L'accord Meech-Langevin et les compétences linguistiques du Québec: opinions juridiques* (Notes et documents du Conseil de la langue française, no. 68), Québec, Conseil de la langue française, 1988, p. 47-103.
- «La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada: conséquences juridiques et constitutionnelles», Numéro spécial de *Canadian Public Policy/Analyse de Politiques* (n° XIV, septembre 1988), p. 43-62.
- «Les clauses de l'Accord relatives à la dualité linguistique et la reconnaissance du Québec comme "société distincte"», dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech – Points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 11-31.
- «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne», dans *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé* (sous la direction de A. de Mestral et autres), Cowansville, Éditions Y. Blais, 1986, p. 449-513.
- «De certains aspects de la réglementation linguistique scolaire en Suisse», dans: *Études juridiques en l'honneur de Jean-Guy Cardinal*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 453-468.

Articles de revues et chroniques

- «La religion dans les décisions relatives à la santé et à l'éducation des enfants en droit canadien et québécois», (2017) 3 *Revue du droit des religions*, 157-174.
- «Liberté de religion, accommodements raisonnables et neutralité religieuse de l'État : les fluctuations de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (2016) 34 *Religiologiques* (à paraître).
- «L'enseignement des religions et de l'éthique à l'école publique : les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (affaires *Folgero*, *Zengin* et *Leirvag*)» (2015) Hors-série juin 2015 *Revue québécoise de droit international* 359-384.
- «Les politiques d'immigration et les droits des immigrants au Canada et au Québec», (2011) VI *Annuaire international des droits de l'homme*, 65-82.
- «Obligation d'accommodement en matière religieuse et obligation de neutralité de l'État : convergences ou divergences ?», (2011) 71 *Études canadiennes/Canadian Studies* (Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France), 57-68.
- «El Sistema federal de Canadá : origen, evolución y problemas actuales», (2011) 28 *Teoría y Realidad Constitucional*, 423-459.
- «Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009)», (2011) 45(1) *Revue juridique Thémis*, 7-49.
- «Diversité religieuse et liberté de religion au Canada», (2010) V *Annuaire international des droits de l'homme*, 533-564.
- «Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique», *Télescope* (Revue d'analyse comparée en administration publique – École nationale d'administration publique du Québec), (2010) vol. 16, n° 3, p. 22-38.
- «Accords et dissonances à propos du concept de laïcité : le Québec entre le modèle français et le modèle canadien», (2010) 68 *Études canadiennes/Canadian Studies* (Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France), 127-138.
- «La modification par convention constitutionnelle du mode de désignation des sénateurs canadiens», (2008) 39 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 115-151.
- «Diversité et droits de l'homme. L'expérience canadienne», (2008) III *Annuaire international des droits de l'Homme*, 253-269.

- «La place de la religion dans les écoles publiques du Québec», (2007) 41 *Revue juridique Thémis* 651-719.
- «La liberté de religion, le droit à l'«accommodement raisonnable» et l'obligation de neutralité religieuse de l'État en droit canadien», (2006) 33 *Revista Catalana de Dret Public*, 369-403.
- «La reconnaissance d'un droit à la qualité de l'environnement au Canada», (2006) 1 *Annuaire international des droits de l'homme* 391-412.
- «El régimen lingüístico en Canada: conflictos y complementariedades entre las políticas lingüísticas de las autoridades federales, de Quebec y de las otras provincias», (2005) 27 *Revista Aragonesa de Administracion Publica* 319-344.
- «La contestation judiciaire de la politique linguistique du Québec en matière de langue d'enseignement» dans : (2005) 44 *Revista de Llengua i Dret*, 101-184.
- «L'actualité constitutionnelle au Canada: La nomination de deux juges à la Cour suprême – La décision de la Cour suprême sur le projet de loi fédéral relatif au mariage entre personnes de même sexe» (2005) 64 *Revue française de droit constitutionnel* 813-826.
- «The Relationship Between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms», (2005) 1 *Indian Journal of Federal Studies* 23-49.
- «L'actualité constitutionnelle au Canada: La Cour suprême du Canada et la liberté de religion» (2005) 62 *Revue française de droit constitutionnel* 404-418.
- «La cohabitación lingüística en Canadá: las políticas lingüísticas de Quebec, del Estado federal canadiense y de las provincias anglofonas», (2004) 69 *Revista Vasca de Administracion Publica* 491-522.
- «L'actualité constitutionnelle au Canada: Les péripéties judiciaires et politiques de la controverse sur le mariage homosexuel au Canada» (2004) 59 *Revue française de droit constitutionnel* 645-657.
- «L'actualité constitutionnelle au Canada: La Cour suprême du Canada et les droits à l'égalité» (1^{er} semestre 2002) (2003) 56 *Revue française de droit constitutionnel* 819-833.
- «Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé», (2003-04) 34 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 93-155.
- «L'actualité constitutionnelle au Canada: la superposition et la complémentarité des instruments constitutionnels et «quasi-constitutionnels» de protection des droits et libertés» (1^{er} semestre 2002) (2003) 53 *Revue française de droit constitutionnel* 187-197.
- «Protection des droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité au Canada», (2001) 12 *Revue hellénique de droits de l'homme* 987-1026.

- « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des Etats-Unis et du Canada », (2000) 46 *Revue de droit de McGill* 21-68.
- « El juicio del Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventual secesión de Quebec », (1999) 54 *Revista Vasca de Administración Pública* 405-436.
- « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) 37 *Revue française de droit constitutionnel* 3-27.
- « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325-401.
- « L'évolution constitutionnelle au Canada depuis le référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec », (1998) 46 *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* 527-549.
- (avec Enric Fossas), « El referéndum sobre la soberanía de Quebec y el futuro constitucional de Canadá: federalismo, asimetría, soberanía », (1997) 48 *Revista Vasca de Administración Pública* 131-154.
- (avec Jean-Pierre Proulx), « La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 399-510.
- « Les modifications à la Charte des droits et libertés de la personne nécessaires en cas d'accession du Québec à la souveraineté », (1995) 26 *Revue générale de droit* 565-586.
- « Les modifications au statut constitutionnel et aux frontières du Nord canadien à l'aube du XXI^e siècle », (1995) 39 *Études canadiennes/Canadian Studies* 27-43.
- « Les aspects juridiques d'une éventuelle sécession du Québec », (1995) 74 *Revue du Barreau canadien* 293-329.
- « La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », (1994) 35 *Cahiers de Droit* 551-582.
- « Les droits des minorités linguistiques et culturelles en cas d'éventuelle accession du Québec à la souveraineté », (1994) 28 *Revue Juridique Thémis* 1035-1089.
- « Politique linguistique et libre-échange : l'incidence de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis sur la législation linguistique du Québec (à la lumière de l'expérience de la Communauté économique européenne), (1993-1994) 8 *Revue québécoise de droit international* 249-264.
- « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », (1993) 4 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 379-410.
- « Cuestiones sobre la reforma del Senado en Canada », (1993) *Revista Vasca de Administración Pública* 125-136.

- «La crise constitutionnelle et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais», dans *La Charte, le fédéralisme et la Constitution/The Charter, Federalism and the Constitution* (1993) 7-8 *Revue internationale d'études canadiennes/International Journal of Canadian Studies* 9-40.
- «Les relations internationales des provinces canadiennes, le Québec en particulier», (1992) 33 *Études canadiennes/Canadian Studies* 91-112.
- «Les droits des minorités : la question linguistique et l'éventuelle accession du Québec à la souveraineté», (1992) 18 *Revista De Lengua I Dret* 95-153.
- «À la recherche d'une nouvelle entente constitutionnelle entre le Canada et le Québec», (1992) 1 *Revista Española de Estudios Canadienses* 405-431.
- «L'évolution des rapports minorité-majorité au Canada et au Québec de 1867 à nos jours», (1992) 21 *Zeitschrift für Kanada-Studien* 93-112.
- «La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours», (1992) 10 *Revue française de droit constitutionnel* 195-250.
- «Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec», (1991-1992) 7 *Revue québécoise de droit international* 12-41.
- «Les enjeux de la réforme du Sénat canadien», (1992) 23 *Revue Générale de Droit* 81-107.
- «La tentative de modification constitutionnelle de 1987, la reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada», (1990) 39 *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* 537-568.
- «L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec», (1988) 19 *Revue Générale de Droit* 735-769.
- «La désinflation normative au Québec : rationalisation et maîtrise du processus législatif et réglementaire», (1988) 22 *Revue Juridique Thémis* 115-138.
- «La Modification constitutionnelle de 1987, la reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada», (1988) 29 *Cahiers de Droit* 3-63.
- «La réglementation linguistique de l'affichage public et la liberté d'expression : *P.G. Québec c. Chaussure Brown's Inc.*», (1987) 32 *Revue de Droit de McGill* 878-904.
- «Les revendications du Canada sur les eaux de l'archipel de l'Arctique et l'utilisation immémoriale des glaces par les Inuit», (1987) 30 *German Yearbook of International Law* 120-143.
- «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», (1986) 27 *Cahiers de Droit* 171-188.
- «L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue», (1985) 30 *Revue de Droit de McGill* 266-293.

- «Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», (1985) 31 *Revue de Droit de McGill* 50-92.
- «La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au “rapatriement” de la Constitution canadienne», (1983-84) 14 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 391-440.
- «À la recherche d'un concept juridique de la langue : présence et qualité du français dans la législation linguistique du Québec et de la France», (1981-82) 16 *Revue Juridique Thémis* 457-504.
- (avec Francis Rigaldies), «Le juge interne et le droit international», (1980) 21 *Cahiers de droit* 293-329.
- «La conclusion et la mise en oeuvre des traités dans le fédéralisme allemand», (1979-1980) 14 *Revue Juridique Thémis* 73-108.
- «Entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire : le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux», (1975) 10 *Revue Juridique Thémis* 493-559.

Études et rapports pour des organismes gouvernementaux ayant fait l'objet d'une publication

Examen et analyse de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables en milieu scolaire ; Étude réalisée à l'intention du Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire du Ministère de l'éducation, des loisirs et des sports (MELS) du Québec ; novembre 2007, 117 p. (le résumé-synthèse de l'étude a été publié en annexe G du rapport du Comité : *Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs*, Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire (présidé par M. B. Fleury), 15 novembre 2007, p. 111-120.

Collaboration à la rédaction de l'avis du Comité sur les affaires religieuses au ministre de l'Éducation du gouvernement du Québec intitulé «Rites et symboles religieux à l'école. Défis éducatifs de la diversité», mars 2003, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Éducation. 2003 – 02-01661, (par la rédaction d'une étude intitulée *La place de la religion à l'école publique*, 101 p.).

Mise à jour de deux études respectivement intitulées “Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec” et “Les droits des minorités linguistiques et culturelles dans un Québec souverain” ; 91 p. et 79 p. (déposées à l'Assemblée nationale du Québec le 27 mars 2002 ; publiées dans *La mise à jour des études originellement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-*

1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992), Gouvernement du Québec, 2002, Volume 2 (Livre 2), p. 63-153 et Volume 3 (Première partie – Livre 1), p. 127-205.

Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse présentée au Groupe de travail sur la place de la religion à l'école constitué par la Ministre de l'Éducation du gouvernement du Québec; publiée comme Étude n° 6 en annexe au rapport du Groupe; Gouvernement du Québec, Ministère de l'Éducation, 1999, 159 p. «Convergences et divergences entre les politiques linguistiques du Québec, des autorités fédérales et des provinces anglophones: le noeud gordien des relations entre les Québécois francophones, la minorité angloquébécoise et les minorités francophones du Canada», dans *Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada – Réflexions théoriques et analyses historique, juridique et sociopolitique*, Québec, Gouvernement du Québec – Conseil de la langue française, 1995 (Dossiers du Conseil de la langue française, n° 42), p. 209-344.

«Politique linguistique et libre-échange: l'incidence de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis sur la législation linguistique du Québec (à la lumière de l'expérience de la Communauté économique européenne), dans *Contextes de la politique linguistique québécoise* (Analyses juridique, démographique, économique et culturelle présentées au séminaire du Conseil de la langue française, du 12 au 14 novembre 1992), Québec, Publications du Québec, 1993 (Dossiers du Conseil de la langue française, n° 36), p. 79-123.

«La conformité de certaines modifications projetées au régime linguistique de l'affichage public et de la publicité commerciale découlant de la *Charte de la langue française* avec les chartes des droits et libertés»; opinion préparée pour le Conseil de la langue française; publiée en annexe à l'*Avis sur d'éventuelles modifications à la Charte de la langue française*, Conseil de la langue française, Québec, février 1992, 39 p. Mémoire intitulé «Les droits des minorités linguistiques et culturelles dans un Québec souverain»; présenté devant la Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté de l'Assemblée nationale du Québec; Québec, 16 décembre 1991; publié dans: Assemblée nationale du Québec, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Exposés et études, vol. 1 («Les attributs d'un Québec souverain»), 1992, p. 195-247.

Étude intitulée «Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec»; préparée pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec et publiée avec le rapport de la Commission; Québec, mars 1991, 110 p.

Table des matières

Note sur l'illustration de couverture	vii
Remerciements	ix
Josée Woehrling : notes biographiques et principales publications	xi
Introduction	1
Alain-G. Gagnon et Pierre Noreau	

Partie I **Exercice démocratique, justice** **constitutionnelle et protection des droits**

L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel	15
Luc B. Tremblay	
La justice constitutionnelle en droit comparé : évolution des modèles	49
Marc Verdussen	
La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques	79
Eugénie Brouillet et Alain-G. Gagnon	
Tolstoï et les juges Beetz et Laskin : À la recherche du citoyen dans le discours judiciaire relatif au fédéralisme	109
Jean Leclair	
Les hauts et les bas de la démocratie scolaire québécoise – perspective historique et contemporaine	139
Jean-Pierre Proulx	
L'arrêt <i>Bombardier aéronautique</i> : confusion conceptuelle, rigidité civiliste et menace à l'égalité réelle	153
Daniel Proulx	

Partie II Politiques et droits linguistiques

Le libéralisme et les politiques linguistiques à l'égard des « cas simplement de simple nombre »	193
Daniel Weinstock	
L'affaire <i>Caron</i> : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu !	221
André Braën	
Territoire, espace public et langues autochtones : le cas du Québec	253
Geneviève Motard et Mathieu-Joffre Lainé	
Symétrie/asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada	295
Linda Cardinal	
Fédéralisme coopératif et droits linguistiques au Canada : peut-on « contractualiser » le droit des minorités ?	317
Johanne Poirier	

Partie III Diversité culturelle et religieuse et liberté de conscience

La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse en milieu scolaire : apports et limites du droit	353
Marie Mc Andrew	
Le rapport au religieux au Québec : mesure empirique et fondements d'une crispation collective	375
Pierre Noreau	
Liberté de religion, droit à la non-discrimination et neutralité religieuse dans la jurisprudence canadienne : une analyse de l'arrêt <i>Saguénay</i>	401
Jocelyn Maclure et Sébastien Lacroix	
Le droit de la non-discrimination aux prises avec la conscience des entreprises	419
Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive et Gabrielle Caceres	

Partie IV
Aménagements institutionnels de la diversité
et autonomie politique

La reconnaissance constitutionnelle du droit de demander la sécession dans les États plurinationaux	461
Hugues Dumont et Mathias El Behroumi	
Le droit constitutionnel, les constitutionnalistes et la démocratie : de la légitimité à l'effectivité	505
Stéphane Bernatchez	
Demain, le Québec : autodétermination interne ou autodétermination externe?	547
Michel Seymour	
Nations minoritaires et culture sociétale : de la création d'un index pour étudier la fragilité des nations en droit constitutionnel comparé	583
Félix Mathieu et Dave Guénette	

Introduction

Cet ouvrage est le résultat de deux journées intenses de débats qui se sont tenus consécutivement à la Faculté de droit de l'Université de Montréal où José Woehrling a fait carrière, puis à l'Université du Québec à Montréal où il travaille, depuis une quinzaine d'années, avec les chercheurs associés au Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP).

José Woehrling a œuvré au sein de la Faculté de droit de l'Université de Montréal de 1971 à 2010. C'est presque 40 ans d'engagement institutionnel. Ses enseignements au premier cycle et aux études supérieures ont tour à tour couvert les domaines de la philosophie du droit, du droit international public, du droit constitutionnel et du droit constitutionnel comparé. Ces enseignements ont unanimement été salués et appréciés des étudiants pour leur clarté, ce qui constituait une qualité essentielle et appréciée, s'agissant de domaines du droit réputés pour leur complexité. Certains de ces cours, dont les contenus étaient très éloignés de ceux que suggère le profil de formation menant au Barreau, attiraient plus d'étudiants que plusieurs des cours obligatoires offerts par la Faculté. On pense notamment ici au domaine du droit constitutionnel comparé. Plusieurs fois honoré pour l'excellence de ses enseignements par les journalistes-étudiants du *Pigeon dissident* (le journal de l'Association des étudiants de droit), José Woehrling est considéré comme un exemple de ce que représente l'excellence professorale. Ces mêmes qualités de communicateur expliquent le rayonnement international de ses travaux et sa participation en tant que conférencier invité à tant d'événements scientifiques de portée internationale.

Sur le plan pédagogique, cet enseignement a toujours été fondé sur l'immense curiosité intellectuelle de José Woehrling et plus particulièrement sur sa capacité à placer, au cœur de l'analyse du droit, les dimensions politiques, sociologiques et culturelles cristallisées dans la normativité juridique. N'abordant jamais le droit pour lui-même ou en tant que produit objectivé d'un choix arrêté dans le temps, il a toujours été sensible au fait que la normativité juridique est l'objet d'une constante réinterprétation. Ainsi, une fois posé, le droit public n'est jamais totalement figé. Il continue à faire l'objet d'un échange plus ou moins tacite entre les acteurs politiques et institutionnels. Cette perspective qui est au fondement d'une forme d'interdisciplinarité, a toujours été abordée sans qu'on sente le poids de

l'érudition qu'elle exige. Enseignant à l'Université de Montréal, par mé-tier, José Woehrling formait d'abord les esprits.

Les institutions se construisent sur les personnalités qui les composent. Aucune université n'échappe à cette règle. Au plan humain, José Woehrling a toujours été un homme discret. Il fuyait le bruit, les clans et les factions. Sensible à la condition des étudiants en tant qu'esprits en formation, il entretenait une véritable amitié à l'égard des collègues plus jeunes. Au fil des échanges on découvrait en lui un amateur de musique, un globe-trotter, un marcheur chevronné. Un passage dans son bureau ouvrait la porte à un univers de références et d'expériences qui donnaient à rêver et alimentaient, dans l'esprit de plusieurs d'entre nous, des intérêts convergents. C'est l'ensemble de ces dimensions qui conduiront l'Université de Montréal à faire, en 2011, de José Woehrling, l'un de ses Professeurs émérites.

Au sein du GRSP, sa contribution a été d'une grande profondeur analytique et d'une constance irréprochable. Dans les périodes de grandes tensions constitutionnelles, tout comme dans les périodes moins tendues, il a su identifier et approfondir les enjeux centraux pour les communautés politiques, les différentes confessions religieuses et pour les diverses familles politiques. Au cours de ses années au GRSP, il a consacré beaucoup d'énergies à faire évoluer les préoccupations théoriques de l'équipe. À chacun des grands chantiers, que ce soit celui sur la justice et la stabilité politique, sur les conditions de la diversité au sein des fédérations multinationales, sur la loyauté fédérale et les appartenances multiples, sur l'ambiguïté constitutionnelle, sur la confiance et la méfiance au sein des États complexes ou sur le présent chantier portant sur les grandes réformes constitutionnelles, José a toujours nourri l'équipe en suggérant des pistes de recherche à exploiter ou des angles à privilégier.

José s'est toujours investi sans compter et nous avons pu bénéficier à la fois de sa générosité intellectuelle et de son ouverture d'esprit face aux propos souvent contrastés des membres de l'équipe et de la société plus généralement. La dette de l'équipe, et plus largement celle de la communauté scientifique, à l'endroit de José est tout simplement énorme. Sa plus grande force est celle d'être parvenu à se gagner le respect de tous tant par sa droiture intellectuelle que par ses analyses en profondeur des questions abordées. Juriste aguerrri et pragmatique, il a su éviter de transformer ses propres souhaits en luttes épiques, sachant s'élever au-dessus de la mêlée. Comprendre, réfléchir et expliquer la nature des conflits a toujours été au cœur des interventions de José et de ses enseignements.

Cet ouvrage inspiré par ses travaux est divisé en quatre parties. Les divers champs couverts par les collègues réunis pour cette occasion tout à fait spéciale que constituent ces mélanges forment l'ossature des principaux thèmes de recherche de notre éminent collègue. Chacune des parties explore, à partir d'angles distincts, les travaux de José Woehrling dans les domaines du droit constitutionnel canadien et comparé. La première partie porte sur l'exercice démocratique, la justice constitutionnelle et la protection des droits alors que la deuxième est consacrée à la protection des minorités et explore notamment les politiques linguistiques. La troisième partie traite de la diversité culturelle et religieuse alors que la quatrième partie se concentre sur les questions reliées aux aménagements institutionnels de la diversité et sur l'autonomie. Nous présenterons d'ailleurs plus en détail les diverses contributions au début de chacune des parties de l'ouvrage.

Pour le moment, et en lien avec les travaux de José Woehrling, nous nous contenterons d'avancer quelques réflexions quant aux façons de penser le fédéralisme de façon globale et de montrer comment le Québec est parvenu à développer sa propre tradition fédérale.

Il existe bien plusieurs façons de penser le fédéralisme. D'abord, la vision qui nous semble la plus prisée au Canada depuis l'avènement d'un nouvel ordre constitutionnel en 1982¹ est celle d'une conception utilitariste de la fédération. Cette vision met au-dessus de toutes les autres valeurs celle d'une efficacité institutionnelle maximale et encourage la plus grande mobilité possible pour chaque citoyen. Ici les communautés sont sacrifiées au profit des individus qui seraient en quête de l'offre de services la plus avantageuse ; plus que des citoyens les Canadiens sont considérés comme des consommateurs de services, des usagers.

Une deuxième façon de voir le fédéralisme est de l'imaginer comme un garde-fou contre les dangers de la concentration des pouvoirs étatiques. On reconnaît tout de suite l'apport de José Woehrling à cette tradition. C'est aussi l'image que nous retrouvons dans *The Federalist Papers*. Il s'agit d'une conception libérale du fédéralisme qui permet de rechercher un équilibre entre les pouvoirs de l'État central et celui des États membres.

Une troisième façon de penser le fédéralisme, pour se limiter à ces quelques modèles, relève d'une conception communautaire telle qu'elle

¹ François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le Nouvel ordre constitutionnel canadien*, collection *Politeia*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2013.

a été articulée en Suisse et en Belgique. Il s'agit donc d'encourager la plus grande participation possible à la fois pour les individus et pour les communautés. Ici les États membres constituent des lieux d'allégeance régionale ou nationale et des outils facilitant l'action collective. Cette démarche fédérative cherche à encourager la participation de chacun des acteurs évoluant au sein des régions, au sein des minorités nationales ou encore au sein des nations minoritaires, à prendre une part active à la fois auprès de l'État englobant et des communautés de proximité². De nouveau, la contribution de José Woehrling à cette façon de voir est profondément inscrite dans sa riche production scientifique comme nous le constaterons à la lecture des diverses contributions aux présents mélanges.

On ne saurait trop insister sur la contribution majeure de José Woehrling et, dans la même veine, de plusieurs collègues québécois dont Linda Cardinal, Guy Laforest, Alain Noël, Benoît Pelletier, François Rocher, à l'avènement et à l'approfondissement d'une école québécoise du fédéralisme. Toutefois cette riche contribution des chercheurs québécois au domaine des études fédérales a été fortement boudée par leurs collègues évoluant au sein de la tradition anglo-canadienne du fédéralisme et cela même si leurs apports aux études fédérales sont depuis longtemps reconnus et amplement cités à l'échelle internationale.

Continuant sur la lancée des travaux d'Andrée Lajoie et de Jacques-Yvan Morin, deux proches collègues à l'Université de Montréal, José Woehrling a beaucoup réfléchi au sujet de l'évolution du fédéralisme canadien et en particulier sur une tendance lourde, systémique, de centralisation des pouvoirs. Il argumente que cette tendance à la centralisation se présente sous trois formes distinctes. Tout d'abord, il constate que la mise en place et l'enchâssement de la Charte canadienne des droits et libertés contribuent au « transfert d'un certain pouvoir de décision des organes représentatifs provinciaux vers les organes judiciaires fédéraux³ ».

² Pour une discussion plus détaillée de ces trois modèles, le lecteur pourra se reporter à : Alain-G. GAGNON et Alex SCHWARTZ, «Canadian Federalism since Patriation : Advancing a Federalism of Empowerment», dans Lois HARDER et Steve PATTEN (dir.), *Patriation and its Consequences. Constitution-Making in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2015, p. 244.

³ José WOEHLING, «Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral», dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 264.

Deuxièmement, et comme corollaire, « le système de protection des droits fondés sur la Constitution et l'intervention des tribunaux crée une culture et des pratiques politiques favorables à l'augmentation des pouvoirs fédéraux au détriment de ceux des provinces⁴ ». Troisièmement, en faisant usage de son pouvoir dépenser, le gouvernement central se réclame du désir qu'entretient la population de voir garantir les droits sociaux et économiques afin de justifier ses interventions dans les champs de compétence exclusive des provinces. Ce qui laisse une très faible marge de manœuvre pour les provinces qui voudraient repousser les intrusions du gouvernement central [à moins qu'elles soient prêtes à faire le sacrifice des deniers publics qui sont dus à leurs communautés]. Le plus bel exemple nous est fourni par les tractations entourant les négociations portant sur l'entrée en vigueur de l'entente cadre sur l'union sociale canadienne en 1999⁵.

Woehrling insiste sur ces trois tendances propres à accroître la centralisation au pays mais il prend soin de noter que les juges de la Cour suprême ont pu à l'occasion mobiliser la notion de « proportionnalité » inhérente à l'article 1^{er} de la Charte canadienne, qui permet les restrictions raisonnables aux droits garantis, pour assurer une plus grande protection des communautés politiques pouvant être considérées comme menacées. Ce fut le cas dans certaines décisions où le français pouvait être considéré comme menacé de fragilisation.

Force est cependant de constater que la jurisprudence de la Cour suprême au Canada a eu pour effet d'affaiblir les caractéristiques fédérales à l'origine du pacte fédératif. Les interventions de cette Cour ont souvent débouché sur des pratiques uniformisatrices. En appliquant la Charte canadienne des droits et libertés, la Cour suprême a contribué « à déprovincialiser » les revendications et à les insérer dans un contexte canadien plus large au sein duquel elle exerce un rôle défédéralisant⁶.

⁴ *Id.*, p. 267.

⁵ On pourra se reporter ici aux études publiés par le Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes sous le titre de *L'Union sociale canadienne sans le Québec : huit études*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 2000.

⁶ Alan C. Cairns argumente que la Cour suprême contribue à défédéraliser le régime politique canadien. Voir, Alan C. CAIRNS, « The Charlottetown Accord: Multinational Canada v. Federalism », dans Curtis COOK (dir.), *Constitutional Predicament: Canada after the Referendum of 1992*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994, p. 25.

Guy Laforest, notre collègue du GRSP à l'Université Laval, fait d'ailleurs le constat que « [l]a Charte de 1982 déterritorialise les conflits, elle les sort des confins territoriaux pour les replacer dans une arène juridico-politique pancanadienne où ils seront arbitrés, en dernière instance, par une Cour suprême qui relève de l'État central⁷ ». Et Laforest ajoute : « la Charte, par l'entremise de la judiciarisation du système politique, travaille contre la nature fédérale du Canada. Le pouvoir judiciaire est celui qui reflète le moins bien la réalité fédérale de notre pays. C'est incontestablement celui qui obtient les meilleurs résultats sur le plan de la centralisation. Le gouvernement fédéral nomme unilatéralement les juges de toutes les hautes cours du pays, y compris ceux de la Cour suprême⁸ ».

Ces processus de centralisation agissent dans différents lieux et se renforcent mutuellement ce qui contribue à uniformiser les politiques publiques. C'est ainsi qu'une culture juridique uniformisante semble de plus en plus devenir la norme⁹. En outre, les législateurs de peur de voir leurs politiques recalées ont de plus en plus tendance à harmoniser leurs pratiques¹⁰. C'est ainsi que les États membres rentrent dans le rang les uns après les autres. Faire autrement conduirait à un bras de fer et priverait ces mêmes États des ressources financières auxquelles ils ont droit. C'est en utilisant diverses formes d'accompagnement et parfois de contrainte que le gouvernement central parvient à imposer les règles du jeu et à transformer les principes de base sous-tendant le fédéralisme. Alain Noël nous rappelle que : « More than a set of rules and institutions, it [federalism] constitutes a concretely situated political project that can never be neutral. This does not mean that federalism does not hold promises. But such promises come in very different forms and shapes, and they are not necessarily promises for everyone »¹¹.

⁷ Guy LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Montréal, Septentrion, 1992, p. 185.

⁸ *Ibid.* Aussi Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

⁹ Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme plurinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

¹⁰ Janet HIEBERT, *Limiting Rights : The Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996.

¹¹ Alain NOËL, « Ideology, Identity, Majoritarianism : On the Politics of Federalism », dans Grace SKOGSTAD, David CAMERON, Martin PAPILLON et Keith BANTING (dir.), *The Global Promise of Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 182.

Il existe bien deux traditions du fédéralisme au Canada : la première, à laquelle adhèrent généralement les chercheurs anglo-canadiens, est fortement influencée par le modèle américain et promeut l'idée d'une nation unie et indivisible, alors que celle généralement avancée au Québec est inspirée par la tradition suisse qui consiste à reconnaître et à promouvoir la diversité nationale et sociétale.

La tradition américaine fondée sur un équilibre entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est celle qui domine le champ des études fédérales. Bien qu'elle mette en échec une vision absolutiste du pouvoir, cette tradition fait fi de la diversité nationale et sociétale à la base même du pacte fédéral et propose l'avènement d'une nation homogène et uniformisée dans le but de garantir la stabilité politique. Cette tradition ne reconnaît qu'un seul pouvoir constituant et elle s'est construite, du moins aux États-Unis, au prix de conflits armés en niant en particulier aux nations autochtones leurs droits de représentation et d'autoreprésentation les plus fondamentaux.

Les spécialistes décrivent habituellement la tradition américaine comme étant l'expression la plus avancée du fédéralisme territorial. Il est clair que cette tradition exerce une influence marquée sur la façon dont la nation majoritaire en Espagne, par exemple, souhaite voir évoluer les relations de pouvoir, et ce, même après la sortie du régime franquiste et l'avènement de l'État des Autonomies.

La tradition helvétique du fédéralisme se distingue de la tradition américaine de deux façons : elle a été érigée sur le principe de l'autonomie politique des États membres fondant la (con)fédération et sur celui de la non-superposition des pouvoirs entre ordres de gouvernement. Cette tradition a connu beaucoup de succès auprès des sociétés démocratiques complexes en reconnaissant les nations fondatrices comme autant de pouvoirs constituants.

Le plus grand défi de cette école de pensée a été de réinventer sur une base continue et évolutive les rapports de pouvoir sans préjudice pour les communautés politiques et les nations historiques à l'origine du pacte fondateur. Cette tradition a pris diverses formes à travers le temps et est généralement reconnue comme étant l'expression la plus avancée du fédéralisme pluraliste.

Les choses se complexifient un peu plus au Québec puisque non seulement il y a une démarcation importante entre la tradition américaine et la tradition helvétique, mais il y a une école de pensée qui s'impose de

plus en plus et qui avance, comme réponse au manque de reconnaissance et d'habilitation, un fédéralisme de type multinational. Cette formule est de plus en plus prisée par les nations minoritaires évoluant dans les démocraties libérales.

Les dernières décennies ont fait la démonstration qu'il fallait imaginer des mécanismes de gestion de la diversité nationale et sociétale plus ambitieux et surtout plus à même de respecter les principes centraux de la démocratie que sont la justice, la légitimité, la reconnaissance, l'hospitalité et l'habilitation. Seul le respect de ces principes permettra selon nous aux démocraties fédérales de se renouveler et de se maintenir dans la longue durée. La réconciliation entre les principaux partenaires au sein des États pluralistes et plurinationaux ne pourra se faire que dans la mesure où les nations seront non seulement reconnues et respectées, mais seront également habilitées à promouvoir leur langue, leur culture, leurs traditions et leurs institutions propres. Il est opportun de souligner que le Gouvernement du Québec a rendu public le 1^{er} juin 2017 un nouvel énoncé de politique constitutionnelle intitulé *Québécois : notre façon d'être Canadiens : Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*. Le gouvernement du Québec y endosse une position constitutionnelle favorable à l'adoption, par l'ensemble des partenaires politiques au Canada, d'un fédéralisme multinational. Il s'agit d'un changement qualitatif significatif de la part de l'État québécois qui avait jusqu'ici pris position en faveur d'une fédération de nature binationale¹².

Trop souvent, la nation majoritaire dicte l'ordre du jour et ne tient pas assez compte des revendications légitimes des nations minoritaires¹³. Il importe en cet *Âge d'incertitudes* d'ouvrir la porte aux débats intercommunautaires et d'engager avec l'Autre un dialogue faisant en sorte que le fédéralisme ne soit plus imposé, mais négocié. C'est clairement à

¹² Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Québécois, notre façon d'être Canadiens : politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes*, Québec, Direction des communications, 2017.

¹³ Alain-G. GAGNON, André LECOURS et Geneviève NOOTENS (dir.), *Les nationalismes majoritaires contemporains : identité, mémoire, pouvoir*, Montréal, Québec Amérique, 2007.

Introduction

ce titre que les contributions de José Woehrling¹⁴ au domaine des études sur le fédéralisme vont laisser leur empreinte dans la longue durée.

Alain-G. Gagnon
Pierre Noreau
Montréal, 29 août 2017

¹⁴ José WOEHLING, «Federalism and the Protection of Rights and Freedom. Affinities and Antagonism», dans Alain-G. GAGNON et Jose Maria SAUCA (dir.), *Negotiating Diversity: Identity, Pluralism and Democracy*, Bruxelles, Peter Lang, 2014, p. 105.

Partie I

EXERCICE DÉMOCRATIQUE, JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET PROTECTION DES DROITS

Cette partie porte sur les rapports qui existent entre l'exercice démocratique, la justice constitutionnelle et la protection des droits au sein des sociétés occidentales. Luc B. Tremblay nous propose une série de postulats fondamentaux en vue de fonder une conception constitutionnelle pluraliste. Tel qu'il le conçoit, le constitutionnalisme pluraliste postule qu'une constitution légitime doit refléter le fait du pluralisme et la diversité culturelle qui caractérisent la société dans laquelle elle s'applique. Une telle vision rompt avec certains postulats fondamentaux du constitutionnalisme libéral, du moins tels qu'ils ont été généralement conçus dans la tradition juridique anglo-canadienne. L'auteur avance l'hypothèse que le constitutionnalisme pluraliste décrit aussi une tendance de fond dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada. Pour Tremblay, le constitutionnalisme pluraliste peut rendre compte d'une manière cohérente de certains aspects de la jurisprudence constitutionnelle canadienne qui, autrement, demeurent difficilement intelligibles ou justifiables.

Marc Verdussen fait le point sur la question du contrôle de constitutionnalité des lois en se penchant sur diverses juridictions constitutionnelles européennes, dont la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le Tribunal constitutionnel espagnol et le Conseil constitutionnel français. L'attention de Verdussen se concentre notamment sur les efforts de classification et de modélisation théoriques qui ont été entrepris depuis le milieu des années 1940 à propos des divers systèmes de justice constitutionnelle. Cela se fait entre autres en contrastant les expériences européennes avec la situation prévalant aux États-Unis d'Amérique. Cette analyse permet à son auteur de montrer que les évolutions récentes de la justice constitutionnelle en Europe ont tendance à brouiller les contours des modèles théoriques conçus jusqu'à présent.

Le chapitre suivant d'Eugénie Brouillet et Alain-G. Gagnon propose un retour sur la Constitution canadienne en lien avec la métaphore de l'arbre vivant en mettant à contribution juristes et politologues. Les auteurs

insistent sur la nécessité d'adapter les textes constitutionnels aux nouvelles conditions sociétales. Il s'agit de mettre en exergue la nécessité de balises dans l'exercice de cette tâche, sans quoi les titulaires du pouvoir judiciaire seront perçus comme usurpant le pouvoir constituant. Or, l'une de ces balises, de ces « limites naturelles » en matière d'adaptation du partage des compétences législatives aux conditions nouvelles, est l'intention du constituant de 1867 de créer au Canada une fédération, avec tout ce que ce choix suppose au plan juridique, notamment le respect de l'autonomie des deux ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives exclusives. C'est ici que les principes discutés dans ce chapitre prennent toute leur valeur.

Jean Leclair rédige une analyse minutieuse des visions du fédéralisme canadien adoptées par les juges Jean Beetz et Bora Laskin pendant leur carrière à la Cour suprême du Canada et établit dans quelle mesure l'interprétation qu'ils font des lois et des enjeux constitutionnels s'inspire de ce que Leclair désigne comme étant un nationalisme méthodologique, entendant par là une posture selon laquelle le fédéralisme est envisagé du point de vue des gouvernements plutôt que dans la perspective des citoyens composant les communautés politiques cohabitant sur le territoire de la fédération. Il est intéressant de souligner que Beetz s'est démarqué de son collègue en approfondissant les fondements du fédéralisme et de l'autonomisme au Canada alors que Laskin ne s'est jamais préoccupé de penser la fédération canadienne en s'inspirant du principe fédéral, étant plus préoccupé par l'idée de faire advenir une nouvelle nation intégratrice de toutes ses parties. Une des contributions de ce texte est de mettre en valeur un angle mort dans le domaine des études sur le fédéralisme lesquelles ont tendance à négliger la place du citoyen dans les débats qui mobilisent à la fois les acteurs et les institutions.

Jean-Pierre Proulx se penche sur la démocratie scolaire au Québec. L'auteur constate un divorce entre la piètre place qu'occupe cette démocratie dans l'échelle des valeurs des électeurs (notamment attestée par la faible participation électorale), d'une part, et l'importance que lui accordent celles et ceux qui se portent candidats, d'autre part. Il s'applique ensuite à expliquer ce phénomène en examinant successivement les facteurs historiques, politiques, organisationnels et psychologiques. Il met notamment en évidence l'existence d'une culture d'apolitisme faisant en sorte qu'aucun enjeu important n'est véritablement débattu lors des élections scolaires. Cela expliquerait en partie pourquoi il est si difficile de mobiliser les énergies à l'échelon scolaire au Québec.

La première partie se referme avec une contribution de Daniel Proulx qui propose une analyse éclairante de l'arrêt *Bombardier Aéronautique* rendu par la Cour suprême du Canada en 2015 et portant sur l'interprétation du droit à l'égalité tel que garanti dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Pour l'auteur cette décision marque un important pas en arrière par rapport à la jurisprudence progressiste en matière d'égalité qui a été la marque de commerce de la Cour suprême dans les trente dernières années. La contribution du Professeur Proulx se concentre sur les éléments du jugement qui, d'après lui, méritent une attention particulière parce qu'ils remettent en cause des aspects cruciaux du droit à l'égalité et de sa mise en œuvre au Québec. Il souligne en particulier l'état de confusion qui règne à la Cour suprême sur les notions de discrimination directe, indirecte et systémique et fait ensuite ressortir les conséquences sérieuses de cette situation regrettable. Il s'arrête également sur le problème chronique de l'incapacité des tribunaux judiciaires québécois, de même que de la Cour suprême, d'adapter les règles de preuve du droit civil québécois au statut quasi constitutionnel de la *Charte québécoise*.

L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel

Luc B. Tremblay*

I. Le constitutionnalisme pluraliste	22
II. Quatre caractéristiques du constitutionnalisme pluraliste	24
A. Une constitution subjectiviste	25
1. L'interprétation doit être généreuse et évolutive.....	29
2. Le pluralisme interprétatif	30
3. Le pluralisme constitutionnel	32
B. Un constitutionnalisme contextualiste	34
C. Un constitutionnalisme proportionnaliste	35
D. Un constitutionnalisme accommodant.....	41
Conclusion	45

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

José Woehrling a publié plusieurs textes remarquables sur la liberté de religion, le principe de proportionnalité et les accommodements, tels qu'interprétés par la Cour suprême du Canada aux fins de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Deux de ses critiques concernent deux formes de «subjectivisme juridique» auquel ces interprétations semblent conduire. La première concerne le recours au «critère subjectif de la sincérité» de ceux qui soutiennent que leur liberté de religion a été restreinte afin de déterminer s'il y a une atteinte à cette liberté². Selon Woehrling, cette position est dangereuse, car elle pourrait justifier des réclamations abusives d'accommodements. L'existence d'une atteinte à la liberté de religion devrait plutôt relever d'un examen objectif par le tribunal, et non pas de la conviction subjective d'un plaignant, aussi sincère soit-elle. Le plaignant devrait démontrer au tribunal 1/ que sa croyance découle objectivement d'un précepte obligatoire de sa religion, ce pourquoi une preuve d'expert pourrait être nécessaire³; 2/ que les entraves à cette croyance sont suffisamment graves pour constituer une véritable atteinte à la liberté de religion⁴. Selon Woehrling, «[c]'est le tribunal plutôt que le requérant qui doit déterminer la gravité des effets préjudiciables sur la liberté de religion [...] pour établir si les effets préjudiciables sont suffisamment graves pour entraîner une atteinte à la liberté de religion⁵».

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après «Charte»).

² Le critère a été élaboré dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 46-47.

³ Voir, par exemple, José WOEHLING, «Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence ?», (2007) *Options politiques* 20, 22. Dans un texte plus récent, Woehrling croit que la Cour suprême a ajouté au critère de la sincérité un critère plus objectif permettant de contrôler le caractère obligatoire de la croyance ou de la pratique. Voir, par exemple, José WOEHLING, «Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009)», (2011) 45 *Revue juridique Thémis* 7, 28, note 42. Je ne discuterai pas de cette interprétation dans ce texte.

⁴ Voir J. WOEHLING, «Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009)», préc., note 3, 14, notes 14, 30 et 43.

⁵ *Id.*, 30, note 43.

La deuxième critique vise le « critère de proportionnalité au sens strict » élaboré aux fins de l'article premier de la Charte⁶. En vertu de ce critère, les effets préjudiciables causés par une atteinte à un droit ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'importance de l'objectif (ou des effets bénéfiques) visé par la mesure⁷. Selon Woehrling, ce critère introduit une autre forme de subjectivisme, judiciaire celle-là, car il n'offrirait aucune contrainte objective aux juges. Alors que le critère de proportionnalité au sens strict exigerait la mise en équilibre de jugements politiques ultimes et d'intérêts concurrents, ces considérations ne possèderaient aucun poids ou valeur spécifique en dehors de « l'opinion » de celui qui effectue la « pesée des intérêts⁸ ». Pour ce motif, le critère impliquerait *nécessairement* la subjectivité des juges :

[L]e critère de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif (ou les effets bénéfiques recherchés, ce qui est la même chose) amène les juges à se prononcer sur la valeur de l'objectif lui-même, ce qui relève d'un jugement politique plutôt qu'instrumental. Ensuite, et surtout, le critère de proportionnalité oblige les juges à poser des jugements de valeur hautement subjectifs, car ils doivent nécessairement « pondérer » eux-mêmes les éléments à comparer, lesquels n'ont pas de « poids » ou de « valeur » spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la « pesée des intérêts ». [...] À cette étape, le juge est en quelque sorte libéré de l'obligation de présenter une démonstration et la subjectivité de la « balance des intérêts » qu'il effectue ne peut lui être reprochée puisqu'elle est inévitable⁹.

Le critère de proportionnalité au sens strict serait d'application particulièrement problématique en matière de liberté de religion puisque, selon Woehrling, il s'agit de mettre en balance « les fins d'utilité sociale

⁶ Ce critère est le dernier du fameux « test de Oakes » élaboré par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'article premier de la Charte énonce ceci : « 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

⁷ *Id.*, par. 71.

⁸ J. WOEHRLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », préc., note 3, 26-27.

⁹ *Id.*

recherchées par le législateur avec une croyance ou une prescription religieuse dont l'importance ne tient ni à sa "vérité" ni à son utilité, mais à sa signification subjective pour le croyant». Dès lors, demande-t-il, « comment les membres du tribunal, s'ils ne partagent pas les croyances du plaignant, pourraient-ils apprécier l'importance des effets préjudiciables que subit celui-ci¹⁰ ? ».

Cette critique, semble-t-il, devrait aussi valoir contre la première étape du processus analytique (déterminer si une restriction à la liberté de religion est suffisamment grave pour constituer une atteinte) ainsi que contre le premier critère de justification, le critère de légitimité qui permet de déterminer si les objectifs visés sont suffisamment importants pour justifier l'atteinte à la liberté de religion. Car s'il est vrai que les juges qui ne partagent pas les croyances subjectives d'un plaignant ne peuvent pas apprécier l'importance des effets préjudiciables qu'il subit aux fins du critère de proportionnalité au sens strict, alors ils ne devraient pas pouvoir apprécier si une restriction à la liberté est suffisamment grave pour constituer une atteinte à la liberté de religion. Et s'il est vrai que les jugements politiques ultimes et les intérêts concurrents ne possèdent aucun poids ou valeur spécifique en dehors de l'opinion de celui qui les pondère, alors le jugement selon lequel l'objectif gouvernemental que vise une restriction est (ou n'est pas) « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis » devrait aussi relever de la subjectivité judiciaire¹¹.

¹⁰ *Id.*, 27, note 38.

¹¹ Woehrling considère qu'il est « rarissime » que des restrictions échouent au critère de légitimité. Voir José WOEHLING, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême », *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 12. On pourrait donc inférer que la subjectivité judiciaire joue très peu à la première étape du test de Oakes. On pourrait inférer, par exemple, que les tribunaux font simplement preuve de déférence envers le législateur. Mais cette inférence n'aurait rien de logique, car les tribunaux pourraient considérer que les objectifs sont suffisamment importants uniquement sur la base de jugements de valeur subjectifs. Il est significatif que Woehrling soutienne que les juges ont une grande latitude dans le choix de l'objectif que vise une restriction, de même que dans sa formulation : « le tribunal a le loisir de retenir un objectif plus ou moins large et, ce faisant, il influence grandement le déroulement du test de proportionnalité, avant même d'avoir commencé à appliquer celui-ci de façon formelle » (*Id.*, p. 13).

Cette critique nous conduit au paradoxe suivant. D'une part, la détermination du degré de gravité des effets préjudiciables sur la liberté de religion devrait relever d'un examen *objectif* par le tribunal à diverses étapes du processus :

C'est le tribunal plutôt que le requérant qui doit déterminer la gravité des effets préjudiciables sur la liberté de religion à deux étapes différentes : en premier lieu, pour établir si les effets préjudiciables sont suffisamment graves pour entraîner une atteinte à la liberté de religion (les effets doivent être « plus que négligeables ou insignifiants » [...] ; en deuxième lieu, s'il y a effectivement atteinte, pour déterminer si les effets préjudiciables sont suffisamment graves pour l'emporter sur les effets bénéfiques de la norme incriminée. Cette deuxième évaluation se place à l'étape du test de la proportionnalité au sens strict. À aucune de ces deux étapes, l'appréciation de la gravité des effets préjudiciables ne relève de la « croyance sincère » du plaignant¹².

Cela dit, d'autre part, il n'existerait aucun critère objectif permettant de mesurer le degré de gravité des effets préjudiciables d'une restriction sur le requérant. Par conséquent, le jugement selon lequel une entrave aux croyances religieuses est suffisamment grave pour constituer une atteinte à la liberté de religion ou, le cas échéant, pour l'emporter sur l'objectif législatif ou les effets bénéfiques de la restriction est forcément *subjectif*. Il dépend « inévitablement » de l'opinion du juge, incluant les « conceptions du juge à l'égard de la religion¹³ ». Le juge serait donc « libéré de l'obligation de présenter une démonstration » à diverses étapes clés du processus analytique¹⁴.

Ce paradoxe est troublant. Est-il possible de le dissoudre ? Je crois que oui, mais à la condition de concevoir le contrôle judiciaire des lois qui portent atteinte aux droits constitutionnels dans le cadre d'une conception résolument « pluraliste » de la constitution. Je ne soutiens pas que ce soit là la seule manière de le dissoudre. On pourrait soutenir, à l'instar de plusieurs auteurs, que le critère de proportionnalité au sens strict doit in-

¹² J. WOEHLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », préc., note 3, 30, note 43.

¹³ *Id.*, 31.

¹⁴ *Id.*, 27.

corpore des raisonnements moraux objectifs¹⁵. On pourrait avancer la même chose pour les autres étapes du processus analytique. Mais j'ai des raisons de croire que Woehrling réfuterait « l'objectivisme éthique » que présuppose cette solution. Sa conviction que les jugements politiques ultimes et les intérêts concurrents que les juges sont censés évaluer et mettre en équilibre n'auraient aucun poids ou valeur spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la pesée des intérêts semble exprimer une conception éthique radicalement « subjectiviste »¹⁶.

Dans ce qui va suivre, j'élaborerai les postulats fondamentaux d'une conception constitutionnelle que je qualifie de « pluraliste ». Ces postulats rompent avec certains postulats fondamentaux du constitutionnalisme libéral, du moins tels qu'ils ont été généralement conçus dans la tradition juridique anglo-canadienne depuis quelques siècles. Je pose l'hypothèse que le « constitutionnalisme pluraliste » décrit une tendance de fond dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada. Certes, la Cour ne s'exprime pas dans ces termes et il serait manifestement erroné de soutenir que toutes ses décisions l'illustrent. Mais il serait tout aussi erroné de soutenir que toutes ses décisions sont compatibles avec la tradition constitutionnelle libérale¹⁷. Il y a des changements conceptuels, des ruptures et des innovations majeures dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Il ne suffit pas de les énoncer ou de les dénoncer ; il faut pouvoir les expliquer et, si possible, les justifier. Selon moi, le constitutionnalisme pluraliste peut rendre compte d'une manière cohérente de

¹⁵ Voir, par exemple, Matthias KLATT et Moritz MEISTER, « Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy », (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 687 ; Kai MÖLLER, « Proportionality: Challenging the Critics », (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 709 ; Matthias KLATT, « Priority of Rights and Optimization. A Response to Luc B. Tremblay », (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 891.

¹⁶ Pour ma part, je ne nie pas que l'éthique puisse être objective. Je soutiens plutôt que le seul fait qu'une position éthique soit vraie ou soutenue par des arguments que l'on croit être vrais ne confère pas aux juges l'autorité morale de l'imposer à ceux qui ne sont pas d'accord. Cet argument est « égalitariste » et pourrait participer de l'objectivisme éthique. Voir Luc B. TREMBLAY, « An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing », (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 864.

¹⁷ Voir, par exemple, Luc B. TREMBLAY, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis, 2009, p. 213.

ces aspects de la jurisprudence constitutionnelle canadienne, aspects qui, autrement, demeurent difficilement intelligibles ou justifiables¹⁸.

I. Le constitutionnalisme pluraliste

Le constitutionnalisme pluraliste, tel que je le conçois, postule qu'une constitution légitime doit refléter le fait du pluralisme et la diversité culturelle qui caractérisent la société dans laquelle elle s'applique. Elle doit reconnaître et affirmer la pluralité des valeurs, des conceptions du bien, des visions du monde, des modes de vie et des cultures auxquels les citoyens s'identifient et donnent un sens à leur vie. En ce sens, le constitutionnalisme pluraliste rompt avec le constitutionnalisme libéral qui postule que les principes fondamentaux d'une constitution affirment un ensemble de valeurs universelles exprimant les vues ou la volonté d'un peuple homogène préexistant ou pré-politique qui possédait un droit originel de les affirmer et de les sanctionner, notamment en vue d'accroître l'intégration et l'unité politique de la société¹⁹. Il convient plutôt à ce qu'exprimait Simone Chambers : « Constitutions are to be mirrors of the multifaceted identities that populate a political order. Rather than imposing order on the messy world, the messy world is reflected in constitutions²⁰ ».

Selon moi, le fondement normatif du constitutionnalisme pluraliste réside dans « l'égalité morale des personnes », c'est-à-dire, dans l'idée selon laquelle tous les êtres humains ont le même statut moral en tant que

¹⁸ On pourrait vouloir soutenir que ces changements, ruptures et innovations participent d'une évolution au sein même du constitutionnalisme « libéral », plutôt que d'une autre conception du constitutionnalisme que je qualifie de « pluraliste ». Cela pourrait ultimement être une question d'interprétation de la tradition libérale. J'aborderai ce point très brièvement dans ma conclusion.

¹⁹ Voir, par exemple, Ulrich PREUSS, « Constitutional Power Making for the New Polity : Some Deliberations on the Relations Between Constituent Power and the Constitution », (1993) 14 *Cardozo Law Review* 639. Preuss rappelle que l'une des présuppositions du constitutionnalisme moderne communes aux théoriciens nationnalistes et libéraux a été que « the coherence of a policy cannot entirely be created and sustained by the contract of free and equal individuals... Some minimum conditions of prepolitical unity are required : the most important conditions being ethnic homogeneity » (659). Voir aussi Bernard YACK, « Popular Sovereignty and Nationalism », (2001) 29 *Political Theory* 517.

²⁰ Simone CHAMBERS, « Democracy, Popular Sovereignty, and Constitutional Legitimacy », (2004) 11 *Constellations* 153, 159.

sujets moraux²¹. Pour cette raison, chacun doit compter également dans les processus de décision pratique susceptibles de les affecter : chacun doit être traité avec la même considération et le même respect. Il s'ensuit que les processus de délibération pratique doivent être *impartiaux* envers tous ceux que les décisions pourraient affecter. Elle implique, comme le disait Kurt Baier, que toutes les personnes « are to be treated as equally important “centres” of cravings, impulses, desires, needs, aims, and aspirations ; as people with ends in their own, all of which are entitled, *prima facie*, to be attained²² ».

Les sociétés démocratiques contemporaines sont égalitaristes en ce sens. Ce caractère fondamental conditionne l'exercice légitime du pouvoir politique et de la coercition. Puisque tous les êtres humains ont le même statut moral en tant que personne, un État légitime doit traiter chaque être humain avec la même considération et le même respect. Toutes les décisions qui les affectent devraient donc résulter d'un processus impartial ou pouvoir être autorisées ou justifiées en termes de normes, de critères ou de procédures qui satisfont à l'idée d'impartialité. Pour ce motif, la constitution d'un État légitime doit traiter chaque personne d'une manière impartiale ; elle doit former un ordre dont les normes puissent être validées ou justifiées par un processus de délibération impartial. Une constitution qui favoriserait d'avance un groupe de citoyens (un groupe ethnique ou une classe sociale) au détriment de tous les autres ou qui favoriserait d'avance les conceptions religieuse, philosophique, morale ou politique controversées de certains citoyens et les imposerait à tous les autres par le pouvoir coercitif de l'État n'honorerait pas l'égalité morale de tous ses citoyens. Certaines personnes pourraient valablement objecter qu'elle n'accorde pas suffisamment de poids à leurs intérêts, leurs valeurs ou leur vision du monde par rapport à ceux d'autres citoyens.

De plus, les sociétés démocratiques contemporaines sont pluralistes et culturellement diversifiées. Elles sont pluralistes en ce que ses citoyens manifestent une pluralité de visions du monde et d'éthiques personnelles ; elles sont culturellement diversifiées en ce qu'elles sont constituées d'une pluralité de modes de vie et de cultures. Il s'ensuit qu'une constitution démocratique légitime doit, en principe, refléter et s'accommoder au pluralisme et à la diversité culturelle qui caractérisent la société dans laquelle

²¹ J'ai abordé cette question dans L.B. TREMBLAY, préc., note 16, 871-873.

²² Kurt BAIER, « The Point of View of Morality », (1954) 32 *Australasian Journal of Philosophy* 104, 123.

elle s'applique. Autrement, elle pourrait favoriser certains groupes de citoyens au détriment de tous les autres. Une telle constitution ne traiterait pas chaque citoyen avec la même considération et le même respect. Certaines personnes pourraient se servir du processus de contrôle judiciaire pour imposer leurs vues religieuses, philosophiques, morales ou politiques controversées à tous les autres. Certains citoyens seraient privilégiés au détriment d'autres citoyens. La constitution serait celle de certains groupes et cela créerait deux classes (ou plus) de citoyens.

Une constitution pluraliste pourrait émerger d'au moins deux façons. Premièrement, elle pourrait émerger d'un processus d'élaboration et d'adoption d'une constitution qui soit inclusif. Un tel processus aurait pour objet de répondre d'une manière impartiale aux conceptions du bien, aux visions du monde, aux modes de vie et aux cultures de chaque personne et de chaque groupe social qui sera soumis à la constitution. Deuxièmement, une constitution pluraliste pourrait émerger d'un processus d'interprétation et d'application d'une constitution démocratique en vigueur. Dans les sociétés démocratiques contemporaines, les constitutions incarnent généralement les principes et les valeurs du constitutionnalisme « libéral ». D'un point de vue abstrait, les constitutions libérales ressemblent aux constitutions pluralistes : elles reconnaissent l'égalité morale des personnes, la liberté individuelle et la tolérance ; elles affirment une pluralité de valeurs abstraites ; elles créent divers types d'institutions politiques ; elles instituent une forme de contrôle judiciaire des lois ; le processus d'interprétation est généralement très flexible et les tribunaux tendent à conférer au principe de proportionnalité un statut constitutionnel fondamental. Une constitution pluraliste pourrait donc émerger d'une constitution démocratique libérale par le biais d'une interprétation souple de ses normes et du processus de contrôle judiciaire.

Dans la prochaine section, j'examine quatre caractéristiques fondamentales d'une constitution pluraliste, telle qu'elle pourrait émerger des constitutions libérales existantes.

II. Quatre caractéristiques du constitutionnalisme pluraliste

En vertu du constitutionnalisme pluraliste, une constitution légitime doit reconnaître et affirmer la pluralité des valeurs, des conceptions du bien, des visions du monde, des modes de vie et des cultures auxquels ceux qui y sont soumis s'identifient et donnent un sens à leur vie. Voici quatre

caractéristiques fondamentales d'une telle constitution : elle est subjectiviste, contextualiste, proportionnaliste et accommodante.

A. Une constitution subjectiviste

Premièrement, le constitutionnalisme pluraliste est «subjectiviste». La constitution doit être comprise, autant que possible, du point de vue «subjectif» des citoyens eux-mêmes. Nulle constitution ne peut être authentiquement pluraliste, à moins de refléter les valeurs, les intérêts, les visions du monde, les modes de vie ou les cultures des citoyens. Il ne suffit donc pas de les énoncer formellement dans un texte puis laisser leur interprétation au hasard des convictions ou préférences d'un petit groupe de juges. Ils doivent nécessairement être compris du point de vue de ceux dont ce sont les valeurs, les intérêts, les visions du monde, les modes de vie ou les cultures. Autrement, il pourrait y avoir un écart entre ce que l'on cherche légitimement à reconnaître et ce qu'en disent les juges.

Le point de vue subjectif correspond à ce que les philosophes nomment parfois le point de vue «personnel». C'est le point de vue à partir duquel les individus comprennent et construisent leur propre identité et leur propre vie. C'est le point de vue à partir duquel nous formons et soutenons nos projets et nos engagements envers autrui, établissons nos priorités entre nos intérêts et nos besoins, choisissons nos finalités les plus lointaines, concevons nos représentations ultimes et évaluons la gravité des torts que nous subissons et l'importance des bénéfices que nous obtenons dans certaines circonstances. Interpréter la constitution à partir du point de vue subjectif de ceux qui y sont soumis lui permet donc de refléter le pluralisme et la diversité culturelle qui caractérise la société.

Cette première caractéristique ne doit pas être confondue avec le «subjectivisme éthique». Une constitution pluraliste subjectiviste est neutre sur cette question : elle confère le même statut aux conceptions de ceux qui croient que les principes moraux sont universellement valides ou vrais qu'à celles de ceux qui croient qu'ils sont uniquement valides relativement aux personnes, aux sociétés ou aux cultures. Il est vrai que son fondement normatif réside dans l'idée d'égalité morale des personnes. Cependant, il n'est pas nécessaire, du moins aux fins de ce texte, de déterminer si ce fondement est universellement valide ou simplement relatif aux sociétés démocratiques contemporaines. Par ailleurs, le subjectivisme du constitutionnalisme pluraliste ne doit pas être confondu non plus avec

la thèse selon laquelle l'interprétation constitutionnelle dépend inévitablement des « choix subjectifs » des juges. Interpréter une norme constitutionnelle dans les termes mêmes conçus par une autre personne réduit considérablement la subjectivité des interprètes. Il est en effet possible, bien qu'à divers degrés de probabilité, de comprendre le sens qu'une autre personne donne à une norme constitutionnelle, à la condition que ces significations soient exposées clairement et qu'elles soient plausibles et sincères. Paradoxalement, on pourrait même dire que le subjectivisme qui caractérise le constitutionnalisme pluraliste confère un fondement *objectif* à l'interprétation constitutionnelle.

Prenons la liberté de religion. En vertu du constitutionnalisme pluraliste, la définition de ce qu'est une « religion », ainsi que la nature des croyances et des pratiques qui peuvent légitimement y être associées doivent refléter les conceptions subjectives plurielles que les individus ou les groupes religieux se font de la leur, à la condition qu'elles soient sincères et plausibles. La définition *formelle* de la liberté de religion doit donc être ouverte. Elle pourrait probablement ressembler à celle qu'en a donnée la Cour suprême du Canada :

La liberté de religion s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. Toutefois, cette liberté vise aussi des conceptions – tant objectives que personnelles – des croyances, « obligations », préceptes, « commandements », coutumes ou rituels d'ordre religieux. En conséquence, la protection de la *Charte* [...] devrait s'appliquer tant aux expressions obligatoires de la foi qu'aux manifestations volontaires de celle-ci. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle²³.

On pourrait objecter que cette définition n'est pas subjectiviste pour le motif même qu'elle a été élaborée par les juges indépendamment de ce

²³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 2, par. 46-47. Cette approche pourrait s'appliquer à tous les droits et libertés de la Charte conformément aux termes de l'article 27 de celle-ci. Voir ma conclusion, *infra*.

qu'en pensent les citoyens. Soit. Mais il ne faut pas jouer sur les mots. Si les termes d'une définition « objective » peuvent inclure toutes les conceptions, toutes les croyances et toutes les pratiques que les individus, d'un point de vue subjectif sincère, conçoivent relever de leur religion, alors cette définition est subjectiviste au sens du constitutionnalisme pluraliste. Elle a très peu à voir avec une définition substantielle qui énoncerait dans l'abstrait les critères objectifs d'une vraie religion ou de ce qui relève vraiment de telle ou telle religion. Une définition formelle ouverte est assez semblable aux décrets « objectifs » du roi raisonnable dans *Le Petit Prince*²⁴.

Il en va de même des autres droits constitutionnels. Supposons, comme le juge Wilson dans l'affaire *Morgentaler*, que le droit à la liberté garantie à chaque individu « une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée²⁵ ». Il s'ensuivrait que la nature des décisions importantes touchant intimement à la vie privée devrait être déterminée du point de vue subjectif sincère des citoyens qui doivent la prendre, à la condition que ce soit plausible. D'abord, les décisions importantes touchant intimement à la vie privée des individus dépendent directement du point de vue personnel ; cela varie selon les uns et les autres. Ensuite, ce qui relève « objectivement » de la vie privée peut raisonnablement dépendre des attentes subjectives des citoyens en matière de vie privée. Ainsi, déterminer si le droit à la liberté inclut ou non le droit d'une femme enceinte d'avoir un avortement devrait procéder du point de vue subjectif des femmes enceintes. La position du juge Wilson dans *Morgentaler* allait dans ce sens :

Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical ; elle est aussi profondément d'ordre social et

²⁴ Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Le petit prince*, Paris, Gallimard, 1945, chap. X :

« — Puis-je m'asseoir ? S'enquit timidement le petit prince.

— Je t'ordonne de t'asseoir, lui répondit le roi, qui ramena majestueusement un pan de son manteau d'hermine ».

²⁵ R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 238.

éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être. Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au coeur du dilemme²⁶.

On pourrait multiplier les exemples. La question de savoir si une peine donnée est «cruelle» doit s'apprécier du point de vue de ceux qui la subissent, à la condition qu'il soit plausible et sincère. Un acte cruel inclut un critère de souffrance dont l'intensité devrait se mesurer du point de vue subjectif de ceux qui la subissent. Déterminer les critères «objectifs» de cruauté d'un point de vue impersonnel, universel, abstrait ou détaché, tel que celui de la «personne raisonnable», pourrait trahir l'engagement constitutionnel envers le pluralisme et la diversité culturelle. Il en va de même du droit à la protection contre la torture, du droit à la sécurité, du droit à la vie, etc.

On pourrait craindre qu'une constitution pluraliste soit biaisée en faveur des citoyens «asociaux», que ce soit les «individualistes» qui ne pensent qu'à leurs intérêts égoïstes ou les «communautaristes» qui veulent vivre en marge de la société selon des normes traditionnelles ou religieuses. Ce serait une erreur. Une constitution pluraliste doit aussi refléter le point de vue des citoyens qui ont des conceptions plus restrictives des droits. C'est pourquoi certaines institutions politiques représentatives ont le pouvoir de promouvoir des finalités politiques jugées désirables. Si une majorité de citoyens estimait que le droit à la sécurité n'inclut pas le droit de porter des armes en vue de se défendre ou aucun droit socioéconomique, elle pourrait utiliser la loi pour interdire le port d'armes en vue de se défendre ou pour mettre fin à des prestations sociales. Si elle croyait sincèrement que le droit à la liberté n'inclut pas la liberté contractuelle ou le droit à l'avortement, elle pourrait utiliser la législature pour prohiber les contrats abusifs ou l'avortement. Si elle croyait que le droit à la protection contre les peines cruelles n'inclut pas l'emprisonnement à perpétuité sans libération conditionnelle, elle pourrait adopter une loi qui prévoit une telle peine. Mais cela ne mettrait pas fin à la question, car d'autres citoyens pourraient sincèrement faire valoir que ces lois portent atteinte à leurs droits à la sécurité, à la liberté, à la protection contre les peines

²⁶ *Id.*, par. 239-240.

cruelles, etc. Le cas échéant, il y aurait conflit et, à défaut de compromis négociés, les tribunaux devraient trancher conformément aux postulats du constitutionnalisme pluraliste. J'y reviens plus bas.

Le constitutionnalisme pluraliste, on le voit, rompt avec le postulat libéral selon lequel une constitution est un ordre normatif abstrait dont le sens véritable est déterminé objectivement à partir de considérations logiquement indépendantes des compréhensions subjectives des citoyens à qui elle s'applique. Ces considérations, que ce soit l'intention originelle, les buts que visent les dispositions, la morale objective, les valeurs sociales, l'intégrité du processus démocratique, la personne raisonnable ou autres, fixent dans l'abstrait la mesure idéale de légitimité des lois. Bien que cette rupture soit importante, le subjectivisme honore l'égalité morale des personnes. En repoussant l'idée qu'une constitution doive imposer à tous les citoyens un même ordre de valeurs substantielles garantissant les mêmes intérêts humains fondamentaux, le subjectivisme prévient que la constitution ne devienne celle d'un seul groupe de citoyens, notamment de celui qui a le pouvoir d'imposer ses vues constitutionnelles, politiques, morales ou philosophiques à tous les autres en utilisant la force coercitive de l'État²⁷.

Au moins trois corollaires découlent du subjectivisme.

1. L'interprétation doit être généreuse et évolutive

Premièrement, l'interprétation constitutionnelle doit être «généreuse, large ou libérale». Les droits garantis doivent inclure tous les intérêts spécifiques plausibles que les citoyens conçoivent sincèrement en faire parti. L'interprétation doit aussi être «évolutive ou progressive». Elle doit adapter la constitution aux compréhensions changeantes des citoyens. Corrélativement, la nature des objectifs législatifs légitimes doit aussi être interprétée généreusement et de manière évolutive de manière à reconnaître tous les objectifs plausibles qu'une législature ou qu'une majorité de citoyens estime sincèrement être importants et justifiables.

L'interprétation large et libérale, de même que la conception évolutive d'une constitution (parfois associée à un «arbre vivant») conviennent

²⁷ À cet égard, voir L.B. TREMBLAY, préc., note 16, 878-882.

mal au constitutionnalisme libéral²⁸. En vertu du constitutionnalisme libéral, la liste des droits fondamentaux est courte, objective et universelle. Elle se limite aux intérêts humains jugés objectivement et universellement vitaux, spécialement urgents ou fondamentalement importants. De plus, les objectifs législatifs légitimes sont catégoriquement limités à certains types de considérations légitimes, tels que les droits d'autrui, la sécurité nationale ou l'ordre public. Là où il y a contrôle judiciaire, les juges sont tenus de vérifier la conformité des revendications concurrentes à la constitution substantielle qui établit d'avance la liste unique d'intérêts protégés et d'objectifs législatifs légitimes²⁹. Le point de vue subjectif des citoyens qui croient sincèrement qu'un intérêt donné est fondamental ou qu'un objectif législatif est légitime et important ne constitue pas une raison suffisante de reconnaître qu'ils sont dignes de protection constitutionnelle³⁰.

2. Le pluralisme interprétatif

Deuxièmement, le subjectivisme implique une forme de « pluralisme interprétatif ». Puisque la constitution est comprise du point de vue subjectif de ceux qui y sont soumis, l'interprétation de ses valeurs doit elle-même être pluraliste. Elle confère, autant que possible, le même statut et la même légitimité aux compréhensions plausibles concurrentes de ses normes, dès lors qu'elles sont avancées sincèrement. Le constitutionnalisme pluraliste implique quelque chose comme ce que Sanford Levinson a déjà qualifié d'approche « protestante » de la Constitution par opposition à une approche Catholique qui permet aux juges de parler « with the authority of the Pope³¹ ». Les juges ne décrètent pas *ex cathedra* laquelle

²⁸ Voir, par exemple, *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136 (C. privé); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 23. La méthode d'interprétation dite « téléologique », pour sa part, peut-être compatible avec le constitutionnalisme libéral. Voir Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 461.

²⁹ J'ai abordé ce point dans L.B. TREMBLAY, préc., note 16.

³⁰ Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime », (2002) 47 *Revue de droit de McGill* 271.

³¹ Sanford LEVINSON, « Law as Literature », (1982) 60 *Texas Law Review* 373, 395-396.

des interprétations constitutionnelles concurrentes plausibles est « la » bonne interprétation, même s'ils ont la conviction qu'elle est.

Certaines personnes, par exemple, croient sincèrement que la liberté de religion inclut le droit de porter un symbole religieux en tout temps et que ce droit a priorité sur les valeurs concurrentes. En même temps, d'autres citoyens croient sincèrement que la liberté de religion n'inclut rien de tel, soit parce que les manifestations extérieures de la religion ne sont pas protégées, que le port de tel symbole religieux en tout temps ne constitue pas une obligation religieuse objective ou que cette pratique en certains lieux empêche la réalisation de valeurs concurrentes plus importantes, telles que la sécurité, la laïcité ou l'intégration sociale de tous les citoyens, et que le gouvernement peut légitimement les interdire partout ou dans certains lieux. En vertu du constitutionnalisme pluraliste, les juges doivent conférer le même statut à ces interprétations concurrentes, dès lors qu'elles sont avancées de bonne foi par les parties à un litige. Autrement, ils solutionneraient le litige sur la base d'une interprétation controversée des valeurs en litige et décideraient que le débat est clos sans avoir besoin d'entendre toutes les parties. Ce qui vaut pour la liberté de religion vaut en principe pour les autres droits et les autres objectifs politiques.

Le pluralisme interprétatif rompt avec le postulat libéral moniste selon lequel les juges doivent déterminer et sanctionner le sens véritable de la constitution conformément à « la » bonne méthode interprétative. Cela ne doit pas être confondu avec les théories sceptiques qui doutent ou nient que la constitution puisse avoir un seul sens véritable dès lors qu'il existe plus d'une interprétation raisonnable possible. Le constitutionnalisme pluraliste est neutre sur cette question. Il admet qu'une constitution puisse avoir un seul sens véritable et reconnaît que c'est ce que croient la plupart des citoyens et des juristes qui revendiquent ou contestent sincèrement l'existence d'un droit spécifique. Mais la question n'est pas ontologique, elle est épistémologique et normative : même si une constitution possédait un seul sens véritable, ce sens demeurerait contesté et le seul fait qu'une interprétation soit jugée meilleure ou vraie par un groupe de citoyens ne confère pas aux juges l'autorité morale de l'imposer à tous les autres³².

³² Le pluralisme interprétatif ne doit pas être confondu non plus avec les théories constitutionnelles américaines « pluralistes » selon lesquelles le sens des dispositions constitutionnelles doit résulter d'une pluralité d'approches, de méthodes et d'arguments.

3. Le pluralisme constitutionnel

Troisièmement, le subjectivisme implique une forme de « pluralisme constitutionnel ». J'entends ici le fait qu'il puisse exister en même temps dans une même société une pluralité de constitutions *substantielles* correspondant aux conceptions subjectives concurrentes de la constitution *formelle*. Puisqu'une constitution pluraliste admet le pluralisme interprétatif, elle doit admettre que les interprétations subjectives des citoyens, dès lors qu'elles sont intégrées dans des cadres normatifs cohérents, forment des constitutions substantielles distinctes. Une constitution authentiquement pluraliste doit donc reconnaître la légitimité du pluralisme constitutionnel³³.

Les constitutions substantielles des citoyens peuvent évidemment se recouper. Mais pas nécessairement. La constitution substantielle du citoyen A peut énoncer que le port d'un kirpan à l'école primaire est un intérêt fondamental alors que celle du citoyen B peut concevoir cette pratique comme une simple préférence que l'État peut légitimement prohiber au nom de l'intérêt général. La constitution substantielle du citoyen C peut inclure dans le droit à la liberté le droit de faire ou de ne pas faire

Ces théories sont monistes : elles ont pour objet la détermination du seul sens légitime des dispositions constitutionnelles. Voir, par exemple, Richard H. FALLON, « A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation », (1987) 100 *Harvard Law Review* 1189 ; Philip BOBBITT, *Constitutional Fate*, New York, Oxford University Press, 1982. De plus, le pluralisme interprétatif auquel je fais référence va plus loin que le projet de Bobbitt de donner à chaque citoyen le pouvoir de prendre part à l'interprétation constitutionnelle. Voir Philip BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Cambridge, Blackwell, 1991, p. 28-30.

³³ Ce corollaire ne doit pas être confondu avec la théorie du « pluralisme constitutionnel », élaborée en Europe pour expliquer ou justifier certains aspects constitutionnels de l'intégration européenne et des ordres juridiques transnationaux. Voir, par exemple, Matej AVBELJ et Jan KOMAREK (dir.), *Four Visions of Constitutional Pluralism*, EUI, Working Papers, Law 2008/21 ; Matej AVBELJ et Jan KOMAREK (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012. Il ne doit pas être confondu non plus avec la théorie américaine de « co-ordinate authority » ou « departmentalism », qui reconnaît le statut égal et la légitimité des diverses interprétations constitutionnelles faites par les différentes branches du gouvernement. Voir, par exemple, Larry D. KRAMER, *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004 ; Mark TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

tout ce qu'on veut³⁴, incluant l'équitation³⁵, la chasse³⁶ et la consommation des drogues douces³⁷, alors que celle du citoyen D peut concevoir ces intérêts comme de simples caprices. Des constitutions substantielles peuvent se contredire sur la question de savoir si le droit de propriété inclut ou pas les bénéfices de bien-être social³⁸. Ainsi de suite. Une même disposition constitutionnelle formelle pourrait donc, avec le temps, reconnaître la légitimité d'une pluralité de dispositions constitutionnelles substantielles concurrentes.

On pourrait objecter que le pluralisme constitutionnel encourage, exacerbe même, les conflits de valeurs et d'intérêts. Mais posons-nous la question : est-ce fort différent de ce qui existe aujourd'hui ? N'y a-t-il pas déjà de profonds conflits de valeurs fondés sur une même constitution formelle ? Des significations qui semblent légitimes, voire naturelles aux uns ne semblent-elles pas illégitimes, voire totalement saugrenues aux autres³⁹ ? Les citoyens d'une société pluraliste et culturellement diversifiée n'ont-ils pas déjà des compréhensions plurielles des principes fondateurs de l'ordre constitutionnel ? N'est-ce pas là un reflet de ce que Charles Taylor nommait la « diversité profonde », soit une pluralité de modes d'appartenance à un même État ou à une même nation⁴⁰ ?

³⁴ *Elfes Case* (1957), dans Donald P. KOMMERS et Russell A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3^e éd., Londres, Duke University Press, 2012, p. 401.

³⁵ *Falconry* (1980), dans D.P. KOMMERS et R.A. MILLER, préc., note 34, p. 404.

³⁶ *Equestrian Case* (1989), dans D.P. KOMMERS et R.A. MILLER, préc., note 34, p. 404.

³⁷ *Hashish Drug Case* (1994), dans D.P. KOMMERS et R.A. MILLER, préc., note 34, p. 400.

³⁸ Voir *Bélàné Nagy c. Hongrie*, n° 53080/13, 10 février 2015.

³⁹ Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir les recueils de jurisprudence canadienne et de lire les décisions traitant des droits constitutionnels.

⁴⁰ Selon Charles Taylor, il existe au Canada une « diversité profonde » qui caractérise la pluralité des modes d'appartenance au Canada. Pour ce motif, un pays ouvert à tous devrait reconnaître la légitimité de cette diversité profonde, notamment par un régime (ou une constitution) qui adopterait une « attitude pluraliste ». Voir Charles TAYLOR, « Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada », dans Charles TAYLOR (dir.), *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1992, p. 179, aux pages 212-214.

Le pluralisme constitutionnel est un fait social. Des conceptions constitutionnelles substantielles concurrentes s'affrontent et aboutissent souvent devant les tribunaux. La question est de savoir comment résoudre les conflits qui naissent de ce pluralisme constitutionnel ? Selon le constitutionnalisme libéral, la solution consiste à ignorer (voire éteindre) ce pluralisme en imposant une unique constitution substantielle à tous les citoyens. Inévitablement, la constitution qui en résulte n'est celle que de certains citoyens. Pour sa part, le constitutionnalisme pluraliste cherche à reconnaître et à concilier, autant que possible, les constitutions substantielles sincères et plausibles des uns et des autres.

B. Un constitutionnalisme contextualiste

Deuxièmement, le constitutionnalisme pluraliste est « contextualiste ». La constitution doit être comprise, autant que possible, dans les contextes spécifiques qui la mettent en cause, tels que dans les situations propres aux cas dans lesquels une loi porte atteinte à un intérêt concret jugé digne de protection constitutionnelle. Le constitutionnalisme pluraliste reconnaît, non seulement que les valeurs, les intérêts, les besoins, les aspirations et les finalités des personnes sont pluriels et complexes, mais que leur signification subjective et leur poids relatif peuvent changer selon les situations particulières qui les mettent en cause concrètement. Il postule que les valeurs constitutionnelles ne sont véritablement intelligibles qu'en contexte. Par conséquent, le sens et le poids relatif des valeurs d'une constitution authentiquement pluraliste doivent être déterminés d'un point de vue subjectif dans les contextes spécifiques qui les mettent en cause concrètement.

Il semble très difficile, voire impossible, de mesurer ou de comparer dans l'abstrait le poids relatif des valeurs constitutionnelles. Peut-être est-ce un problème d'incommensurabilité. Mais peut-être est-ce aussi un problème d'intelligibilité. Demander dans l'abstrait : « quelle est la valeur la plus importante, la liberté d'expression, la sécurité, la vie privée ou la démocratie ? » est comme demander dans l'abstrait : « qu'est-ce qui a le plus de valeur, une bouteille d'eau ou la lecture d'un bon roman ? ». La seule réponse intelligible semble être : « ça dépend ! ». Dans un désert, ce serait probablement la bouteille d'eau ; mais près d'une chute d'eau limpide, ce pourrait être la lecture d'un bon roman. Isaiah Berlin disait : « First things come first : there are situations... in which boots are superior to the

works of Shakespeare; individual freedom is not everyone's primary need⁴¹ ».

Un juriste pourrait certes tenter d'établir dans l'abstrait le sens et le poids relatif de toutes les valeurs constitutionnelles en vue de construire une théorie compréhensive des droits fondamentaux. Mais la description serait excessivement compliquée ou vouée à une révision permanente. Résoudre d'avance et dans l'abstrait tous les conflits de valeurs tels qu'ils pourraient se présenter en contexte favoriserait des solutions qui pourraient ne pas convenir à la réalité des conflits, tels qu'ils sont vécus par les parties concernées. Le cas échéant, un citoyen pourrait légitimement objecter que, selon lui, la solution abstraite ne confère pas aux valeurs constitutionnelles en conflit le sens ou le poids relatif qu'elles devraient avoir.

Le contextualisme rompt avec le postulat libéral selon lequel les normes constitutionnelles doivent être définies *in abstracto* et appliquées d'une manière impartiale à tous les cas qui rencontrent formellement leurs conditions d'application. Cependant, il honore l'égalité de considération et de respect pour le motif même qu'il tient compte de la situation réelle dans laquelle les valeurs constitutionnelles prennent tout leur sens pour chacun de ceux qui sont affectés par une loi donnée. Chaque situation doit être évaluée individuellement en fonction de son mérite et la résolution des conflits de valeurs doit être située au point précis où les valeurs se frappent concrètement et uniquement dans la mesure même où il y a conflit⁴².

C. Un constitutionnalisme proportionnaliste

Troisièmement, le constitutionnalisme pluraliste est « proportionnaliste ». Une constitution pluraliste doit, en principe, conférer le même *statut* aux valeurs plurielles qu'elle reflète, que ces valeurs soient conçues comme des droits, des intérêts individuels ou collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs, des procédures ou des institutions; et lorsque ces

⁴¹ Isaiah BERLIN, « Two Concepts of Liberty », dans Michael SANDEL (dir.), *Liberalism and Its Critics*, New York, New York University Press, 1984, p. 15, à la page 17.

⁴² Le contextualisme a été partiellement introduit au Canada par la Cour suprême dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (j. Wilson).

valeurs sont en conflit, elles doivent être harmonisées conformément à un critère de proportionnalité.

Une constitution pluraliste ne peut donc pas affirmer d'avance que les valeurs d'une religion donnée, telles que celles du catholicisme ou de l'islam, ont priorité sur toutes les valeurs concurrentes. Il en va de même des idéologies politiques ; elle ne peut affirmer que les valeurs du nationalisme ethnique, du fascisme, du communisme, de l'utilitarisme ou du socialisme ont priorité sur toutes les valeurs concurrentes. Une constitution catholique, islamiste, nationaliste, fasciste, communiste, utilitariste ou socialiste ne peut pas refléter le pluralisme et la diversité culturelle des sociétés démocratiques contemporaines. Pour le même motif, elle ne peut pas affirmer d'avance que les droits traditionnellement associés au « libéralisme⁴³ » ont priorité sur les autres valeurs. Si la constitution affirmait *a priori* que certaines valeurs ou intérêts humains sont objectivement ou universellement plus importants, urgents ou fondamentaux que tous les autres ou qu'ils ont priorité par rapport aux autres, elle favoriserait les valeurs, les intérêts jugés fondamentaux, les conceptions de la nature humaine, du bien et du monde de certains groupes de citoyens au détriment des autres⁴⁴. Une telle constitution ne serait pas impartiale : elle ne refléterait pas le pluralisme et la diversité culturelle qui caractérisent la société dans laquelle elle s'applique.

Les valeurs constitutionnelles sont conçues comme des « exigences d'optimisation⁴⁵ ». Chacune doit être réalisée le plus possible, compte tenu des possibilités juridiques et factuelles. Lorsqu'elles sont en conflit dans une situation donnée (la liberté versus la sécurité), elles doivent être harmonisées de manière à optimiser chacune d'elles. En principe, nulle valeur ne devrait être totalement réalisée au détriment de celles avec lesquelles elle est en conflit et aucune ne devrait être sacrifiée d'une manière excessive par rapport aux autres valeurs. C'est pourquoi l'optimisation des valeurs en conflit doit procéder conformément à un critère de proportionnalité. Ce critère constitue un « test » d'optimisation des valeurs en

⁴³ Ces droits incluent les libertés classiques, telles que le droit de propriété et la liberté contractuelle, et les libertés modernes, telles que la liberté d'expression ou les droits sociaux.

⁴⁴ Voir ma critique de ce que je nomme le modèle constitutionnel de la « priorité des droits » dans L.B. TREMBLAY, préc., note 16.

⁴⁵ Sur cette conception, voir Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 47-48.

conflit. Il est logiquement requis par la nature même des valeurs conçues comme exigences d'optimisation; corrélativement, l'application de ce critère met en équilibre les valeurs en conflit de manière à ce que chacune atteigne son effet optimal⁴⁶.

Le principe de proportionnalité élaboré en droit constitutionnel est particulièrement adéquat. Il permet d'évaluer si les atteintes à certaines valeurs ou intérêts sont excessives par rapport à l'importance des objectifs visés, telle que mesurée par les bénéfices réels que les atteintes permettent de réaliser. Les atteintes peuvent être excessives sous trois rapports: 1/ si elles n'ont pas de lien rationnel avec les objectifs visés: une atteinte qui ne contribue pas à l'objectif visé ne permet pas à la valeur sacrifiée d'atteindre son effet optimal (critère du « lien rationnel »); 2/ si elles ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif: une atteinte qui n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif, disons parce qu'il existe un moyen moins attentatoire ou moins intrusif aussi efficace, ne permet pas à la valeur sacrifiée d'atteindre son effet optimal (critère de « l'atteinte minimale »); 3/ si les effets préjudiciables (le coût, le sacrifice) sont disproportionnés par rapport aux effets bénéfiques (les gains, les biens) qu'elles contribuent à produire, compte tenu de l'objectif visé: une atteinte dont l'intensité des effets préjudiciables est disproportionnée par rapport à l'importance des effets bénéfiques qu'elle contribue à produire ne permet pas d'optimiser les valeurs en conflit (critère de « proportionnalité *stricto sensu* »)⁴⁷.

De ces trois critères, le dernier est le plus controversé. Le critère de proportionnalité *stricto sensu* exige que l'on puisse comparer la gravité des effets préjudiciables causés par la non-réalisation d'une valeur par rapport à l'importance des effets bénéfiques causés par la réalisation de valeurs concurrentes. Or, certains juristes soutiennent qu'une telle comparaison engagerait inévitablement la subjectivité des juges. Woehrling a contribué à cette critique et ses objections peuvent se ramener à deux thèses. En vertu de la première thèse, le critère de proportionnalité *stricto sensu* exigerait des tribunaux qu'ils puissent mesurer et comparer dans

⁴⁶ *Id.*, 66-68.

⁴⁷ Le critère de proportionnalité *stricto sensu* concerne « l'intensité » du tort ou du préjudice causé par l'atteinte, tel qu'il est mesuré du point de vue subjectif des victimes. Cela ne doit pas être confondu avec le critère de l'atteinte minimale, qui s'intéresse à la « nécessité » de porter atteinte à une valeur ou à un intérêt donné en vue de réaliser l'objectif.

l'abstrait le poids « objectif » des valeurs politiques et éthiques concurrentes ; mais puisque ces valeurs n'auraient pas de « poids » spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la « pesée des intérêts », la subjectivité judiciaire serait inévitable. Les décisions seraient une affaire de choix⁴⁸.

Quelle que soit la force de cette thèse, elle n'est pas pertinente contre le critère de proportionnalité *stricto sensu*, tel que compris dans le cadre du constitutionnalisme pluraliste. Ici, les juges ne sont pas tenus de comparer dans l'abstrait le poids objectif des valeurs en conflit (la liberté versus la sécurité, la santé versus la culture). Le processus est subjectiviste et contextualiste. D'abord, les juges mesurent le degré d'intensité des effets préjudiciables d'une mesure du point de vue subjectif sincère de ceux qui les subissent et le degré d'importance des effets bénéfiques du point de vue subjectif sincère de ceux qui en bénéficient ; ce sont généralement les parties affectées par une mesure qui sont les mieux placées pour évaluer l'intensité des torts qu'ils subissent et l'importance des bénéfices qu'ils obtiennent. L'appréciation tient compte du contexte et se fonde sur les faits empiriques les plus probables ; c'est généralement en contexte que les valeurs prennent tout leur sens pour ceux dont ce sont les valeurs. Évaluer dans l'abstrait l'intensité ou l'importance des effets préjudiciables ou bénéfiques conformément à une théorie constitutionnelle, sociale ou morale substantielle pourrait sous-estimer ou surestimer la gravité réelle de la souffrance imposée ou l'importance réelle du bénéfice conférée aux parties. Ensuite, les juges déterminent si l'intensité du tort causé aux intérêts concrets de la partie X est plus élevée pour X, compte tenu de la signification subjective que les valeurs en cause ont dans sa vie, que l'importance des bénéfices qu'il confère à la partie Y ou Z ne l'est pour eux, compte tenu de la signification subjective que les valeurs en cause ont dans leur vie. Si tel est le cas, la mesure est disproportionnée au sens strict. Si, au contraire, compte tenu de la signification subjective que

⁴⁸ J. WOEHLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », préc., note 3, 14, 26-27. Cette objection pourrait recouper la thèse de « l'incommensurabilité des valeurs ». En vertu de cette dernière, la comparaison du poids relatif des valeurs en conflit ne pourrait être rationnellement objective que si l'on pouvait les ordonner de manière lexicale sur une même échelle en vertu d'une unité de mesure commune ou d'une valeur substantielle abstraite quantifiable à laquelle toutes les valeurs participeraient. Puisque cette condition ne serait pas remplie, les valeurs seraient incommensurables.

les valeurs cause ont dans leur vie, l'intensité du tort causé aux intérêts concrets de la partie X est inférieur pour X à l'importance des bénéfices qu'il confère à la partie Y ou Z ne l'est pour eux, la mesure est proportionnée.

Il n'est donc pas exact d'affirmer que les valeurs à pondérer ne possèdent aucun poids spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la pesée des intérêts. Leur poids est établi en contexte selon les points de vue subjectifs des parties concernées. Mais Woehrling avance ici une deuxième thèse. Selon lui, les juges ne peuvent pas apprécier objectivement la gravité des effets préjudiciables que subit une partie lorsque la signification de l'intérêt en cause dépend uniquement du point de vue subjectif de la partie qui les subit. Par exemple, puisque l'importance d'une croyance ou d'une prescription religieuse ne tiendrait ni à sa vérité ni à son utilité, mais à sa signification subjective pour le croyant, les juges qui ne partagent pas les croyances du plaignant ne pourraient pas apprécier l'importance des effets préjudiciables que subit celui-ci⁴⁹. Pour ce motif, la question de savoir «à partir de quand les effets préjudiciables d'une mesure sont-ils assez graves pour faire disparaître pour le fidèle la liberté de choix religieuse ?» est «forcément d'une application très subjective» et «dépend des conceptions du juge à l'égard de la religion»⁵⁰ :

[S]i l'on pense que la preuve véritable de la conviction religieuse est la disposition au martyre, on pourra conclure que la souffrance physique ou psychique, voire la perspective de la mort, sont compatibles avec la liberté de choix religieuse ! Sans aller jusque-là, beaucoup penseront peut-être que les sacrifices et les renoncations font partie de l'engagement religieux et témoignent de son sérieux⁵¹.

Woehrling a raison de soutenir que les personnes ont des conceptions plus ou moins exigeantes de l'engagement religieux. C'est là le propre du pluralisme et de la diversité religieuse. C'est aussi pourquoi le constitutionnalisme pluraliste exige que l'évaluation de la gravité d'une atteinte procède du point de vue subjectif de ceux qui sont affectés par une mesure, et non pas du point de vue subjectif des juges à l'égard de la religion (ni du point de vue objectif d'une théorie abstraite ou du «croyant raisonnable»).

⁴⁹ *Id.*, 27, note 38 et voir le texte accompagnant la note 10.

⁵⁰ *Id.*, 31.

⁵¹ *Id.*

Mais a-t-il raison de soutenir que les juges qui ne partagent pas les croyances d'un plaignant ne peuvent pas apprécier objectivement l'importance des effets préjudiciables sur sa liberté de religion ? Pas nécessairement. Selon lui, il n'y aurait d'appréciation objective que si l'importance de la croyance religieuse tenait à sa vérité ou à un calcul utilitariste. Il existe pourtant une autre option. Les juges peuvent apprécier l'intensité des effets préjudiciables du point de vue subjectif des plaignants, selon la prépondérance des probabilités. Il est en effet impossible pour quiconque d'avoir un accès direct et certain aux significations subjectives de ceux qui subissent un tort. Mais rien ne fait obstacle à ce que l'appréciation soit fondée sur la prépondérance des probabilités. Certes, un tel processus est délicat. Les juges sont dans une situation analogue à celle du médecin qui demande à un patient d'évaluer de bonne foi l'intensité de sa souffrance sur une échelle de un à dix. Ils doivent tenir compte d'un ensemble d'éléments factuels pertinents, dont la crédibilité des parties. Comme le soutient la Cour suprême du Canada, les croyances religieuses doivent être vraisemblables et avancées de bonne foi : elles ne doivent pas être arbitraires ni constituer un artifice⁵². Ils doivent aussi tenir compte des connaissances admises en psychologie, en sociologie, en anthropologie, en économie, en sciences, etc. Enfin, les juges ne doivent pas faire abstraction de leur propre précompréhension des phénomènes sociaux et de la psychologie humaine, étant entendu qu'elle peut toujours être raffinée ou remise en question par les parties lors du processus d'appréciation.

Ce qui précède vaut pour toutes les valeurs constitutionnelles. Par conséquent, les valeurs peuvent avoir un poids spécifique indépendamment de l'opinion subjective des juges qui effectuent la pesée des intérêts ; elles ont le poids que les parties concernées leur attribuent en contexte, à la condition qu'il soit sincère, plausible et crédible. Les juges ne sont donc pas libérés de l'obligation de présenter une démonstration. Ils doivent justifier leur jugement objectivement au même titre que tout autre jugement de fait, même si les faits dont il est question peuvent avoir une dimension psychologique complexe. La subjectivité judiciaire n'est pas inévitable et, contrairement à ce que Woehrling soutient, si elle dominait le jugement des juges fondé sur le critère de proportionnalité *stricto sensu*, il faudrait la leur reprocher⁵³.

⁵² Voir *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 2, par. 52-53.

⁵³ Voir J. WOEHRLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », préc., note 3, le texte accompagnant la note 9.

Le proportionnalisme rompt avec le postulat libéral selon lequel les décisions judiciaires doivent être justifiées par des normes constitutionnelles objectives qui établissent d'avance et dans l'abstrait un ordre d'importance et de priorité entre les valeurs et les intérêts humains jugés fondamentaux, une échelle de gravité des diverses atteintes possibles à ces valeurs et intérêts et les seuils de gravité au-delà desquels les mesures gouvernementales ne peuvent pas avoir prépondérance sur les intérêts qu'elles restreignent. La construction de telles normes est un jeu conceptuel fort amusant, mais les jugements qui en résultent peuvent être passablement déconnectés des effets préjudiciables et des effets bénéfiques réels vécus par les individus d'un point de vue personnel. En revanche, les jugements de proportionnalité que requiert le constitutionnalisme pluraliste peuvent correspondre à l'intensité réelle des effets préjudiciables et à l'importance réelle des effets bénéfiques vécus par les individus pour le motif même qu'ils se fondent, selon la prépondérance des probabilités, sur la signification subjective sincère des parties concernées. Le proportionnalisme requis par le constitutionnalisme pluraliste honore ainsi l'égalité morale des personnes⁵⁴.

D. Un constitutionnalisme accommodant

Quatrièmement, le constitutionnalisme pluraliste est « accommodant ». Une constitution pluraliste doit adapter les lois (règlements, décisions gouvernementales) aux circonstances concrètes de chaque cas lorsque c'est nécessaire afin d'optimiser les valeurs en conflit conformément au principe de proportionnalité. Elle doit promouvoir divers types d'accommodements, tels que des exemptions simples des lois d'application générale, des compromis ou des ajustements⁵⁵. Lorsqu'aucune de ces options n'est disponible et qu'une atteinte à un droit demeure disproportionnée, alors la loi est ignorée, invalidée ou déclarée inopérante. Le jugement approprié demeure une question de fait et de contexte.

Les accommodements prennent la forme d'une « exemption » lorsque la seule façon d'optimiser les valeurs en conflit est de libérer une partie d'une obligation, d'un devoir ou d'une responsabilité auquel tous les autres citoyens demeurent assujettis. Il s'ensuit que la loi demeure applicable à

⁵⁴ Voir L.B. TREMBLAY, préc., note 16.

⁵⁵ Les exemptions, les compromis et les ajustements sont des formes d'accommodements; c'est pourquoi le constitutionnalisme pluraliste peut être dit « accommodant ».

tous les citoyens, sauf aux parties exemptées⁵⁶. Les accommodements prennent la forme d'un « compromis » lorsque chaque partie à un litige abandonne une part de sa revendication initiale afin d'optimiser les valeurs en conflit sans nécessairement porter atteinte à leurs buts, projets ou intérêts initiaux. Ici, la solution optimiserait les intérêts des uns (disons la liberté) sans nuire aux intérêts des autres (disons la sécurité)⁵⁷. Les accommodements prennent la forme d'un « ajustement » lorsque des modifications à des lois ou à des normes d'application générale qui ont des effets préjudiciables ou discriminatoires disproportionnés sur une partie permettent d'optimiser les valeurs en conflit. Cette solution exigerait de l'État qu'il abandonne sa revendication initiale, à moins de démontrer que l'ajustement lui imposerait un « fardeau excessif » – au sens du critère de proportionnalité *stricto sensu*⁵⁸.

Cette caractéristique rompt avec le postulat du constitutionnalisme libéral selon lequel une « loi », pour être véritablement une loi, doit être générale, abstraite, claire, énoncée d'avance et appliquée uniformément à tous les cas qui rencontrent ses conditions d'application. Notons que la notion libérale de loi ne s'impose ni analytiquement ni par nécessité : une

⁵⁶ La Cour suprême du Canada semble actuellement peu favorable à l' d'exemptions constitutionnelles lorsque les lois sont jugées incompatibles avec la Charte ; la sanction pertinente étant l'inopérance ou l'invalidité. Voir, par exemple, *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6. On peut toutefois noter que le recours à ce que les juristes nomment « l'interprétation atténuée » des lois qui autrement seraient incompatibles avec la Charte, de même que le recours au mécanisme de la « dissociation », sont assez semblables dans leurs effets utiles aux exemptions constitutionnelles, même si elles ne visent généralement pas un seul individu ou groupe d'individus.

⁵⁷ Voir, par exemple, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6 (enfermer un kirpan dans un vêtement d'une manière sécuritaire).

⁵⁸ Ici, le concept de « fardeau excessif » ne correspond pas à la version canadienne du concept de « contraintes excessives » propre à la doctrine des « accommodements raisonnables » en droit sur la non-discrimination. Selon cette seconde doctrine, le caractère « excessif » d'une contrainte ne repose pas sur le critère de la proportionnalité *stricto sensu* entre les bénéfices des uns et les coûts réels pour les autres. Il se mesure par rapport aux intérêts et aux capacités des défendeurs eux-mêmes ou à ceux d'autres personnes. Ainsi, même si le bénéfice réel pour un requérant était peu important par rapport à l'intensité réelle du coût pour le défendeur, l'accommodement pourrait ne pas constituer une « contrainte excessive ». Voir, par exemple, *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 ; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

loi peut être une loi, même si elle introduit ou autorise des exemptions, des compromis ou des ajustements⁵⁹. Son fondement réside dans diverses considérations, dont la conception libérale de la primauté du droit (*Rule of Law*) qui valorise la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et la prévisibilité juridiques. Or, cette conception de la primauté du droit est incompatible avec l'idée que des accommodements puissent être imposés *ex post facto* par des juges selon les circonstances particulières des cas en litige. Pourtant, un accommodement qui n'affecte qu'une personne ou qu'un groupe de personnes dans un contexte particulier ne heurte probablement pas plus gravement la primauté du droit que les déclarations d'invalidité totale d'une loi qui affecte tous les citoyens (y compris ceux pour qui la loi est bénéfique). S'il est vrai que la simple possibilité qu'un accommodement puisse être accordé crée de l'incertitude et de l'imprévisibilité, il est aussi vrai que la simple possibilité qu'une loi puisse être déclarée invalide en totalité en crée aussi. N'est-il pas vrai dans les deux cas que « la disposition existe dans le corpus législatif, mais il se peut qu'elle ne s'applique pas, en pratique⁶⁰ » ?

Le fondement de la notion libérale de loi réside aussi dans la conception libérale d'égalité, soit « l'égalité devant la loi ». Notons que cette conception présuppose l'unité politique d'un peuple homogène ou d'une nation dont les membres s'accordent sur les intérêts fondamentaux universels des êtres humains, la vision du monde et l'épistémologie⁶¹. C'est pourquoi il est légitime d'appliquer uniformément à tous les citoyens une même loi universelle et que les formes d'accommodements qui favorisent uniquement un citoyen ou un groupe de citoyens sont conçues comme des

⁵⁹ Voir, par exemple, Jeremy WALDRON, « Status versus Equality : The Accommodation of Difference », dans Omid A. PAYROW SHABANI (dir.), *Multiculturalism and Law : A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007, p. 129, aux pages 138-139.

⁶⁰ Ce passage est tiré de *R. c. Ferguson*, préc., note 56, par. 67-72. Dans cette affaire, la Cour suprême réitéra la conception libérale de la primauté du droit pour rejeter les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions législatives qui prescrivent une peine minimale obligatoire. Selon la Cour, les déclarations d'invalidité totales paraissent préférables au motif que des lois invalidées en totalité ne produisent plus d'incertitude pour l'avenir. Cette décision est néanmoins curieuse, car les motifs avancés contre les exemptions constitutionnelles devraient valoir contre des formes d'accommodements que promeut par ailleurs la Cour suprême. Voir *supra* note 57.

⁶¹ Voir U. PREUSS, préc., note 19.

« privilèges ». Une loi, pour être correctement appelée une loi, doit nécessairement contenir de l'égalité formelle : elle doit constituer une norme générale. De ce point de vue, les accommodements déterminés *ex post facto* par les juges afin de répondre à des situations particulières ne sont pas plus des lois que les commandements et les décrets qui ne visent que des individus particuliers⁶². Or, comme on le sait au moins depuis Aristote, l'égalité devant la loi peut, dans certaines situations particulières, supprimer des différences significatives entre les individus⁶³.

Pour sa part, le constitutionnalisme pluraliste présuppose le pluralisme et la diversité culturelle de la société. Il s'ensuit que les significations subjectives et les conditions concrètes et de ceux qui sont affectés par une loi doivent toujours être pris en considération. Une loi ne peut être légitimement appliquée que contre ceux dont les effets préjudiciables sont nécessaires étant donné un objectif social légitime, mais non excessif par rapport aux bénéfices réels que ces effets contribuent à produire. Il admet que, dans certaines situations, une loi ne devrait pas être appliquée aux citoyens dont les revendications, les intérêts ou les vues ont suffisamment de poids pour justifier une exemption, un compromis ou un accommodement. Le constitutionnalisme pluraliste soutient ainsi une version de l'égalité réelle. Dans le cadre d'une société pluraliste et culturellement diversifiée, cette version honore mieux l'égalité morale des personnes que l'égalité devant la loi.

⁶² J'ai examiné cette question dans L.B. TREMBLAY, préc., note 17.

⁶³ La Cour suprême du Canada l'a clairement admis dans sa jurisprudence relative au droit à l'égalité. Voir, par exemple, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 :

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. Cette proposition a souvent été exprimée dans la documentation sur le sujet mais, comme je l'ai déjà souligné à une autre occasion, nulle part n'a-t-elle été formulée plus justement que dans la fameuse phrase du juge Frankfurter dans l'arrêt *Dennis v. United States* [...] : « C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux. » Cette même pensée a été exprimée en cette Cour au sujet de l'al. 2b) de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* où le juge en chef Dickson affirme [...] : « L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment ».

Conclusion

Dans ce texte, j'ai présenté une conception du constitutionnalisme démocratique qu'on pourrait qualifier de « pluraliste ». Cette conception permet de comprendre et de justifier la place que peut jouer le subjectivisme dans l'interprétation et l'application des droits et libertés et du critère de proportionnalité. En vertu de cette conception, la constitution n'est pas un ensemble de normes abstraites imposées d'en-haut qui privilégient les intérêts, les valeurs et les conceptions de la nature humaine, du bien et du monde d'un seul groupe de citoyens. Elle constitue un patrimoine normatif inclusif qui permet de résoudre sans parti pris les conflits de valeurs et d'intérêts qui s'affrontent concrètement dans la société. Elle y parvient, non pas en conférant aux juges le pouvoir d'imposer à tous les citoyens leur conviction personnelle relativement au sens véritable de la constitution, mais en leur imposant le devoir de concilier en contexte, conformément au principe de proportionnalité, les compréhensions subjectives concurrentes des valeurs constitutionnelles portées par les parties.

Bien que cette conception du constitutionnalisme ne soit pas une description de la pratique constitutionnelle contemporaine, elle rend compte d'une tendance observable. Au Canada, par exemple, la Cour suprême utilise les concepts du constitutionnalisme moderne libéral et, par des interprétations originales, leur donne de nouveaux sens, de nouveaux fondements et de nouvelles portées⁶⁴. Le recours aux points de vue subjectifs des parties, l'interprétation large et libérale des droits et libertés, la théorie de « l'arbre vivant », le raisonnement contextuel, les mises en équilibre des valeurs conformément au principe de proportionnalité, la facilité avec laquelle la légitimité des objectifs législatifs est acceptée par les tribunaux, l'importance de l'égalité réelle et les exigences d'accommoder la différence, pour ne nommer que ces aspects, s'inscrivent difficilement dans le cadre du constitutionnalisme libéral anglo-canadien. De plus, l'interprétation de l'article 27 de la Charte par la Cour exprime certains idéaux d'une constitution pluraliste. Cette disposition énonce que « toute interprétation de la Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Selon la Cour, cela signifierait que toutes les dispositions de la Charte doivent être interprétées de manière à maintenir et valoriser le patrimoine

⁶⁴ Voir, par exemple, L.B. TREMBLAY, préc., note 17.

multiculturel des Canadiens : non seulement l'article premier, mais tous les droits et toutes les libertés garanties⁶⁵. Il existerait donc une obligation constitutionnelle d'interpréter les droits et les libertés en des termes qui reflètent la diversité culturelle de la société canadienne.

Une forme de constitution pluraliste est peut-être en train d'émerger au Canada. Évidemment, cette hypothèse reste à vérifier et il est probablement trop tôt pour pouvoir le faire adéquatement. Mais, le cas échéant, la jurisprudence canadienne pourrait suivre une tendance plus universelle. Bernhard Schlink, par exemple, a examiné le développement de la culture constitutionnelle allemande contemporaine, notamment par le biais de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux⁶⁶. Selon lui, il était « hors de question » que les auteurs de la *Grundgesetz* (la Loi fondamentale de l'Allemagne) considèrent que les droits fondamentaux étaient des droits subjectifs que les individus pouvaient faire valoir contre l'État (notamment des libertés spécifiques contre les intrusions étatiques)⁶⁷. Néanmoins, les décisions de la Cour constitutionnelle allemande ont délaissé l'interprétation des « fundamental rights as rights » en faveur d'une interprétation des « fundamental rights as principles », c'est-à-dire, des droits conçus comme des maximes de l'ordre social et politique⁶⁸. Mais ces conceptions, soutient-il, sont incompatibles⁶⁹. Les droits sont des « déterminations », ils ne peuvent être niés que dans des cas exceptionnels soutenus par une justification spéciale, alors que les droits conçus comme des principes sont des « règles d'optimisation⁷⁰ ». Lorsque les droits sont conçus comme des principes, ils sont « open to the most varying interpretations... each side could [appeal] to fundamental rights⁷¹ » ; ils permettent « the reconstruction of every social and political problem into a problem of fundamental rights⁷² ». Selon Schlink, le moteur de ce développement fut la Cour constitutionnelle fédérale activiste qui a interprété le langage

⁶⁵ Voir, par exemple, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 758.

⁶⁶ Bernhard SCHLINK, « German Constitutional Culture in Transition », (1993) 14 *Cardozo Law Review* 711.

⁶⁷ *Id.*, 725.

⁶⁸ *Id.*, 713.

⁶⁹ *Id.*, 715.

⁷⁰ *Id.*, section II et 714.

⁷¹ *Id.*, 726-727.

⁷² *Id.*, 729.

ouvert de la Loi fondamentale selon une méthodologie juridique plus ou moins consistante⁷³. Bien qu'il n'approuve pas ce développement, il soutient que l'interprétation des droits comme principes est fondée sur une nouvelle conception de la fonction des droits fondamentaux et de la Cour constitutionnelle dans la société. La fonction dominante, affirme-t-il, est maintenant «the creation of additional forum for the treatment of social and political problems [...] on a case-by-case basis⁷⁴».

Le constitutionnalisme pluraliste permet de rendre compte de ce type de développement. Bien qu'il puisse rompre avec certains postulats fondamentaux du constitutionnalisme libéral, il pourrait constituer une version du libéralisme politique. Le constitutionnalisme libéral, tel qu'élaboré en droit, ne constitue qu'une version du libéralisme élaborée en philosophie politique. Cette version est systématique : ses fondements normatifs et ses principes politiques sont circonscrits, intégrés et cohérents un peu à la manière d'une théorie politique. En revanche, le libéralisme politique, tel qu'élaboré en philosophie politique, est hétérogène : il inclut une grande variété de théories libérales qui ne s'accordent ni sur ses fondements, ni sur ses valeurs fondamentales, ni sur la nature ou le sens de ses principes politiques. De ce point de vue, le constitutionnalisme pluraliste pourrait participer du libéralisme : il honore l'égalité morale des personnes ; il promet la liberté individuelle et favorise des conditions qui la rendent possible ; il affirme une version plausible du principe selon lequel la liberté des uns s'arrête là où celle des autres commence et du principe du préjudice à autrui ; et il établit une institution publique égalitariste et impartiale en vue de réduire les conflits de valeurs et d'intérêts. Le cas échéant, il participerait probablement des conceptions libérales «pluralistes⁷⁵». Mais cette hypothèse devra être examinée ailleurs.

⁷³ *Id.*, 724, 726 et 729.

⁷⁴ *Id.*, 729.

⁷⁵ Les conceptions pluralistes du libéralisme s'inscrivent dans le sillon creusé par Isaiah BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969. Voir aussi William A. GALSTON, *Liberal Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

La justice constitutionnelle en droit comparé : évolution des modèles

Marc Verdussen*

I. Les modélisations théoriques utilisées en Europe	52
A. La modélisation organocentrique.....	53
B. La modélisation téléocentrique.....	57
C. La modélisation temporecentrique	60
II. Les évolutions récentes constatées en Europe	61
A. En Europe, la justice constitutionnelle n'est pas purement abstraite.....	62
B. En Europe, la justice constitutionnelle n'est pas purement nationale.....	70

* Professeur à l'Université de Louvain (UCL) – Centre de recherche sur l'État et la Constitution (JUR-I – CRECO).

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, de nombreuses juridictions constitutionnelles ont été créées en Europe dans le but de contrôler la constitutionnalité des lois¹ : la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le Tribunal constitutionnel espagnol, le Conseil constitutionnel français... Toutes ces juridictions forment aujourd'hui une véritable « famille institutionnelle² ». C'est la famille des « cours constitutionnelles », selon la terminologie la plus usitée. En effet, elles partagent entre elles d'importants traits communs qui les distinguent d'institutions exerçant un contrôle de constitutionnalité des lois selon un autre schéma, comme c'est le cas au Canada par exemple. C'est précisément afin de mieux comprendre cette distinction que des tentatives de classification et de conceptualisation ont été entreprises. Elles ont abouti à un certain nombre de modélisations théoriques – les « modèles de justice constitutionnelle³ » –, qui sont bien connues sur le continent européen, mais pas toujours sur le continent américain.

Notre contribution entend rappeler quelles sont ces modélisations théoriques. Elle veut surtout montrer, d'une part, quelles sont les limites inhérentes à ces modélisations – qui toutes doivent être relativisées, les frontières entre les modèles n'étant pas aussi nettes que ceux-ci peuvent le laisser penser – (I) et, d'autre part, que la justice constitutionnelle en Europe connaît des évolutions qui font sensiblement bouger les lignes, à la fois les lignes entre l'Europe et l'Amérique du Nord, mais aussi les lignes à l'intérieur du continent européen, même si les évolutions ne sont pas constatables avec la même ampleur, ni la même temporalité, dans tous les États (II). Ces évolutions brouillent un peu plus les frontières

¹ Si le contrôle de constitutionnalité des lois représente l'essence même de la justice constitutionnelle, on soulignera que plusieurs juridictions constitutionnelles sont investies du pouvoir de contrôler la constitutionnalité non seulement des lois, mais également d'autres normes : des normes législatives autres que les lois, des normes infralégislatives (normes réglementaires), des actes administratifs ou juridictionnels d'application des normes, etc.

² Alec STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 32.

³ La question des modèles de justice constitutionnelle est différente de celle des types de jurisprudence constitutionnelle, qui est étroitement liée au problème de la légitimité du juge constitutionnel. Voir, par exemple, Michel COUTU, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », (2004) 56-57 *Droit et Société* 233 ; Marko NOVAK, « Three Models of Balancing (in Constitutional Review) », (2010) 23 *Ratio Juris* 101.

tracées par les modélisations théoriques conçues jusqu'à présent. Elles nous montrent que la justice constitutionnelle, en Europe, telle qu'elle est pratiquée et vécue, ne ressemble plus en tous points aux contours théoriques qu'on lui a donnés jusqu'à présent.

Par ces développements, nous entendons rendre hommage au professeur José Woehrling, qui n'a eu de cesse, dans ses travaux scientifiques, d'éclairer des lignes, d'en faire reculer d'autres et d'en tracer de nouvelles.

I. Les modélisations théoriques utilisées en Europe

On distingue la modélisation dominante et des modélisations alternatives. La modélisation dominante est organocentrique (A), tandis que les modélisations alternatives sont téléocentrique (B) et temporecentrique (C). Ces dernières ne se prêtent pas vraiment à une distribution dichotomique de chaque État dans l'un ou l'autre modèle, les États se rattachent généralement, peu ou prou, à deux modèles à la fois.

Si la doctrine européenne continue à se référer à la modélisation dominante, elle n'en est pas moins animée de la préoccupation « de relativiser la distinction entre les deux modèles⁴ ». On comprend dès lors que des modélisations alternatives aient pu être proposées⁵. Elles procèdent

⁴ Eric MAULIN, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », dans Constance GREWE, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN et Patrick WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 139. Parmi les premières tentatives de relativisation, voir Alessandro PIZZORUSSO, « I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alla prassi », (1982) *Quaderni costituzionali* 521. Pour une tentative de déconstruction plus radicale de la dichotomie entre les modèles déconcentré et concentré, voir Guillaume TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologne, Bononia University Press, 2009.

⁵ Les trois modélisations envisagées ici n'épuisent pas les potentialités de classifications. Voir, par exemple, la distinction entre le « strong judicial review » et le « weak judicial review » :

The first model is normally identified as « strong judicial review ». It gives judges the right to strike down legislation deemed inconsistent with the provisions of a rigid constitution. Under this model, the only way legislators can formally override a judicial invalidation of a law is through constitution-amending legislation which can only be adopted following an amendment rule that requires some form of qualified legislative majority (and/or, in some cases, popular ratification in a referendum). This is the model of judicial review present in most countries in North and South America, as well as in Europe. The second model, « weak judicial review », gives ordinary legislative majorities the final word on the validity of all laws. However, judges have the duty of interpreting legislation in a rights-consistent way (if this is not possible, they are sometimes allowed to make non-binding declarations of

du souci de questionner les démarcations opérées dans la première modélisation, en constatant des points de rapprochement entre les deux modèles. Elles veulent aussi montrer qu'à l'intérieur de ces modèles traditionnels, il règne une certaine diversité⁶. On y verra la confirmation que, dans le comparatisme de modélisation, les modèles s'apparentent souvent à des idéaux-types, donc à une représentation sélective de la réalité⁷. La plupart du temps, la construction d'une modélisation impose, à un stade ultérieur, «de faire apparaître, dans les rapports qu'entretiennent des modèles essentiellement différents, l'existence de zones de contact souvent constituées de zones communes et, plus fréquemment encore, de pratiques et d'expériences qui obéissent à des exigences qui s'imposent au-delà, sous et, parfois, contre la pureté des modèles⁸». En fin de compte, aucune des modélisations proposées jusqu'ici ne parvient, à elle seule, à cerner avec précision la réalité de la justice constitutionnelle et ses évolutions.

A. La modélisation organocentrique

La classification la plus traditionnelle distingue deux modèles : un modèle dit «déconcentré» (*judicial review*) et un modèle dit «concentré» (*constitutional review*).

inconsistency) or to initially «strike down» the law in question. This model is currently present in several commonwealth jurisdictions, but it is also exemplified in some 19th and early 20th century Latin American constitutions (Joel COLON-RIOS, «A new typology of judicial review of legislation», (2014) 3 *Global Constitutionalism*, 143).

⁶ Voir Guillaume DRAGO, «Justice constitutionnelle», (2001) 34 *Droits* 124 : la circonstance que ces modèles «ont connu l'un et l'autre des variations infinies dans leur mise en application» leur vaut ainsi d'être qualifiés de «modèles initiaux».

⁷ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 191-192. On ajoutera que le caractère généralement intéressé de toute démarche comparatiste «génère le risque d'une absence de neutralité» et d'«une instrumentalisation tendancieuse des données glanées à l'étranger», le comparatiste pouvant «être tenté de privilégier les données qui correspondent le plus étroitement à ses propres orientations» (Marc VERDUSSEN, «Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus», *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1645). Voir Miguel SCHOR, «Mapping Comparative Judicial Review», (2008) 7 *Washington University Global Legal Studies Law Review* 257 : «The problem with taxonomic approaches to comparative law, however, is that they obscure the tension between representing reality and orienting the user that maps ineluctably present».

⁸ Gustavo ZAGREBELSKY, «Avant-propos», *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. XVIII.

Dans le premier modèle, le contrôle de constitutionnalité des lois, voire d'autres actes, est confié à l'ensemble de l'appareil juridictionnel, dans le prolongement des fonctions ordinaires des juridictions. Il repose sur l'idée que le contrôle de constitutionnalité est inhérent à la fonction de juger, à la mission même de toute juridiction, quelle que soit sa place dans la hiérarchie judiciaire et, plus globalement, dans l'ensemble juridictionnel. Ce modèle, qu'on trouve notamment au Canada, est « propice à une pénétration profonde de l'œuvre constructive de la justice constitutionnelle », puisqu'« il tend à multiplier et à diversifier les voies d'intervention du juge⁹ ». Il est d'ailleurs né de manière pragmatique. Dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, rendu en 1803 sous la plume du *Chief Justice* Marshall, la Cour suprême des États-Unis, non seulement a admis la supériorité de la Constitution sur la loi, mais au surplus a consacré la possibilité pour le pouvoir judiciaire de contrôler la constitutionnalité des lois votées par le Congrès.

Dans le second modèle, le contrôle de constitutionnalité des lois, voire – comme on l'a déjà souligné¹⁰ – d'autres actes, est confié exclusivement à une juridiction indépendante, spécialement créée à cet effet¹¹. La juridiction constitutionnelle est indépendante à l'égard des autres juridictions, mais également à l'égard des autres pouvoirs. Elle fait partie de l'ordre constitutionnel. Ce modèle est le fruit d'un travail théorique. En 1928, Hans Kelsen publia une étude qui, rétrospectivement, apparaît comme le fondement intellectuel du modèle concentré¹². Généralement, le litige peut être déclenché de trois manières différentes. La juridiction constitutionnelle peut être saisie d'un recours en inconstitutionnalité formé par une autorité politique (le chef de l'État, le gouvernement, le Premier ministre, une fraction du Parlement, le président du Parlement, l'ombudsman, etc.)

⁹ Ghislain OTIS, «La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ?», (1995-1996) 27 *Revue de droit d'Ottawa* 263.

¹⁰ Voir *supra*, note 1.

¹¹ Sur les raisons pour lesquelles la plupart des États européens ont écarté le modèle déconcentré, voir Marc VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 36-39.

¹² Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)», (1928) *Revue du droit public* 197. Pour un plaidoyer en faveur de ce modèle sur le continent européen, voir Victor FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. An European Perspective*, Yale, Yale University Press, 2009.

ou par une collectivité publique. Elle peut être saisie d'un recours individuel introduit par une personne, une association ou une société privée. Elle peut enfin être saisie d'une question préjudicielle posée par une juridiction ordinaire, qualifiée ainsi de «juridiction *a quo*».

Le premier modèle est né aux États-Unis, tandis que le second modèle est apparu en Europe, ce qui explique qu'on parle souvent de «modèle américain» et de «modèle européen». On verra pourtant dans ces dernières appellations des généralisations spécieuses, tant ces modèles ne sont pas restés confinés dans les limites des continents qui les ont vus naître.

Les deux modèles sont les branches d'une classification désormais traditionnelle, orientée sur les titulaires du contrôle de constitutionnalité des lois : la distinction entre le modèle déconcentré et le modèle concentré repose, en effet, sur la nature de l'organe ou des organes chargés du contrôle de constitutionnalité des lois¹³. C'est une classification «organocentrique», selon l'expression d'Otto Pfersmann¹⁴.

¹³ Sur la différence entre ces deux logiques, la littérature juridique est foisonnante. On se limite ici à quelques indications bibliographiques. En langue française, voir notamment Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduit par René David, Paris, Economica, 1990, p. 179-213 ; Louis FAVOREU, «Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle», (1988) 4 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 51 ; Louis FAVOREU et Wanda MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 7-34 ; Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 229-251 ; Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 5-40 ; Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 66-100 ; Francis HAMON et Céline WIENER, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 21-22 ; Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 13-23 ; Albrecht WEBER, «Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences», (2003) 19 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 31 ; Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 99-180. En langue anglaise, voir notamment Allan R. BREWER-CARIAS, *Études de droit public comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 689-934. En langue italienne, voir notamment Giuseppe DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 9^e éd., vol. 1, Padoue, Cedam, 2013, p. 326-337 ; Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparato*, Turin, Giappichelli, 1998, p. 11-66 ; Arianna VEDASCHI, «La giustizia costituzionale», dans Paolo CARROZZA, Alfonso DI GIOVINE et Giuseppe F. FERRARI (dir.), *Diritto costituzionale comparato*, Rome, Laterza, 2009, p. 972-985.

¹⁴ Otto PFERSMANN, «Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé», *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, préc., note 7, p. 1153.

La modélisation organocentrique recèle en soi ses propres limites.

On observera d'abord qu'elle ne se prête pas à toutes les situations nationales, quelques États ayant opté pour une formule de justice constitutionnelle mixte, qui les rattache aux deux modèles à la fois. C'est le cas en Grèce, en Suisse, ou encore au Portugal¹⁵. C'est le cas aussi, hors continent européen, en Afrique du Sud.

On observera ensuite que, dans les deux modèles, les juges de la constitutionnalité de la loi «remplissent la même fonction sociale¹⁶». Ne sont-ils pas saisis, à maints égards, des mêmes débats sociétaux (avortement, peine de mort, euthanasie, racisme, homosexualité, environnement, ter-

¹⁵ En disposant que «dans les affaires soumises à leur jugement, les juridictions ne pourront pas appliquer de normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou violent des principes qui y sont consacrés», l'article 207 de la Constitution portugaise abandonne aux juges ordinaires la tâche de se prononcer eux-mêmes sur la constitutionnalité des normes – y compris des lois – applicables aux litiges dont ils sont saisis et, le cas échéant, d'en écarter l'application. Deux types de décisions d'inconstitutionnalité peuvent être prises par les juridictions. Une décision positive d'inconstitutionnalité est une décision par laquelle le juge, soit d'office, soit à la demande d'une partie, refuse l'application d'une norme qu'il estime inconstitutionnelle. Une décision négative d'inconstitutionnalité est une décision par laquelle le juge applique une norme dont le caractère inconstitutionnel a été invoqué par une partie au litige. Dans les deux cas, il convient que la norme soit déterminante pour la solution du litige. Les deux types de décisions peuvent faire l'objet d'un recours concret devant le Tribunal constitutionnel, qui se confinera à l'examen de la seule question de constitutionnalité. Le recours contre une décision positive d'inconstitutionnalité est ouvert au ministère public – qui y est contraint si la norme inconstitutionnelle est une loi – et à toute personne légalement habilitée à former un recours contre une décision de justice. Le recours contre une décision négative d'inconstitutionnalité ne peut être formé que par la partie qui a suscité la question d'inconstitutionnalité. Il s'agira le plus souvent d'un particulier. Mais il peut s'agir aussi du ministère public, qui, au demeurant, a l'obligation de saisir la juridiction constitutionnelle de toute décision de justice qui appliquerait une norme que celle-ci a déjà jugée inconstitutionnelle dans le contexte d'un précédent litige. Les décisions positives et négatives d'inconstitutionnalité ont une autorité relative de chose jugée. Toutefois, une procédure de contrôle abstrait peut être déclenchée devant le Tribunal constitutionnel, avec les effets absolus qu'elle suppose, dès le moment où ce dernier a constaté l'inconstitutionnalité d'une norme à trois reprises, c'est-à-dire à l'occasion de trois recours concrets.

¹⁶ Alexander VON BRÜNNECK, «Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales», (1988) 4 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 25.

rorisme, minorités, immigration...)? Ces débats ont forgé une jurisprudence qui contribue à l'imprégnation du droit constitutionnel dans les différentes branches du droit¹⁷, même si, comme on l'a dit, cette imprégnation est sans doute plus forte dans le modèle déconcentré. Les enseignements jurisprudentiels qui se dégagent de ces deux modèles offrent-ils des différences significatives? Nous avons le sentiment que lorsqu'on compare les deux modèles, « beaucoup de traits distinctifs sont assurément significatifs, mais il ne s'ensuit nullement qu'un tel élément ait une incidence sur le fonctionnement juridique de la justice constitutionnelle conçue comme contrôle des dispositions législatives formelles¹⁸ ». Cela étant, la question mériterait des approfondissements scientifiques.

On observera enfin que la modélisation organocentrique ne permet pas de tirer des enseignements relatifs à la manière dont le contrôle est exercé, spécialement par les juridictions constitutionnelles.

B. La modélisation téléocentrique

À l'instar de la modélisation temporo-centrique – examinée ci-après –, la modélisation téléocentrique permet de constater des points de rapprochement entre le modèle déconcentré et le modèle concentré. Elle est orientée sur les objectifs de la justice constitutionnelle et donc, par là même, sur les modes de saisine. Plusieurs classifications ont été proposées. On en retient trois.

Francisco Rubio Llorente propose de distinguer un modèle centré sur la constitutionnalité de la loi et un modèle centré sur la protection des droits fondamentaux¹⁹. Il défend l'idée d'une prédominance croissante de ce second modèle. Dans le modèle centré sur la loi, la justice constitutionnelle entend garantir à la fois la division constitutionnelle des pouvoirs

¹⁷ Les réseaux internationaux de justice constitutionnelle, comme l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF) et la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, accueillent des juridictions relevant des deux modèles. Pareillement, les Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, qui se sont tenus en Afrique du Sud (2009), au Brésil (2011) et en Corée du Sud (2014), ont vu la participation d'États rattachés à l'un et à l'autre de ces modèles.

¹⁸ O. PFERSMANN, préc., note 14, p. 1161.

¹⁹ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », (1996) 12 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 11.

et l'intégrité de l'ordonnement juridique, tantôt en invalidant les lois contraires à la Constitution, tantôt en les empêchant d'entrer en vigueur. Ce modèle trouve sa concrétisation la plus immédiate dans le recours abstrait en inconstitutionnalité, qui est organisé dans presque tous les États du modèle concentré de justice constitutionnelle. Dans le modèle centré sur les droits fondamentaux, la finalité de la justice constitutionnelle n'est pas tant le respect du partage des pouvoirs et de l'ordre juridique que l'effectivité des droits fondamentaux consacrés par la Constitution. Sont proposés comme concrétisations de ce modèle, le recours individuel fondé sur la défense des droits constitutionnels, dont on trouve des figures paradigmatiques en Allemagne et en Espagne, et la question préjudicielle de constitutionnalité, qui est particulièrement développée en Italie. On observera cependant que le recours individuel ne peut pas toujours être réduit à un instrument spécifique de protection des droits fondamentaux. En Belgique, par exemple, il peut être fondé sur la violation des règles de répartition des compétences entre la collectivité fédérale, les communautés et les régions. Plus fondamentalement encore, on observera que, là où elle existe, la question préjudicielle de constitutionnalité peut généralement avoir un autre objet que la violation d'un droit fondamental.

Michel Fromont suggère, quant à lui, de distinguer un modèle abstrait et un modèle concret de justice constitutionnelle²⁰. Le modèle abstrait obéit à une logique objective. Y sont regroupées les décisions de justice rendues à la demande d'autorités politiques et portant sur des conflits abstraits entre normes juridiques ou organes publics, qu'il s'agit de trancher dans l'intérêt de l'État. Le modèle concret répond à une logique subjective. Y sont rangées les décisions de justice rendues à la demande de personnes privées et portant sur la situation concrète de ces personnes, qu'il s'agit de protéger contre l'État. Michel Fromont reconnaît toutefois que certains modes de saisine s'accommodent malaisément de cette classification. Par exemple, « la demande d'un juge tendant à ce qu'un autre juge contrôle la constitutionnalité d'une loi qui est applicable au litige concret dont il est saisi est certes une procédure objective, puisque la demande a pour auteur un organe de l'État agissant au nom de l'État, mais elle n'en demeure pas moins une procédure concrète puisque la question

²⁰ M. FROMONT, préc., note 13, p. 41-44.

de la constitutionnalité de la loi ne peut être tranchée sans référence au litige concret²¹ ».

Très proche des deux précédentes classifications, dont elle s'inspire, la classification de Francisco Fernández Segado est à notre sens la plus aboutie²². Ce dernier distingue le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé en marge de son application et le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé à l'occasion de l'application de celle-ci. Dans le premier cas (contrôle de la loi), le contrôle est effectué en dehors d'un litige judiciaire principal. Dans le second cas (contrôle de l'application de la loi), le contrôle est normalement déclenché à partir d'un tel litige. Deux modalités doivent alors être distinguées. Dans les États du modèle déconcentré, le juge saisi du litige met en œuvre lui-même le contrôle. Dans les États du modèle concentré, le juge saisi du litige invite la juridiction constitutionnelle à mettre en œuvre le contrôle. C'est précisément sur ce dernier point que la classification est intéressante. Elle permet, en effet, d'opérer un classement clair du contrôle sur renvoi préjudiciel, en l'occurrence dans la seconde catégorie.

Malheureusement, si la classification de Francisco Fernández Segado est la plus aboutie, elle ne dit rien de la manière dont le contrôle est exercé. Ainsi, elle ne dit rien de la nature de ce contrôle, spécialement lorsque celui-ci est mis en œuvre à l'occasion de l'application de la loi. S'il ne fait aucun doute que, dans le modèle déconcentré, le contrôle à l'occasion de l'application de la loi est concret, qu'en est-il dans le modèle concentré ? La circonstance que le contrôle est déclenché à partir d'un litige influe-t-elle sur les contours des pouvoirs des juges constitutionnels ? Le contrôle des juges revêt-il, par là même, un caractère intrinsèquement concret ?

²¹ *Id.*, p. 44.

²² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La faillite de la bipolarité “modèle américain-modèle européen” en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative», (2004) 52 *JöR* 471. Voir également, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano i europeo-kelseniano», *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 855.

C. La modélisation temporocentrique

La modélisation temporocentrique est orientée sur le moment du contrôle exercé. La saisine est-elle enfermée dans des délais précis ? Intervient-elle *a priori* ou *a posteriori* ? Ce sont là des questions qui traversent cette modélisation.

Dans le modèle concentré de justice constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité sur renvoi préjudiciel a ceci en commun avec le contrôle du modèle déconcentré qu'il peut être exercé sans limites de temps. Cette intemporalité offre deux atouts. D'une part, elle permet l'éradication d'inconstitutionnalités qui, n'ayant pu être détectées au moment de l'adoption de la norme législative, se sont révélées lors de l'application de celle-ci, fut-ce tardivement. D'autre part, elle contribue à l'évolution du droit, l'écoulement du temps conduisant parfois à devoir réévaluer une norme législative qui, au moment de son adoption, était exempte, de tout vice de constitutionnalité.

En revanche, la recevabilité des autres contrôles du modèle concentré, ceux exercés sur recours, est généralement subordonnée à la condition que le recours soit formé dans un certain délai. La plupart de ces recours sont ouverts *a posteriori* : la juridiction constitutionnelle est saisie après l'adoption de la norme, voire après sa publication ou son entrée en vigueur. Toutefois, dans certains États, cette saisine « répressive » se double d'une saisine *a priori* ou « préventive » de la juridiction constitutionnelle.

C'est le cas des saisines parlementaires déclenchées avant l'adoption de la loi²³. L'avantage principal d'un tel contrôle est bien connu. Il permet de détecter et d'éradiquer les inconstitutionnalités que le texte de la loi fait apparaître avant même que celle-ci voie le jour. La loi ne peut ainsi causer aucun préjudice lié aux vices de constitutionnalité qui ont pu être extirpés à temps. Grâce à l'intervention *a priori* du juge constitutionnel,

²³ « Il y a saisine parlementaire lorsque la juridiction constitutionnelle peut être saisie d'un recours formé par une fraction – généralement mais pas nécessairement minoritaire – de membres d'une, voire de plusieurs, assemblées parlementaires. Cette fraction est déterminée sous la forme d'un nombre fixe de parlementaires ou sous la forme d'un pourcentage du nombre total de parlementaires composant l'assemblée » (Marc VERDUSSEN, « La coexistence de la saisine parlementaire et des autres voies d'accès au juge constitutionnel en droit comparé », (2015) 48 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 98).

elle « ne polluera pas l'ordre juridique²⁴ ». L'exemple paradigmatique d'une saisine parlementaire *a priori* est celui de la France. Dans les autres États étudiés, le contrôle *a priori* sur saisine parlementaire connaît des sorts moins heureux. Soit le contrôle *a priori* n'existe pas ou n'existe plus. Il en est ainsi en Espagne, où le contrôle *a priori* sur les lois organiques et les statuts d'autonomie a été supprimé en 1985, en raison de son ineffectivité. Soit il n'existe que pour une catégorie spécifique de lois, telles les lois portant approbation aux traités internationaux, comme en Allemagne, ou les lois organiques, comme au Portugal. Soit il est confié à un autre organe que la juridiction constitutionnelle. C'est le cas en Belgique, où la section de législation du Conseil d'État rend des avis sur la constitutionnalité de projets et propositions de lois.

On peut difficilement nier que la différence entre un recours *a priori*, comme celui prévu en France – où la loi peut être déférée au Conseil constitutionnel entre le vote par le Parlement et la promulgation par le Président de la République –, et un recours en annulation introduit *a posteriori*, mais dans un délai limité, est un peu significative, dans la mesure où, dans les deux cas, le temps juridictionnel est proche du temps législatif.

On doit constater que la modélisation temporo-centrique, ne dit rien, elle non plus, de la manière dont est exercé le contrôle de constitutionnalité.

II. Les évolutions récentes constatées en Europe

Parmi les évolutions constatables au sein du modèle concentré de justice constitutionnelle en Europe, deux méritent une attention particulière. Elles concernent la nature du contrôle de constitutionnalité des lois lorsqu'il est mis en œuvre sur renvoi préjudiciel (A) et l'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois aux normes internationales toutes saisines confondues (B). Même si, on l'a déjà souligné, elles n'ont pas partout la même amplitude²⁵, ces évolutions montrent sans doute – à tout le moins pour ce qui concerne l'Europe – que les modélisations en matière

²⁴ Olivier LE BOT, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* », (2013) 40 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 128.

²⁵ Voir Peter HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, traduit par Marielle Roffi, Paris, Economica, 2004, p. 140 : « Si la victoire de la justice constitutionnelle est aujourd'hui mondiale », il n'en demeure pas moins que « chaque culture constitutionnelle particulière s'est développée individuellement et doit être respectée dans son autonomie ».

de justice constitutionnelle ne peuvent plus se baser uniquement sur des critères formels (identifications des organes chargés d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois, origine des saisines de ces organes, temporalité de ces saisines), mais doivent être plus directement centrées la manière dont la justice constitutionnelle est exercée.

A. En Europe, la justice constitutionnelle n'est pas purement abstraite

Le caractère principalement objectif du modèle européen de justice constitutionnelle a souvent été présenté comme un critère majeur de distinction avec le modèle déconcentré. Dans son ouvrage sur les cours constitutionnelles, Louis Favoreu écrivait que le contrôle concentré de constitutionnalité des lois, «quelles que soient finalement la forme ou la procédure utilisée, est peu fait pour donner directement satisfaction aux individus», puisque «sa justification, et donc sa légitimité, consiste surtout à remplir un certain nombre de fonctions à caractère général absolument indispensables pour le bon fonctionnement des institutions dans un État moderne, et aussi pour la promotion et la protection des droits fondamentaux²⁶».

Un clivage existe aujourd'hui entre les juridictions constitutionnelles relativement à la nature du contrôle exercé sur renvoi préjudiciel. On peut légitimement se demander si ce clivage n'est pas «la pierre angulaire permettant une réelle évaluation et classification des systèmes de justice constitutionnelle²⁷».

En Belgique, le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle répond à une question préjudicielle est de plus en plus souvent concret²⁸. Qu'entend-on par «concret»? Certes, la circons-

²⁶ Louis FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 26. Voir également L. FAVOREU et W. MASTOR, préc., note 13, p. 26.

²⁷ Claire LAGRAVE, «Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans les modèles espagnol, italien et français», dans Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 240.

²⁸ Voir Paul MARTENS, «Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait?», *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 423; Marc VERDUSSEN, «La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret?», (2013) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 17.

tance que la question préjudicielle émerge dans le cadre d'un litige déterminé en fait un mode de saisine concret. En effet, la Cour constitutionnelle est alors saisie d'un problème de constitutionnalité né à l'occasion de l'application d'une norme, et non en marge de son application, selon la terminologie de Francisco Fernández Segado. Cela étant, si le contexte d'émergence de la question préjudicielle confère à la saisine de la Cour un caractère concret, il ne suffit pas à considérer comme tel le contrôle exercé par la Cour.

Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité revêt un caractère concret lorsque l'examen de la question de constitutionnalité conduit la juridiction constitutionnelle à contrôler, non pas la norme comme telle, en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement, mais la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confronté la juridiction de renvoi. Ce n'est donc pas la norme qui est contrôlée, mais la norme en situation. C'est cette mise en situation de la norme qui conduit la juridiction constitutionnelle à contextualiser, donc moduler, son jugement de constitutionnalité²⁹.

Les juridictions belges se privent de moins en moins de poser des questions contextualisées et la Cour constitutionnelle leur apporte les réponses qu'elles attendent : à question circonstanciée, réponse circonstanciée. Plutôt que de condamner la norme législative comme telle, la Cour censure l'inconstitutionnalité de cette norme en tant qu'elle s'applique à la situation à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Le développement de ces questions préjudicielles contextualisées et du contrôle ciblé – « *case by case* » – qu'elles génèrent témoigne d'une volonté de plus en plus affirmée des juridictions de renvoi et de la Cour constitutionnelle, non seulement de révéler toutes les virtualités du mécanisme de renvoi préjudiciel, mais aussi de protéger le plus efficacement possible les droits fondamentaux des citoyens.

On retiendra, à titre d'exemple, l'arrêt n° 167/2006 rendu par la Cour constitutionnelle belge le 18 octobre 2006. Les faits sont simples. Ils concernent la prohibition de l'inceste. Un homme épouse une femme, mère d'une fille majeure. À la suite du décès de son épouse, l'homme, désormais

²⁹ Il ne faut pas confondre cette contextualisation particulière de la norme avec la contextualisation générale de la norme. On l'a dit, la prise en considération de circonstances factuelles générales peut en effet amener les juges constitutionnels à réinterroger une norme législative qui, au moment de son adoption, était exempte de tout vice de constitutionnalité.

veuf, et la fille de cette dernière souhaitent se marier. Or, l'article 164 du Code civil, combiné avec les articles 161 et 163 du même Code, prohibe un tel mariage de manière absolue, c'est-à-dire sans possibilité de dispense par le Roi. Saisi d'une action du procureur du Roi visant à entendre prononcer l'annulation de la déclaration de mariage entre le beau-père et la belle-fille, le Tribunal de première instance de Verviers interroge la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité d'une telle prohibition à mariage. Le juge se demande si les dispositions précitées du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au mariage), en ce qu'elles ne permettent «de lever les prohibitions à mariage que pour les seuls cas visés à l'article 163 du Code civil, alors que d'autres situations comparables, telle celle du mariage entre un beau-père et sa belle-fille après décès du conjoint qui créait l'alliance, font l'objet d'une prohibition absolue non susceptible de dispense?». Non sans avoir préalablement pris la peine de légitimer sur un plan général la prohibition de l'inceste, à partir de trois ordres de considérations (physiologiques, éthiques et sociales), la Cour considère que «par son caractère absolu, la mesure a toutefois des effets disproportionnés en ce qu'elle interdit dans tous les cas à un beau-parent et un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l'alliance». À la suite de cet arrêt, le législateur fédéral a modifié l'article 164 du Code civil, en habilitant le Roi à lever, pour des causes graves, la prohibition prévue pour les alliés au sens de l'article 161.

En Italie, en organisant un contrôle incident de constitutionnalité des lois, le Constituant italien a été soucieux d'éviter que soient portés devant la Cour constitutionnelle des litiges purement abstraits. On comprend dès lors que la Cour constitutionnelle, qui est principalement saisie de questions préjudicielles, soit encline à «s'adresser au droit dans son application concrète³⁰». Selon Massimo Luciani, «c'est par le biais de l'accès successif au juge constitutionnel que l'on peut ouvrir une "fenêtre" sur la vie concrète des rapports juridiques³¹». Et de préciser que la différence

³⁰ Paolo PASSAGLIA, «La distinction entre contrôle concret et contrôle abstrait en Italie», (2013) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 64. Voir également Tania GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 19-23.

³¹ Massimo LUCIANI, «L'Italie», *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 145.

entre le contrôle préalable et le contrôle préjudiciel est « la même que la différence entre des prévisions du temps faites à l'aveugle et celles faites sur la base de certaines données, importantes, certes, mais générales, et la vérification du temps que l'on fait concrètement, que l'on peut obtenir en ouvrant simplement la fenêtre de notre chambre³² ».

Le professeur Gustavo Zagrebelsky en donne un exemple pertinent, tiré des arrêts n° 148 de 1992 et n° 303 de 1996 de la Cour constitutionnelle italienne³³. Une loi relative à l'adoption prévoyait qu'il devait y avoir, entre l'enfant adopté et les parents adoptifs, une différence d'âge ne pouvant être inférieure à dix-huit ans, ni excéder quarante ans. Pendant longtemps, cette disposition n'a pas été contestée. Mais, comme le souligne Gustavo Zagrebelsky, « les cas que la vie offre sont toujours plus nombreux que ceux que le législateur peut imaginer dans l'abstrait ». Or, le cas est apparu d'un enfant adopté dans le respect de la règle relative à l'âge, mais qui avait un petit frère avec lequel il avait vécu jusque-là et pour lequel la différence d'âge avec le couple adoptant dépassait la limite légale des quarante ans. Pour ce motif, la loi ne permettait pas qu'il puisse, lui aussi, être adopté par le même couple. La Cour constitutionnelle a considéré que, dans la mesure où elle garantit le principe de la protection des intérêts de l'enfant et favorise la formation ou la reformation d'un cadre familial qui permette aux frères de vivre ensemble, la Constitution ne permet pas qu'une telle conséquence puisse se produire. En se gardant d'éliminer la disposition en cause, elle a introduit une exception applicable à la situation posée dans le cadre du procès *a quo*. Dans cette logique, une même disposition législative peut être déclarée inconstitutionnelle à plusieurs reprises, chaque fois en relation à une « *fattispecie concreta* ».

Il serait évidemment abusif d'exiger du législateur que, dans le cadre d'une normativité qui doit rester générale et abstraite, il prenne en compte toutes les situations particulières. En effet, le législateur recourt généralement à des catégories – de personnes ou de situations – qui, par la force des choses, sont impuissantes à embrasser la réalité avec précision et dans toutes ses subtilités. Comme le dit la Cour constitutionnelle belge, le législateur « doit pouvoir faire usage de catégories qui, nécessairement, n'appréhendent la diversité des situations qu'avec un certain degré

³² *Id.*, p. 145-146.

³³ Gustavo ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », (2007) 22 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 155.

d'approximation³⁴ ». On concèdera toute la difficulté qu'il y a de tracer une frontière entre ce qu'on est en droit d'attendre du législateur, au nom d'une normativité bien comprise, et ce qu'on doit considérer comme échappant nécessairement aux prévisions de ce même législateur.

Cela étant, le caractère concret du contrôle sur renvoi préjudiciel nous paraît s'imposer pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le contrôle concret sur renvoi préjudiciel est, selon nous, inhérent à la fonction de juger. De toute juridiction, on attend qu'elle apporte une réponse, non pas à un problème de droit, mais au problème juridique dont elle est saisie. Ce problème étant la source d'une injustice, ne pas y répondre, c'est manquer à l'exigence la plus élémentaire de la fonction de juger, qui est de contribuer à l'éradication des injustices. Pour la juridiction constitutionnelle, fournir une réponse abstraite à une question concrète est une forme de déni de justice. On y verra, au demeurant, une atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective, qui implique la possibilité concrète de faire valoir ses droits devant un juge.

Ensuite, la question se pose de savoir si, en tant que tel, le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité n'induit pas nécessairement le caractère concret du contrôle et donc une jurisprudence constitutionnelle forcément casuistique. Ce mécanisme se justifie avant tout par ce constat qu'une inconstitutionnalité n'apparaît pas nécessairement au moment où la loi est votée ou promulguée, mais parfois bien longtemps après. Or, les inconstitutionnalités qui se révèlent tardivement ne germent dans les prétoires des juridictions ordinaires qu'à la faveur de l'enracinement de la norme dans le terreau concret d'une situation particulière. Ce n'est pas alors la norme comme telle qui est appliquée par les juges, mais la norme dans des situations déterminées, donc concrètes. C'est précisément cette concrétisation qui révèle l'inconstitutionnalité. Pour que le mécanisme préjudiciel soit efficace, il est, de notre point de vue, indispensable que la juridiction constitutionnelle apporte à la question posée par le juge une réponse concrète. On ajoutera que cette nécessité est étroitement liée à la règle qui subordonne la recevabilité de toute question préjudicielle à une condition de pertinence – « *rilevanza* », disent les Italiens³⁵ –, condition qui découle du caractère accessoire du litige constitutionnel par rapport au litige dont est saisie la juridiction de renvoi : c'est

³⁴ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 72/2012, 12 juin 2012.

³⁵ Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Mulino, 1977, p. 192.

l'idée qu'il ne peut y avoir de question préjudicielle que si sa solution conditionne véritablement la décision que la juridiction doit prendre à propos du litige qu'elle connaît. Cette imbrication des procès – le procès *a quo* et le procès constitutionnel – a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt décisif³⁶.

Enfin, n'est-ce pas une manière – parmi bien d'autres bien sûr – de rencontrer une objection élevée à l'encontre de la légitimité de la justice constitutionnelle : la juridiction constitutionnelle ne ferait que substituer l'opinion de quelques juges à celle de plusieurs dizaines d'élus, représentatifs de l'ensemble de la population. En réalité, le contrôle concret permet aux juges constitutionnels de compléter l'œuvre du législateur plutôt que de la défaire. Le degré de généralité qui s'attache à toute loi ne permet pas au législateur de prévoir toutes les conséquences qui découleront de l'application de cette loi. Lorsque ces conséquences heurtent la Constitution, les juges constitutionnels s'attachent à corriger l'œuvre législative.

Pourtant, il est des États européens où le contrôle sur renvoi préjudiciel n'est pas concret.

En Espagne, par exemple, le Tribunal constitutionnel peut être saisi de questions d'inconstitutionnalité, mais il s'agit d'une saisine qui vise à réaliser une épuration de l'ordonnement juridique et est donc « surtout au service de la suprématie objective de la Constitution sur la loi³⁷ ». Le Tribunal constitutionnel l'a répété lui-même à plusieurs reprises : qu'il soit saisi d'un recours en inconstitutionnalité formé par des autorités politiques ou d'une question en inconstitutionnalité, le contrôle exercé vise nécessairement, dans les deux cas, à contrôler abstraitement la compatibilité d'une norme législative avec des normes constitutionnelles³⁸.

³⁶ *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/8723, CEDH 1993. Marc VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6 (1), de la Convention européenne des droits de l'homme », 1994 *Revue belge de droit constitutionnel* 123.

³⁷ Pedro CRUZ VILLALON, « L'Espagne », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, préc., note 31, p. 130. Voir cependant Luis AGUIR DE LUQUE, « Contrôle concret versus contrôle abstrait dans le modèle espagnol de justice constitutionnelle », (2013) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 44 (une partie de la doctrine espagnole considère que la nature de la saisine influe nécessairement sur la nature du contrôle).

³⁸ Voir notamment le Tribunal constitutionnel espagnol, S.T.C. 161/1997 du 2 octobre 1997 : « Aunque, para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en

En d'autres termes, le renvoi préjudiciel n'y est pas conçu comme un instrument spécifique de protection des droits fondamentaux, même si indirectement il contribue à cette protection, étant donné que les dispositions constitutionnelles sur les droits fondamentaux font partie du bloc de constitutionnalité.

En Allemagne, autre exemple, bien que l'incidence de la question préjudicielle sur le litige *a quo* soit une condition de recevabilité de la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale, celle-ci n'exerce pas pour autant un contrôle concret dans le cadre de l'examen au fond de la question.

Le refus de l'Espagne et de l'Allemagne de conférer un caractère concret au contrôle sur renvoi préjudiciel trouve sans doute une explication dans l'existence dans ces deux États d'autres recours – le recours d'*amparo* en Espagne et le recours individuel en Allemagne – qui peuvent être dirigés contre des décisions juridictionnelles et qui, eux, supposent une appréciation concrète de la situation. Comme l'écrit Manuel Aragon Reyes, pour ce qui concerne l'Espagne, le recours d'*amparo* permet « une concrétisation permanente des droits fondamentaux³⁹ ». De son côté, Constance Grewe souligne, pour ce qui concerne l'Allemagne, « la double face, subjective et objective du recours individuel⁴⁰ ».

Ce n'est pas le cas en France, dont le Conseil constitutionnel peut, depuis le 1^{er} mars 2010, être saisi de « questions prioritaires de constitu-

algunas Sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad» (II-2) (voir en ligne : <http://www.unioviado.es/constitucional/docen/derecho/dc1/plan2002/general/casos/caso5/alcoholemia/161-1997.pdf> (consulté le 13 mars 2017)).

³⁹ Manuel ARAGON REYES, « Quelques considérations sur le recours d'*amparo* », (2002) 18 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 12.

⁴⁰ Constance GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », (2011) 137 *Pouvoirs* 152. Voir, à cet égard, Thomas HOCHMANN, « Les limites de l'objectivation du contentieux des droits fondamentaux en Allemagne », dans Jordane ARLETTAZ et Julien BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2015, p. 111.

tionnalité» (Q.P.C.). Dans cet État, la compatibilité de la loi à la Constitution est appréciée par les juges constitutionnels de manière globale, sans que cette appréciation soit liée aux données de l'espèce dont est saisi le juge *a quo*. Cette attitude suscite le désarroi d'une partie de plus en plus importante de la doctrine. À quoi sert une question préjudicielle abstraite, si ce n'est d'être simplement une occasion supplémentaire de saisir le Conseil constitutionnel ? Cette question a été très pertinemment posée par Edouard Dubout, par exemple, qui note qu'il y a « une part de volontarisme jurisprudentiel dans le choix de l'objectivisation de la procédure de contrôle qui découle sur un examen abstrait de la loi obérant tout prise en compte des faits pourtant nécessaire à la détermination de la portée des droits fondamentaux⁴¹ ».

En définitive, la position de la France apparaît fort isolée. Notre conviction est qu'un système de justice constitutionnelle doit donner la possibilité à la juridiction constitutionnelle d'exercer un contrôle concret, soit par la voie d'un recours individuel comparable à l'*amparo* espagnol ou au recours individuel allemand, soit par la voie d'un renvoi préjudiciel exercé concrètement. Cette conviction repose sur les considérations que nous avons évoquées ci-dessus et qui concernent tant la fonction de juger que la justice constitutionnelle. On y ajoutera une autre considération, qui touche à l'essence même des droits fondamentaux. Un droit fondamental ne se prête à un réel contrôle juridictionnel qu'à la condition d'être contextualisé. Seule cette contextualisation permet au juge de faire vivre les droits fondamentaux. De les faire vivre et de les faire évoluer. Dans un objectif de protection des droits du justiciable, cet objectif même qui a justifié l'introduction de la QPC en France.

La Cour européenne des droits de l'homme ne répète-t-elle pas à l'envi que les droits de la Convention doivent être protégés de manière à en faire des droits « réels et effectifs » ? Selon nous d'ailleurs, l'emprise de la jurisprudence européenne sur tous les aspects de la vie en société, en ce compris les plus concrets, ne laisse plus de choix aux juridictions

⁴¹ Édouard DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », dans Emmanuel CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 223. Voir aussi Édouard DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », (2013) *Revue du droit public* 107 : « tout semble fait par les acteurs juridictionnels pour que la réforme soit essentiellement conçue comme un déplacement temporel du moment du contrôle et non comme une modification structurelle de sa nature ».

constitutionnelles. Elles ne peuvent refuser de statuer sur des violations alléguées de droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme en se réfugiant derrière le caractère prétendument abstrait des litiges dont elles sont saisies. Faut-il rappeler ici que l'article 1^{er} de la Convention fait obligation aux États de reconnaître « toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » qu'elle définit ?

Tout cela n'est pas sans incidence sur la modélisation organocentrique évoquée ci-dessus. En effet, là où elle est constatable, la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois dans le modèle concentré rapproche indéniablement les États concernés des États du modèle déconcentré de justice constitutionnelle. Pour des États comme les États-Unis et le Canada, la question même de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois peut paraître triviale tant cela relève de l'évidence pour leurs juges⁴².

B. En Europe, la justice constitutionnelle n'est pas purement nationale

En Europe, la protection des droits fondamentaux est demeurée longtemps un attribut exclusif de la souveraineté étatique. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, cette protection est soumise à un processus de coproduction, voire de surproduction. Les droits fondamentaux n'ont plus leur siège uniquement dans les corpus constitutionnels, mais également dans des textes internationaux. Un tel éclatement pose inévitablement la question de l'articulation des catalogues de droits fondamentaux et, plus généralement, des systèmes de protection de ces mêmes droits. Cette question renvoie au problème plus général des rapports entre ordres juridiques. Le problème est d'autant plus délicat qu'il y a en l'occurrence d'ordres juridiques ayant une nature et une légitimité passablement différentes.

⁴² Pour autant, cela ne signifie pas que les juridictions américaines et canadiennes ne prendraient systématiquement en considération que les éléments propres au cas d'espèce, sans jamais mettre ce dernier en perspective, en le situant dans un contexte plus général et dans une temporalité plus longue. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis admet la possibilité, à certaines conditions, de contester une loi comme telle, dans toutes ses applications (« *facial challenge* »), et non plus dans une application particulière (« *as-applied challenge* »). Sur cette distinction et ses écueils, voir Richard H. FALLON, « Fact and Fiction About Facial Challenges », (2011) 99 *California Law Review* 915.

Dans ce contexte pluraliste, des juridictions constitutionnelles utilisent la Convention européenne des droits de l'homme et les traités fondateurs de l'Union européenne, voire d'autres traités internationaux, comme mode de résolution des litiges constitutionnels. Cependant, l'utilisation qu'elles font de ces normes internationales n'a pas partout la même ampleur ni la même visibilité. On distingue deux catégories d'États.

Une première catégorie regroupe les États où la juridiction constitutionnelle est autorisée à faire une application autonome des normes internationales ou de certaines d'entre elles. L'Autriche en fait partie, ainsi que certains États d'Europe centrale et orientale (Hongrie, République tchèque, Slovaquie, Bulgarie, Pologne...). Ces normes sont alors utilisées par la juridiction constitutionnelle comme normes de référence et, partant, comme mode de résolution des litiges constitutionnels, et ce de manière directe : la contestation dont est saisie la juridiction est soumise au dispositif même de la norme conventionnelle, sans l'entremise d'une norme de droit interne. Dans les États concernés, toute atteinte à un droit garanti par le traité international peut donc être combattue devant la juridiction constitutionnelle au même titre que les atteintes portées aux droits garantis par la Constitution.

Une seconde catégorie regroupe les États où la juridiction constitutionnelle fait une application que nous qualifions d'«auxiliaire» de tout ou partie des normes internationales. Si la fonction naturelle de toute juridiction constitutionnelle est d'appliquer des normes tirées de la Constitution ou qui s'y agrègent, l'exercice de cette mission peut l'entraîner à appliquer, par la médiation des normes constitutionnelles, des normes tirées de l'ordre juridique international. De la sorte, celles-ci acquièrent une fonction auxiliaire, donc complémentaire, par rapport au contrôle de constitutionnalité.

L'application auxiliaire du droit international est réalisée, principalement, par une méthode que nous qualifions de «conciliatoire» et qui revient à utiliser le droit international comme modèle d'interprétation des normes constitutionnelles et, plus particulièrement, des droits fondamentaux reconnus par la Constitution : lorsqu'un tel droit fondamental est reconnu de manière analogue par un traité international, la juridiction constitutionnelle interprète le premier à la lumière du second et, au-delà, à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle qu'en donnent les juges internationaux. On en donne trois exemples. En Espagne, l'article 10 (2), de la Constitution impose aux juges d'interpréter les droits constitutionnels en conformité notamment avec la Convention européenne des droits

de l'homme. En Allemagne, c'est par voie prétorienne – en dehors de toute prescription constitutionnelle en ce sens –, mais dans une moindre proportion et de manière inconstante, que la Cour constitutionnelle fédérale a admis de faire de la Convention un paramètre interprétatif des droits constitutionnels. En Belgique, la Cour constitutionnelle développe, depuis 2004⁴³, un raisonnement, qualifié généralement de « tout indissociable », au terme duquel, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un concours avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues ».

Par exemple, la Cour constitutionnelle interprète le principe de la légalité pénale des articles 12 et 14 de la Constitution à la lumière des arrêts *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, *S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 2005 et *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996⁴⁴. Elle interprète l'article 22 de la Constitution, siège du droit au respect de la vie privée et familiale, en s'inspirant des arrêts *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990 et *Hatton (II) c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, pour considérer que « lorsqu'elles sont exorbitantes, les nuisances sonores causées par les avions peuvent diminuer la qualité de la vie privée des riverains⁴⁵ » ou, dans un autre domaine, considérer que la sphère de la vie privée d'un père comprend le régime juridique de la relation qu'il entretient avec un enfant né dans les liens du mariage⁴⁶. Elle juge que la protection des sources journalistiques est « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » en se fondant sur les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Roemen et Schmit c. Luxembourg* du 25 février 2003 et *Ernst c. Belgique* du 15 juillet 2003⁴⁷.

⁴³ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 136/2004, 22 juillet 2004. Pour un exemple, plus récent, voir Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 106/2014, 17 juillet 2014.

⁴⁴ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 125/2005, 13 juillet 2005.

⁴⁵ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 189/2005, 14 décembre 2005.

⁴⁶ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 20/2011, 3 février 2011.

⁴⁷ Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 91/2006, 9 juin 2006.

Aussi louable soit-elle, la méthode conciliatoire n'est pas sans poser la question du maintien d'une protection spécifiquement constitutionnelle des droits fondamentaux, spécialement dans un État comme la Belgique où cette méthode est à ce point développée qu'un président de la Cour constitutionnelle a été jusqu'à écrire que cette dernière «se considère comme un organe déconcentré de l'autorité européenne⁴⁸». Rappelons que les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et par ses protocoles additionnels, pour nous limiter à cela, constituent un noyau dur, un standard minimum, un socle perfectible que, dans chaque ordre interne, la Constitution et le juge constitutionnel doivent chercher à adapter, dans un souci de contextualisation, ou à enrichir, dans un but de complémentarité.

Les juridictions constitutionnelles qui ne font ni une application autonome ni une application auxiliaire du droit international, ce qui est le cas du Conseil constitutionnel français, ne l'ignorent pas pour autant. Cependant, lorsqu'elles y ont égard, c'est «furtivement⁴⁹».

L'utilisation des normes internationales par les juridictions constitutionnelles pose, s'agissant des normes européennes, le problème du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁰. Force est de constater une assez grande disparité entre les juridictions constitutionnelles quant à la décision de renvoyer des questions préjudicielles, en validité ou en interprétation, à la Cour de justice. Certes, la Cour constitutionnelle

⁴⁸ Paul MARTENS, «Les enjeux d'une théorie générale des droits constitutionnels», dans Marc VERDUSSEN et Nicolas BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 17. Voir Marc VERDUSSEN, «The Belgian Experience of Rights-based Review: Has the Constitutional Court Become a Body Subordinated to the European Court of Human Rights?», dans John BELL et Marie-Luce PARIS (dir.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in A Changing Landscape*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 346.

⁴⁹ Laurence BURGORGUE-LARSEN, «L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme», (2001) *Revue belge de droit constitutionnel* 51.

⁵⁰ Marc VERDUSSEN, «Le renvoi par les cours constitutionnelles de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne», dans Emmanuel CARTIER, Laurence GAY et Alexandre VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 261.

belge est particulièrement encline à adresser de telles questions préjudicielles : depuis 2003, elle a lui adressé 78 questions préjudicielles. Mais, à l'inverse, les juridictions constitutionnelles des autres États membres ont longtemps éludé la question du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Si certaines se sont récemment décidées à franchir le pas, de telles initiatives restent malheureusement isolées, les juridictions constitutionnelles ne s'adressant que de manière sporadique à la Cour de justice. Des questions préjudicielles ont notamment été posées par les juges constitutionnels d'Autriche, de Lituanie, d'Italie, d'Espagne, de France et d'Allemagne.

On peut voir dans cette réticence à activer le mécanisme de renvoi préjudiciel la crainte des juridictions constitutionnelles de se soumettre à l'autorité hiérarchique d'une juridiction supranationale et de perdre ainsi une partie de leur suprême autonomie dans l'interprétation des normes constitutionnelles. L'argument manque de pertinence. Dans la pensée juridique contemporaine, le cadre d'entendement des modes de production du droit a donné lieu à une construction théorique originale, illustrée par la métaphore du « réseau », selon laquelle la réalité juridique n'est plus réductible à une structure hiérarchique, linéaire et arborescente : « sans disparaître, la hiérarchie révèle ses limites – discontinuité, inachèvement, alternance – où la subordination cède partiellement la place à la coordination et à la collaboration ; sans perdre toute vigueur, la linéarité se relativise et s'accompagne fréquemment de phénomènes de bouclage ou d'inversion dans l'ordre des relations ; l'arborescence se dilue, dans la mesure où la multiplicité des foyers de création du droit ne peut pas toujours être dérivée d'un point unique et souverain⁵¹ ». Ce changement de paradigme n'est pas sans incidence sur la place et le rôle des juridictions constitutionnelles qui n'ont pas le pouvoir du dernier mot dans l'interprétation de la Constitution, ce pouvoir du dernier mot n'appartenant à personne. Comme l'observe Paul Martens, « l'idée d'un dernier mot sur la chose juridique évoque la nostalgie d'un pouvoir absolu qui ne peut concevoir une cohérence juridique sans une autorité qui serait le “patron du droit”⁵² ». On est ici au cœur de la démocratie, dont la spécificité est de laisser toujours ouverte la question des droits, et spécialement des droits

⁵¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 50.

⁵² Paul MARTENS, « L'égalité et le droit privé », (2002) 25 *Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles* 327.

constitutionnels, « puisque sa logique est précisément de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée⁵³ ». En somme, dans leur travail d'interprétation de la Constitution, les juridictions constitutionnelles sont prises dans un mouvement de circularité, dans l'ordre interne, mais également dans l'ordre international.

Cette circularité est étroitement liée à la globalisation. La mondialisation des marchés – des produits, du capital et du travail – contraint les professionnels du droit à se mouvoir dans un espace juridique de plus en plus globalisé. En effet, la circulation des personnes et des biens entre les États génère inévitablement des flux entre les ordres juridiques, de telle sorte que le juriste contemporain ne peut plus se replier sur son seul droit national. Il doit se transporter vers d'autres ordres juridiques et se familiariser avec d'autres règles de droit. Les juridictions constitutionnelles n'échappent pas à cette exigence. En se retranchant derrière le dogme de la souveraineté de l'État, comme beaucoup l'ont fait jusqu'ici, elles se marginalisent, sur le plan mondial, mais aussi à l'échelle européenne, au risque de voir s'effriter leur légitimité.

Faut-il s'engager dans un contrôle concret de constitutionnalité ? Quelle attitude convient-il d'adopter à l'égard des normes internationales ? Toutes les juridictions constitutionnelles sont confrontées à ces deux questions, dont les enjeux sont particulièrement importants. Ces questionnements ne sont-ils pas symptomatiques d'un certain nombre de changements de paradigmes dans la manière d'appréhender les modes de production du droit ? Quant aux réponses que les juges constitutionnels y apportent, elles sont révélatrices de la nature du contrôle qu'ils exercent, mais aussi, par la force des choses, de la manière dont ils perçoivent leur rôle dans la communauté juridique.

On peut à la fois approuver ces questionnements, et les évolutions qu'ils traduisent, tout en examinant les conséquences que cela entraîne sur le modèle concentré de justice constitutionnelle et sur son destin. Il nous paraît de plus en plus évident que ce modèle doit être repositionné. Chaque État doit, à cet égard, faire un travail d'introspection et, à partir des singularités qui lui sont propres, trouver les solutions qui s'imposent.

⁵³ Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN et Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 833.

Certes, le modèle concentré de justice constitutionnelle favorise toujours une centralisation, donc une uniformité, de l'interprétation de la Constitution, ce qui était une préoccupation majeure de son concepteur, Hans Kelsen⁵⁴. Aussi incontestable soit-il, cet atout est affaibli par un certain nombre de constats, qui sont liés aux évolutions dégagées ci-dessus. On en retient trois.

Tout d'abord, le ou les juges qui interrogent la juridiction constitutionnelle doivent attendre des mois, voire davantage, pour recevoir une réponse de cette dernière. N'est-il pas contraire aux exigences d'une bonne administration de la justice d'imposer un tel délai aux justiciables ? N'est-ce pas d'autant plus incompréhensible dans le cas de questions concrètes de constitutionnalité qui, parce qu'elles sont contextualisées, se révèlent fortement imbriquées dans le litige *a quo* et relèvent davantage de la « micro-constitutionnalité⁵⁵ » ?

Ensuite, le contrôle concret de constitutionnalité exige de la part de la juridiction constitutionnelle des spécialisations dans toutes les branches du droit. Or, dans un pays comme la Belgique, les règles relatives à la

⁵⁴ On rappellera tout de même que, dans certains États européens, cette centralisation de l'interprétation de la Constitution doit être fortement relativisée, dans la mesure où la compétence de la juridiction constitutionnelle instituée par ces États se limite au contrôle de constitutionnalité des normes législatives mais ne s'étend pas au contrôle de constitutionnalité des normes infralégislatives. Ce dernier contrôle est alors confié à d'autres juridictions, judiciaires ou administratives. On citera, à titre d'exemples, la France et la Belgique.

⁵⁵ L'expression « micro-constitutionnalité » a été utilisée par une partie de la doctrine avec une connotation négative. On peut lire ainsi, sous la plume d'un des plus grands constitutionnalistes italiens, que « le régime judiciaire des affaires constitutionnelles met souvent le juge, qui prend l'initiative, au contact des problèmes de constitutionnalité des lois dans une perspective de micro-constitutionnalité (c'est-à-dire que pour la solution d'un tout petit problème, on évoque, sans médiations, par exemple, le grand principe d'égalité) », avec la conséquence « que souvent les grands principes de la Constitution sont "sollicités" dans des cas négligeables » (Gustavo ZAGREBELSKY, « La multiplication des recours en Italie. Encombrement et micro-constitutionnalité », (1985) *1 Annuaire international de justice constitutionnelle* 113). Selon nous, un micro-problème de constitutionnalité est un problème qui épouse les contours d'un litige particulier et dont l'enjeu est, par la force des choses, limité aux particularités de ce litige. Ce n'est pas pour autant un problème négligeable. Car, pour le justiciable placé devant un problème de constitutionnalité, peu lui chaut que ce problème concerne une généralité de situations ou une situation précise – la sienne –, dès le moment où il est pour lui source d'injustice.

composition de la Cour constitutionnelle et au choix des juges et des référendaires ne garantissent pas que chaque question ciblée puisse être traitée par des juges et des référendaires ayant une expertise suffisante. En Europe, ce constat n'est pas propre à la Belgique, la plupart des juridictions constitutionnelles ayant une configuration comparable. On dira que la situation des cours suprêmes des États-Unis ou du Canada n'est pas différente. Il reste que les affaires dont sont saisies ces deux juridictions ont fait l'objet d'un examen préalable par des juges spécialisés, en premier et en deuxième ressort.

Enfin, il devient de plus en plus difficile de justifier que les juridictions ordinaires ne puissent exercer aucun contrôle de constitutionnalité des lois alors qu'elles ont l'obligation d'écarter toute loi qui serait incompatible avec le droit de l'Union européenne⁵⁶. Dans certains États, elles ont aussi le pouvoir d'écarter les lois qui ne seraient pas compatibles avec d'autres traités, telle la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷.

⁵⁶ Depuis l'arrêt *Simmmenthal*, la Cour de justice de l'Union européenne estime que « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale », de telle sorte que serait « incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (*Simmmenthal*, Affaire C-106/77, 9 mars 1978, J.O. C 87 du 11.04.1978, p. 5, par. 21-22). Voir Leonard F.M. BESSELINK, « The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All », (2013) 9 *Utrecht Law Review* 24.

⁵⁷ En Belgique, selon l'arrêt *Le Ski*, rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971 (1971.I.887, concl. Ganshof van der Meersch), lorsqu'un conflit oppose une norme législative de droit interne et une norme de droit international conventionnel, la règle établie par le traité international doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant « de la nature même du droit international conventionnel », et toutes les juridictions sont habilitées à le constater à titre incident. L'arrêt *Le Ski* est l'équivalent des arrêts *Société des cafés Jacques Vabre* et *Nicolo* rendus respectivement par la Cour de cassation de France le 24 mai 1975 et par le Conseil d'État de France le 20 octobre 1989.

Le modèle concentré de justice constitutionnelle ne disparaîtra pas de si tôt. Et c'est heureux, pour toutes les raisons qui ont justifié sa création. Néanmoins, les constats effectués dans notre contribution justifient, selon nous, que ce modèle soit réévalué, requestionné, voire repositionné. Ce travail doit être réalisé dans chaque État se reconnaissant dans ce modèle. C'est à chaque État de poser les bonnes questions et de trouver les justes réponses.

Pour ce qui concerne la Belgique, il nous paraît qu'une piste mérite d'être explorée, celle d'un partage du contrôle de constitutionnalité des lois entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, par une sorte d'« hybridation⁵⁸ » des modèles concentré et déconcentré. Une administration de la justice efficace, cohérente et respectueuse de toutes les garanties du procès équitable, en ce compris le respect de l'exigence de délai raisonnable, ne requiert-elle pas de laisser aux juridictions ordinaires la possibilité de trancher elles-mêmes les exceptions concrètes et ciblées d'inconstitutionnalités, tout en réservant à la Cour constitutionnelle le pouvoir de répondre aux questions abstraites de constitutionnalité ? Ce n'est pas le lieu ici pour explorer une telle piste, qui pose moult questions et se heurte à de sérieux écueils. Nous y reviendrons donc, en d'autres lieux...

⁵⁸ Andrew HARDING, Peter LEYLAND et Tania GROPPi, « Constitutional Courts : Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », (2008) 3 *Journal of Comparative Law* 3.

La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques

Eugénie Brouillet* et Alain-G. Gagnon**

Introduction	81
I. La métaphore de l'arbre vivant	83
II. Les principes du constitutionnalisme moderne	87
III. Quelques acteurs politologues clés	90
IV. L'arbre vivant, les tribunaux et le principe fédératif	93
A. Les grandes tendances interprétatives.....	94
B. Le Comité judiciaire : les règles d'interprétation statutaire et le principe fédératif	96
C. La Cour suprême, l'interprétation évolutive et le principe fédératif	99
Conclusion	106

* Vice-rectrice à la recherche, à la création et à l'innovation, Université Laval ; professeure titulaire, Faculté de droit ; avocate ; membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie et du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales

** Titulaire, Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes à l'Université du Québec à Montréal où il dirige les activités du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales ; président élu, Académie des sciences sociales, Société royale du Canada et membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie dont il a assuré la direction de 2003 à 2016.

Introduction

À la lecture de notre titre, le lecteur a sûrement été saisi par le défi qu'il annonce soit de traiter de la métaphore la plus célèbre et la plus marquante de l'histoire constitutionnelle canadienne, dans une perspective juridique et politologique, dans un simple chapitre. Notre objectif demeure cependant assez modeste puisqu'il consiste à faire état de certaines de nos réflexions sur ce qu'elle implique plus précisément eu égard à l'évolution de la nature fédérative de l'État canadien.

Depuis les années 1990, l'on assiste à travers le monde à un regain d'intérêt pour le fédéralisme en tant que principe d'organisation étatique. Ce constat, encourageant pour l'avenir du principe fédératif, s'accompagne par ailleurs d'un autre plus inquiétant : les forces du fédéralisme sont aujourd'hui menacées par des forces unitaristes¹. Cette tendance a des impacts importants sur l'avenir du fédéralisme en général, et sur la survie et l'épanouissement des nations infraétatiques en particulier. Cette propension à la centralisation progressive du pouvoir et à l'uniformisation normative soulève en effet des questionnements cruciaux en contexte plurinational. Aux plans théorique et normatif, le principe fédératif implique un équilibre entre les forces qui tendent à la diversité et celles qui poussent à l'unité, par conséquent, un équilibre dans l'exercice des pouvoirs législatifs dévolus aux ordres de gouvernement fédéral et fédéré.

La fédération canadienne ne fait pas exception à cette tendance à la concentration des pouvoirs. Le Canada donne souvent l'impression de miser sur la diversité canadienne pour faire advenir un projet politique commun. Le discours prononcé à Londres le 26 novembre 2015 par Justin Trudeau, quelques semaines après son élection, *La diversité, la force du Canada* en est un bel exemple, mais ne révèle qu'une portion de l'équation canadienne puisque la clé de voûte du projet politique a toujours été le maintien de son unité. Il s'agirait donc moins de trouver un équilibre entre l'unité et la diversité que de garantir l'unité du pays tout en tolérant, d'une part, l'expression de diverses formes de diversité (surtout celles de nature culturelle) et d'autre part, en atténuant les formes de diversité nationale qui pourraient menacer son avenir politique. Jorge Cagiao y Conde,

¹ Alain-G. GAGNON, «The Political Uses of Federalism», dans François ROCHER et Miriam SMITH (dir.), *New Trends in Canadian Federalism*, Peterborough, Broadview Press, 1995, p. 23.

un spécialiste de l'évolution du fédéralisme en Europe nous rappelle d'ailleurs que ce principe « a eu une tendance assez claire à la centralisation, à la consolidation nationale et à l'homogénéisation des pratiques, des valeurs et des croyances² ». Nombreux sont les auteurs qui en sont arrivés au même constat, d'Olivier Beaud à Ferran Requejo en passant par Christophe Parent et Edmond Orban³.

L'évolution des régimes constitutionnels est toujours en partie tributaire de la compréhension de la nature et du rôle de la Constitution, et en contexte fédératif, de la vision de ce qu'implique le principe fédéral. Ces représentations prennent parfois la forme de métaphores.

Les métaphores agissent comme des capteurs prêts à organiser, à structurer et à légitimer notre façon de voir le monde⁴. Le procédé est celui de l'emploi d'un terme concret pour exprimer une notion abstraite par substitution analogique, sans qu'il y ait d'élément introduisant formellement une comparaison⁵. La métaphore est par conséquent un procédé rhétorique, et, en cela, elle possède une portée argumentative, puisqu'elle présuppose des enjeux de persuasion et de conviction. Il n'est donc pas surprenant que le procédé de la métaphore soit présent dans les discours judiciaire et politologique. Les tribunaux canadiens ont en effet utilisé de ces figures de style dans différents contextes. Pensons notamment à la métaphore du dialogue utilisée par la Cour suprême du Canada pour désigner les relations entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs politiques de façon à légitimer l'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité, ou encore à celle des compartiments étanches du Comité judiciaire

² Jorge CAGIAO Y CONDE, « L'autorité de la doctrine en droit. L'exemple du fédéralisme », dans Jorge CAGIAO Y CONDE (dir.), *La notion d'autorité en droit*, Paris, Éditions le Manuscrit, 2014, p. 117.

³ Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, Presses universitaires de France, 2007 ; Ferran REQUEJO, *Fédéralisme multinational et pluralisme de valeurs : le cas espagnol*, coll. « Diversitas », Bruxelles, Peter Lang, 2009 ; Christophe PARENT, *Le concept d'État multinational. Essai sur l'union des peuples*, coll. « Diversitas », Bruxelles, Peter Lang, 2011 ; Edmond ORBAN, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible*, Montréal, Québec Amérique, 1984. Ferran REQUEJO et Klaus-Jürgen NAGEL (dir.), *Federalism beyond Federations : Asymmetry and Processes of Resymmetrisation in Europe*, Farnham, Ashgate, 2011.

⁴ Hugo CYR, « Conceptual Metaphors for an Unfinished Constitution », (2014) 19 *Review of Constitutional Studies* 1.

⁵ Finn MAKELA, « Metaphors and models in legal theory », (2011) 52 *Les Cahiers de droit* 397.

du Conseil privé utilisée pour rappeler le caractère exclusif des compétences législatives partagées entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial.

Il en est de même dans le discours des politologues qui useront de la métaphore pour valider et justifier certaines prises de position eu égard à ce que doit être selon eux la voie d'évolution de la fédération canadienne. Si l'usage de métaphores au sein des discours judiciaire et politique sert des fins explicatives et persuasives, certains ont souligné qu'elles peuvent aussi potentiellement tordre, obscurcir, distraire ou simplifier à outrance des éléments complexes⁶. Une certaine vigilance est donc de mise.

Dans le cadre du présent texte, nous nous attarderons à l'une d'entre elles, celle de l'arbre vivant. Après en avoir exposé les principaux tenants et aboutissants, nous mettrons en exergue certains de ses principes politiques implicites, pour ensuite nous attarder à quelques-unes de ses émanations juridiques. Nous verrons que si cette métaphore capte de façon fort intéressante la nature des textes constitutionnels canadiens, elle doit par ailleurs être comprise dans toute son amplitude, soit dans une perspective d'équilibre entre l'enracinement dans le passé et la projection vers le futur.

I. La métaphore de l'arbre vivant

S'il est bien une métaphore qui domine tout le champ de l'interprétation constitutionnelle et qui a un puissant et durable impact sur la façon de concevoir et d'appréhender le constitutionnalisme canadien, c'est bien celle de l'arbre vivant⁷. Elle en est pratiquement venue à se substituer à ce à quoi elle réfère, c'est-à-dire la Constitution du Canada elle-même, et à imposer cette compréhension que nous en avons comme étant quelque chose d'inachevée et en constante évolution⁸.

⁶ Benjamin L. BERGER, « Trial by Metaphor: Rhetoric, Innovation, and the Juridical Text », (2002) 39 *Court Review* 30 : « The metaphor is an instrument used in the persuasive project of judicial decision making, an undertaking to arbitrate disputes and interpret legal principles while maintaining and asserting the legitimacy of the law ».

⁷ « The most powerful and enduring metaphor in modern Canadian constitutional jurisprudence » : Robert J. SHARPE et Patricia I. McMAHON, *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, p. 6.

⁸ H. CYR, préc., note 4.

La métaphore de l'arbre vivant tire ses origines de la décision *Edwards* rendue en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé qui était alors appelé à déterminer si l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* devait être interprété de façon à permettre la nomination d'une femme au Sénat : « Art. 24 : Le gouverneur-général mandatera de temps à autre au Sénat, [...], des personnes ayant les qualifications voulues ». En d'autres termes, le terme « personne » devait-il être interprété comme incluant les femmes ? La réponse du Comité fut positive. C'est dans ce contexte qu'il affirma que : « L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles⁹ ».

Ce faisant, le Comité refusait d'être strictement lié par les intentions du constituant dans son interprétation du texte constitutionnel et optait plutôt pour une interprétation évolutive, permettant de l'adapter aux besoins de la société. Il affirmait :

Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board – it is certainly not their desire – to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent, but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs. [...]

The Privy Council, indeed, has laid down that Courts of law must treat the provisions of the British North America Act by the same methods of construction and exposition which they apply to other statutes. But there are statutes and statutes; and the strict construction deemed proper in the case, for example, of a penal or taxing statute or one passed to regulate the affairs of an English parish, would be often subversive of Parliament's real intent if applied to an Act passed to ensure the peace, order and good government of a British Colony¹⁰.

Ce qui ressort toutefois de l'énoncé de la métaphore elle-même est cette idée forte de *limites* à cette évolution constitutionnelle. Ainsi, le Comité judiciaire du Conseil privé captait-il cette nécessaire recherche d'équilibre entre le culte de l'intention originaire et l'évolution constitutionnelle délestée de toute balise. En d'autres termes, il s'agira d'une ques-

⁹ *Edwards c. A.-G. for Canada*, [1930] A.C. 124, 136-137.

¹⁰ *Id.*, 136-137 [nos soulignés].

tion de degré, comme l'écrivait avec justesse Grant Huscroft : «The real choice is between matters of degree : how much evolution will living tree interpretation be understood as allowing? For some judges, the living tree metaphor is understood as a licence for constitutional change ; for others, originalism-inspired considerations suggest the need for greater caution¹¹».

De même pour nous, il ne s'agit pas ici d'opter pour l'une ou l'autre de ces deux approches, mais bien de trouver un juste équilibre au chapitre de leur application en adoptant une approche constructiviste permettant de jauger l'évolution des changements constitutionnels à la lumière des intentions originales, d'en mesurer les implications et les conséquences pour le vivre ensemble et de penser les instruments juridiques et politiques en vue de constamment repenser les contrepoids essentiels à l'harmonie sociale.

La professeure Vicki Jackson, comparant la métaphore canadienne de l'arbre vivant (*living tree*) à celle américaine de la constitution vivante (*living constitution*), écrivait ce qui suit :

The idea of a “living tree” [...] suggests that constitutional interpretation is constrained by the past, but not entirely. Unlike the less tethered “living constitution,” it captures the idea of constraint, the role of text and original understanding in the roots of the constitutional tree and the role of precedent and new developments in its growth. Yet all metaphors mislead; they can obscure as much as they illuminate; and the tree metaphor understates the effects of major constitutional change and the role of human agency in that process¹².

En effet, contrairement à ce que la métaphore de l'arbre peut induire, la Constitution ne croit pas d'elle-même, grâce à une sorte de force surnaturelle. Elle ne change que grâce à l'action humaine¹³. Ainsi en est-il de l'élaboration de balises. Les principaux moteurs de cette croissance sont

¹¹ Grant HUSCROFT, «The Trouble with Living Tree Interpretation», (2006) 25 *University of Queensland Law Journal* 3, 5.

¹² Vicki C. JACKSON, «Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors», (2006) 75 *Fordham Law Review* 921, 926.

¹³ «The imagery of evolution and living trees is, in my submission, dangerous and misleading. The Constitution of Canada is a human construct. It does not have an internal life force that causes it to evolve or grow new limbs independently. It can be changed only by human action.» : W.H. HULBURT, «Fairy Tales and Living Trees : Observations on Some Recent Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada», (1999) 26 *Manitoba Law Journal* 181, par. 27.

bien sûr les acteurs politiques et les tribunaux. La façon dont l'arbre constitutionnel croît est également grandement influencée par son environnement culturel, économique, politique et social¹⁴. En effet, les acteurs de l'évolution seront nécessairement influencés par les changements des conditions sociétales. En retour, l'usage de la métaphore de l'arbre vivant n'est pas sans avoir de répercussions sur notre façon de voir, de mesurer et d'interpréter les enjeux culturels, économiques, juridiques, politiques et sociaux en contexte de fédération plurinationale.

La question essentielle donc est celle des « limites naturelles » à cette évolution du sens des dispositions constitutionnelles. Or il appert, comme l'ont souligné plusieurs observateurs, que cette idée a très peu attiré l'attention des tribunaux, et celle des commentateurs¹⁵. Cela peut probablement s'expliquer, du moins en partie, par la difficulté que pose l'identification de ce qui relève de la nature d'une chose¹⁶, particulièrement lorsqu'elle est le fruit de l'action humaine. Nous chercherons maintenant à identifier certaines de ces limites dans une perspective d'abord politologique, puis juridique.

¹⁴ «A tree's branches will grow in directions influenced by the availability of sun and water, responsive to a natural environment, but the environment of a constitution is made up of human beings, acting individually, in groups, and in institutions.» (V.C. JACKSON, préc., note 12, 959-960).

¹⁵ Bradley W. MILLER, «Beguiled by Metaphors: The "Living Tree" and Originalist Constitutional Interpretation in Canada», (2009) 22 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 353 :

«The concept of natural limits has not received much sustained attention from either the Court or its commentators and it is reasonable to conclude that it lacks any real explanatory power. The emphasis on natural limits seems ill-equipped for the task. [...] Judges have choices to make about the meaning and application of concepts like equality and fundamental justice and of constitutional heads of power. The Court has not entirely ignored the concept of natural limits in its jurisprudence, but its applications of it demonstrate that it is an empty concept – at best, it is a mere exhortation.»

¹⁶ Voir par exemple la difficulté de la Cour suprême à définir les « limites naturelles du mariage » à des fins de partage des compétences :

«L'argument fondé sur les limites naturelles ne saurait être retenu que si ceux qui l'invoquent peuvent préciser quels sont les éléments objectifs essentiels de la définition "naturelle" du mariage. À défaut, cet argument se réduit à une tautologie. Or, les éléments objectifs essentiels de la définition "naturelle" du mariage sur laquelle s'entendent les intervenants se résument à l'union volontaire de deux personnes à l'exclusion de toute autre. Au-delà, leurs opinions divergent. Nous sommes en présence d'avis contraires sur les limites naturelles du mariage.» (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 27).

Voir également: B.W. MILLER, préc., note 15, 353.

II. Les principes du constitutionnalisme moderne

La métaphore de l'arbre vivant, bien qu'orientée vers l'avenir, ne peut taire les principes qui sont au cœur même du *constitutionnalisme moderne*. Il s'agit ici sans doute de la dimension la plus négligée par la doctrine de l'arbre vivant. De quoi s'agit-il au juste ?

Le constitutionnalisme moderne met en relation trois grands principes : la continuité historique, le consentement et la reconnaissance mutuelle.

Les travaux de notre collègue James Tully sur le sujet nous sont d'une aide précieuse¹⁷. Ces principes souscrivent simultanément à l'approche originaliste (celle qui reconnaît le rôle essentiel des intentions du constituant) et l'approche évolutive de l'arbre vivant (celle qui s'oppose à l'idée de fixer une fois pour toutes le sens des dispositions constitutionnelles).

Le principe de la continuité historique agit comme premier tempérament à la métaphore de l'arbre vivant en ce sens que si cette dernière invite à se tourner vers le futur, si elle incite à la transformation, elle est tout autant un rappel au passé, à l'enracinement. L'arbre croît certes, mais il prend racine dans un sol qui lui fournit les éléments qui influencent sa croissance. Or, bien que le passé soit pris en considération dans une certaine mesure par les juges et les acteurs politiques, il ne parvient pas toujours à contenir certains emballements qui distancient la Constitution canadienne des idées et principes qui ont présidé à son élaboration. Soulignons au passage les profondes transformations qui se sont produites dans la jurisprudence constitutionnelle lorsque la Cour suprême du Canada a pris le relais du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres en 1949 à titre d'arbitre ultime des différends fédératifs¹⁸ ou lors de l'adoption d'un Nouvel ordre constitutionnel par le Canada en 1982 à l'encontre de la volonté de l'Assemblée nationale du Québec. L'instauration de ce nouvel ordre constitutionnel venait tester, ébranler même, le pacte fédératif à

¹⁷ James TULLY, *Public Philosophy in a New Key*, vol. 1 «Democracy and Civic Freedom» et vol. 2 «Imperialism and Civic Freedom», Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

¹⁸ Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Éditions du Septentrion, 2005.

l'origine de la fédération canadienne et, selon de nombreux politiques, politologues, constitutionnalistes¹⁹, causer un préjudice majeur au Québec.

Ce qui nous amène au deuxième principe, celui du consentement. Ce dernier est inextricablement lié au premier, car si une certaine continuité historique importe tant dans l'évolution constitutionnelle, c'est que l'ordre constitutionnel originaire est issu d'une entente à laquelle les protagonistes ont consenti. La notion de pacte est en effet le « principe constitutif²⁰ » de tout régime fédératif. Pour Proudhon, toutes les fédérations reposent sur une base commune, le contrat synallagmatique et commutatif²¹, et ce malgré la très grande diversité qui les caractérise. Le professeur François Rocher rappelle d'ailleurs « qu'à l'origine, le terme latin *foedus* signifiait union, pacte, accord volontaire ou *covenant*. [...] À la base de l'association [fédérative] se trouve donc le principe de consentement mutuel, de coopération, de partenariat dans le but de créer un cadre commun tout en préservant l'intégrité des parties constituantes²² ». L'*objet* fondamental du pacte ou du *contrat* fédératif porte sur un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leur pouvoir législatif exclusif. Une fois conclu, ce pacte est constitutionnalisé, ce qui lui confère une force obligatoire particulièrement forte. Il ne peut en effet être modifié que suivant le consentement de chacun des

¹⁹ Voir le collectif publié sous la direction de François ROCHER et Benoît PELLETIER (dir.), *Le Nouvel ordre constitutionnel canadien*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014.

²⁰ Anton GREBER, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 69, cité dans Olivier BEAUD, « Du nouveau sur l'État fédéral », (2002) 42 *Droits* 229, 235.

²¹ Pierre-Joseph PROUDHON, *Du principe fédératif*, Paris, E. Dentu, 1863, p. 73-74, cité dans E. ORBAN, préc., note 3, p. 11. La théorie du contrat en droit civil définit le contrat synallagmatique ou bilatéral comme celui par lequel les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre. Un contrat est commutatif lorsque, dès le moment de sa conclusion, au moins l'une des parties connaît exactement l'importance et l'étendue des prestations qu'elle aura à fournir (voir respectivement les articles 1380 et 1382 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64).

²² François ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 93, à la page 102.

ordres de gouvernement, puisque « c'est l'existence [des] peuples des États-membres qui justifient, en dernier ressort, celle d'un pacte fédératif comme pacte constitutionnel²³ ». Ce dernier forme le socle, les fondations de l'édifice fédératif ou, en d'autres termes, les racines de l'arbre constitutionnel. Ainsi, une compréhension et une application déracinées de la métaphore de l'arbre vivant peut mettre à mal de façon importante la légitimité même de l'ordre constitutionnel si elle ne s'ancre pas dans un respect de la nature des consentements constitutionnels échangés dans le cadre de la conclusion du pacte fédératif. En d'autres mots, le principe du consentement exige des arrangements négociés de bonne foi et sans contrainte plutôt que des solutions imposées.

Le troisième principe au fondement même du constitutionnalisme moderne et auquel aucune démocratie libérale avancée ne peut se dérober est celui de la reconnaissance mutuelle. Il s'agit de considérer ici les nations comme des sujets politiques ou, autrement formulé, comme autant de pouvoirs constituants. Ce principe est par conséquent fortement lié à celui du consentement.

La métaphore de l'arbre vivant devrait ainsi constamment être comprise à la lumière de ces trois principes, ce qui ne fut pas toujours le cas. Au nom de rationalités politiques multiples et de théories judiciaires interprétatives différentes et cumulatives²⁴, elle a souvent fourni aux acteurs étatiques dominants une justification pour imposer assez facilement leur volonté et a aussi accordé aux juges la marge de manœuvre nécessaire à la mise en place de doctrines constitutionnelles favorables au pouvoir fédéral. Ces deux dynamiques combinées ont contribué à insuffler une dynamique centralisatrice dans le fonctionnement du régime politique et juridique canadien comme les travaux de Woehrling le confirment²⁵.

²³ Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la fédération », dans Jean-François KERVÉGAN et Heinz MOHNHAUPT (dir.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, p. 270.

²⁴ Andrée LAJOIE, « Le fédéralisme au Canada : provinces et minorités, même combat », dans A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 22, p. 184.

²⁵ Consulter José WOEHLING, « Les conséquences de l'application de la charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral », dans A.-G. GAGNON (dir.), préc., note 22, p. 251.

III. Quelques acteurs politologues clés

Pour les besoins de ce texte, nous nous penchons maintenant sur la façon dont certains politologues ont fait appel à cette doctrine aux fins de justifier une voie d'évolution centralisatrice de la fédération canadienne. Les travaux de Ronald Watts (1929-2015), Peter Leslie (1939-2010) et Richard Simeon (1943-2013) retiendront notre attention.

Le principal sujet de prédilection de Watts, Leslie et Simeon a été la réforme constitutionnelle au Canada. Or, au lieu d'insister sur l'urgence de respecter les principes mêmes du constitutionnalisme moderne, ces chercheurs ont plutôt plaidé pour des ajustements incrémentaux. Chez Watts, par exemple, il est préférable de procéder par petits ajustements et d'éviter d'y aller avec des réformes en profondeur – « non » aux réformes méga constitutionnelles. C'est du moins ce qu'il retient des échecs de l'Accord du lac Meech en 1990 et de l'Entente de Charlottetown en 1992. Relativement à ce dernier cas, il affirme : « the difficulties of getting agreement upon a complex and comprehensive change in a referendum campaign have been amply illustrated in the recent Canadian experience ». Et il fait le constat que « The dilemma that Canadians have now been left with is that in the Canadian context neither partial [lac Meech] nor comprehensive reform [Charlottetown] seems to be workable or acceptable. Canada may, therefore, have a Constitution that is for all practical intents and purpose virtually unamendable for significant issues²⁶ ». Cela amène Watts à penser qu'il faut même oublier les réformes constitutionnelles et procéder par d'autres moyens. La discussion chez Watts demeure de nature institutionnelle ; on y retrouve rarement des considérations normatives ou l'évocation des principes constitutionnels sur lesquels le Canada, en tant que projet politique, a été fondé.

Dans un important ouvrage paru au moment de la signature du projet d'Accord du lac Meech, Peter Leslie avance que la forme dominante des relations de pouvoir au Canada se fait par « thrust and riposte²⁷ » au gré des revendications régionales et du pluralisme culturel. Or, selon Leslie, ces formes de revendications se retrouvant aussi dans d'autres États, elles

²⁶ Ronald WATTS, « Processes of Constitutional Restructuring : the Canadian Experience in Comparative Perspective », *Working Papers*, Kingston, Queen's University, 1999, p. 12-13.

²⁷ Peter LESLIE, *Federal State, National Economy*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, p. 66.

n'exerceraient pas un rôle déterminant sur la façon de penser les rapports d'autorité. Ce qui serait déterminant au chapitre des relations de pouvoir c'est plutôt la prévalence d'un régime politique et constitutionnel donné. Leslie s'intéresse peu aux fondements mêmes du Canada en tant que formation politique et sociale et il évite généralement de proposer des réformes constitutionnelles précises pour atténuer les conflits politiques. Les propositions avancées se limitent à identifier les moyens permettant de fédéraliser le centre (Ottawa). En d'autres mots, il s'agirait simplement d'encourager la participation des États membres au centre pour éviter à la fois l'unilatéralisme agressif avoué d'Ottawa et les rebuffades fréquentes des provinces.

The institutional innovations that have been suggested all rest on the assumption that the degree of conflict engendered by governmental interaction in policy formation (« aggressive unilateralism » as I put it earlier) could be reduced if the provinces had more say in central decision-making. [...] The implicit contention is that irregular, *ad hoc* interaction concerning exercise of mutually exclusive powers generates more conflict than sharing of power within institutions designed to that end²⁸.

Peter Leslie est aussi d'avis que les rapports de force et la dynamique centralisation-décentralisation entre Ottawa et les provinces sont toujours en train d'évoluer, mais il se garde bien de vouloir mettre de l'avant une théorie du fédéralisme qui puisse être fondée sur toute forme de moralité constitutionnelle. Il peut se satisfaire de changements dans le mode opératoire du gouvernement central en cherchant à mieux synchroniser les besoins d'Ottawa avec les exigences des régions, le Québec étant une de celles-ci.

Les travaux de Richard Simeon au sujet du fédéralisme canadien ont occupé une place centrale au pays au cours des quatre dernières décennies. Difficile de leur faire pleinement justice tant ses recherches ont couvert des domaines variés. Toutefois, invariablement, Simeon insiste sur le caractère évolutif de la Constitution canadienne. Cette qualité intrinsèque qui permettrait aux acteurs politiques de s'adapter et de répondre aux nouveaux enjeux économiques, politiques et sociaux qui surgissent au gré de la conjoncture.

²⁸ *Id.*, p. 82.

Les tensions politiques au pays en lien avec le nationalisme québécois de même que les difficultés économiques connues par le Canada au cours des années 1980 (il faut souligner ici les travaux de la Commission Macdonald) semblent avoir amené Simeon à se montrer de plus en plus favorable aux mesures adoptées par le gouvernement central pour répondre à ces défis. Chez Simeon ce qui doit primer c'est le besoin du Canada d'élaborer des politiques publiques adaptées au besoin de l'heure et de trouver des façons efficaces pour y parvenir. Et en ce sens, comme il le notera avec Martin Papillon, ce qui fait la force du Canada à travers le temps c'est sa capacité de procéder à des « limited constitutional amendments, judicial interpretation, fiscal arrangements, and intergovernmental negotiations²⁹ », tout en inscrivant un bémol en remarquant que « it is perhaps in its capacity to adapt to political and social changes in Quebec that the federation has been somewhat less successful³⁰ ». Cela étant dit, ces auteurs en viennent à la conclusion que « Whatever the issue at hand, Canadians are telling their governments: we do not want to be hamstrung by the constitutional division of powers or by intergovernmental rivalries. They are saying, individually and collectively, get on with it – nothing in the formal division of powers stands in the way of that³¹ ». De sorte qu'il serait préférable de laisser évoluer ce fédéralisme au gré des contextes, des dynamiques politiques et des rapports de force afin d'obtenir la plus grande flexibilité possible. Il conviendrait également selon eux d'imaginer des scénarios politiques permettant de contourner les conflits politiques potentiels puisque ceux-ci sont porteurs de division.

Les travaux de ces collègues incarnent une vision du fédéralisme canadien qui accentue la nécessité de faire évoluer le partage des pouvoirs pour répondre de façon efficace aux nouveaux besoins. La question du respect des compétences ou les aspects touchant aux fondements mêmes de la fédération ou encore la présence de traditions distinctes ne semblent pas être au centre de leurs considérations théoriques.

Or, dans le contexte multinational et plurinational canadien où sont appelées à cohabiter plusieurs nations, des minorités (ethno)culturelles et

²⁹ Richard SIMEON et Martin PAPILLON, « Canada », dans Akhtar MAJEED, Ronald L. WATTS et Douglas M. BROWN (dir.), *A Global Dialogue on Federalism. Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 92.

³⁰ *Id.*, p. 92.

³¹ *Id.*, p. 116.

religieuses, il nous faut parfois sacrifier peut-être un peu d'efficacité au profit d'une représentation plus équitable des communautés politiques et du respect des identités multiples³². Pour les Québécois, le Canada ne fut pas créé pour imposer une identité politique dominant toutes les autres ou pour simplement procéder à l'implantation d'institutions efficaces. D'un point de vue québécois, la première condition pour une fédération « efficace » était et demeure la reconnaissance d'un régime politique plus complexe³³. Plutôt que de voir cette exigence comme étant porteuse de division, ce point de vue privilégie la prise en compte de tensions naturelles afin d'y apporter des réponses favorisant la délibération et l'approfondissement de l'exercice démocratique en contexte de pluralisme national et communautaire.

Forts de cette exploration des principes sous-jacents au constitutionnalisme moderne et d'un retour sur les apports d'influents collègues quant à la métaphore de l'arbre vivant, nous tracerons maintenant à grands traits un portrait des tendances interprétatives au sein de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé et de la Cour suprême afin d'y relever certaines limites à la liberté qu'ont les tribunaux dans la détermination de la voie d'évolution qu'emprunte la fédération canadienne.

IV. L'arbre vivant, les tribunaux et le principe fédératif

Depuis la décision dans *Edwards*, la métaphore de l'arbre vivant a été invoquée à quelques reprises par le Comité judiciaire³⁴, et à une trentaine de reprises par la Cour suprême. Dans plusieurs cas, il s'agissait de décisions mettant en cause l'interprétation des droits et libertés enchâssés dans la Charte canadienne. À une dizaine de reprises toutefois, il s'agissait de décisions rendues en matière fédérative³⁵.

³² Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

³³ E. BROUILLET, préc., note 18.

³⁴ *Proprietary Articles Trade Association c. Procureur général du Canada*, [1931] A.C. 310, 324; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500, 517-518 et *A.-G. for Ontario v. A.-G. for Canada*, [1947] A.C. 127.

³⁵ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 16; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] R.C.S. 541; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66; *Consolidated*

A. Les grandes tendances interprétatives

Toute activité interprétative implique une certaine part de création. Les juges bénéficient toujours d'une certaine marge de manœuvre dans la détermination du sens des règles de droit. Cette discrétion prend toutefois des proportions considérables en matière constitutionnelle. D'abord, la généralité des termes utilisés dans les textes constitutionnels ouvre la porte à une pluralité de significations plausibles. Ensuite, les textes constitutionnels fournissent rarement des règles précises afin de résoudre des cas particuliers, ce qui amène les juges à suppléer au silence ou au laconisme de la lettre de la Constitution³⁶. Le degré d'imprécision du texte constitutionnel et son ancienneté influenceront grandement sur la marge de discrétion dont les juges bénéficieront dans la détermination du sens de ses dispositions.

En matière de différend fédératif, plus la marge de manœuvre est grande dans l'interprétation du texte constitutionnel, plus la Cour est susceptible d'occuper un rôle important dans l'évolution du régime fédératif et pourra se faire reprocher « de se substituer illégitimement au constituant en définissant [elle]-même les normes de référence ou en les actualisant³⁷ ». Le choix du paradigme interprétatif privilégié par la Cour dans la détermination du sens de la disposition controversée sera déterminant sur l'importance de son rôle dans l'évolution du régime et, incidemment, sur la question de sa légitimité.

Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters, 2009 CSC 53 (juges dissidents); *Reference re legislative powers as to regulation and control of aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663 (j. Cannon dissident); *R. c. Demers*, 2004 CSC 46 (j. Lebel dissident); *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327 (juges dissidents); *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56.

³⁶ Andrée LAJOIE, Pierrette MULAZZI et Michelle GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Yvan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1-110, dans lequel les auteurs démontrent que la jurisprudence constitutionnelle est influencée par les idées politiques en cours.

³⁷ Louis FAVOREU « La légitimité du juge constitutionnel », (1994) *Revue internationale de droit comparé* 557, 565.

L'on peut distinguer, pour l'essentiel, deux grands modes d'interprétation en matière constitutionnelle : les approches originaliste et évolutive évoquées en début de chapitre³⁸. Selon la première, la Cour doit accorder une grande importance à l'intention du constituant dans la détermination du sens d'une disposition du texte constitutionnel, en d'autres termes, elle doit chercher à établir sa signification originale et en tenir compte dans le processus d'adaptation du texte en fonction de l'évolution de la société.

Selon la deuxième, s'il existe une inadéquation entre, d'une part, le texte constitutionnel et, d'autre part, les conditions sociétales auxquelles il devrait s'appliquer, le juge s'autorise à décider des prescriptions constitutionnelles les plus souhaitables en regard de leurs effets. Il est clair que ce second paradigme interprétatif donne à la Cour constitutionnelle une marge d'appréciation beaucoup plus grande que celle que lui offre l'approche originaliste. S'il va de soi que de donner trop d'importance au sens qu'avaient les termes de la Constitution lors de son adoption ou au contexte qui prévalait à cette époque puissent empêcher l'adaptation nécessaire du texte aux conditions sociétales, il reste que de n'accorder aucun poids ou qu'un poids tenu à l'intention du constituant dans l'interprétation des règles réparatrices des compétences législatives peut être perçu comme ayant pour effet de dénaturer le pacte fédératif originaire et ainsi mettre en cause non seulement la légitimité de la Cour, mais surtout celle de l'ordre constitutionnel, en mettant à mal les principes de continuité, de consentement et de reconnaissance mutuelle dont nous avons traité plus tôt.

C'est ainsi que le Comité judiciaire a selon nous bien saisi cette nécessaire conciliation entre deux principes d'interprétation constitutionnelle, qui peuvent paraître à première vue contradictoires, mais qui en fait ne dicte qu'une seule façon de faire : savoir d'où l'on vient pour déterminer où l'on doit aller. La recherche de l'intention originaire permet à l'interprète de choisir la voie d'évolution qui doit être privilégiée. En somme, il ne devrait pas exister de dichotomie entre ces deux approches puisqu'elles sont complémentaires.

Que l'interprétation des textes constitutionnels doive permettre d'en adapter le sens à l'évolution des conditions sociétales ne peut être remis en cause. Il en va aussi de la préservation de la légitimité de l'ordre

³⁸ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 200 et suiv. ; Pierre CARIGNAN, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *Revue juridique Thémis* 32.

constitutionnel même³⁹. Particulièrement au sein des États qui peinent à exercer leur pouvoir constituant comme c'est le cas au Canada. La question qui se pose est plutôt celle des limites à cette adaptation effectuée par les tribunaux. Où s'arrête leur rôle légitime en régime démocratique et où commence la sphère de pouvoir qui doit être réservée aux organes politiques de l'État. Tel que nous l'avons précédemment mentionné, le Comité judiciaire référerait dès le départ dans sa célèbre métaphore à l'existence de limites naturelles à la croissance de l'arbre constitutionnel. En somme, la préservation de la légitimité de l'ordre constitutionnel appelle une constante recherche d'équilibre entre le respect de l'intention originaire du constituant et l'adaptation de la Constitution aux conditions sociétales changeantes.

On peut identifier un certain nombre de balises dont se sont servis les tribunaux afin d'encadrer leur rôle en matière d'interprétation constitutionnelle. On peut toutefois noter qu'elles ont eu tendance à devenir de moins en moins contraignantes au cours de l'histoire jurisprudentielle canadienne.

B. Le Comité judiciaire : les règles d'interprétation statutaire et le principe fédératif

Les analyses de la jurisprudence du Comité judiciaire eu égard à sa posture interprétative mettent généralement l'accent, avec raison d'ailleurs, sur son désir d'appliquer à la *Loi constitutionnelle de 1867* les mêmes règles d'interprétation que celles appliquées à l'interprétation dite des lois ordinaires. Parmi ces règles se trouve au premier rang le principe de l'interprétation littérale, lequel postule que le législateur ou le constituant s'exprime clairement et présume qu'il y a une adéquation entre les mots utilisés et le résultat visé. La recherche de l'intention du législateur ou du constituant doit donc avant tout se fonder sur la lettre de la loi. Si les mots utilisés ne sont pas clairs, c'est-à-dire lorsqu'il existe un doute quant au sens d'une disposition, il faut privilégier l'interprétation qui est la plus compatible avec l'ensemble du texte. En d'autres termes, les dispositions doivent se lire les unes par rapport aux autres de façon à donner

³⁹ La Cour suprême affirmait : « Une interprétation large et libérale, ou progressiste, garantit la pertinence et, en fait, la légitimité perpétuelle du document constitutif du Canada » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 16, par. 23.

effet à chacune d'elles. On peut considérer que ces principes interprétatifs prennent leur source dans des principes encore plus larges, tels ceux déjà évoqués de la continuité historique et du consentement.

Cette posture interprétative privilégiée par le Comité a fait dire à plusieurs auteurs canadiens-anglais, particulièrement à partir des années 1930 à la faveur de décisions déclarant invalides des tentatives du gouvernement fédéral d'intervenir en matière socio-économique, que le Comité avait empêché l'adaptation du texte constitutionnel aux nouvelles conditions économiques et sociales de la société canadienne⁴⁰. Il appert toutefois que ce n'était probablement pas tant une soi-disant incapacité du Comité judiciaire à faire évoluer le texte constitutionnel qui les enflammait, mais bien plutôt le sens que celui-ci donnait à cette évolution : pour eux, les nouvelles conditions commandaient la centralisation des pouvoirs entre les mains des autorités fédérales⁴¹, ce que n'avait pas permis la jurisprudence fédérative du Comité.

D'importants tempéraments avaient pourtant été apportés par le Comité au principe de l'interprétation littérale, permettant ainsi une interprétation constitutionnelle, certes principalement fondée sur la lettre de la loi, mais qui tenait également compte de l'environnement juridique global de la ou des dispositions en cause, de leur historique législatif, et de diverses présomptions légales, dont la présomption de constitutionnalité des lois.

⁴⁰ William P.M. KENNEDY, *Some Aspects of the Theories and Working of Constitutional Law*, Londres, Oxford University Press, 1932, p. 92-93; Vincent C. MACDONALD, « Judicial Interpretation of the Canadian Constitution », (1935-36) 1 *University of Toronto Law Journal* 260, 282; Bora LASKIN, « Peace, Order and Good Government – Re-examined », (1947) 25 *Canadian Bar Review* 1054, 1085.

⁴¹ Alan C. CAIRNS, « The Judicial Committee and Its Critics », (1971) 4 *Revue canadienne de science politique* 339. Le professeur Louis-Philippe Pigeon, avant qu'il ne devienne juge à la Cour suprême, écrivait quant à lui : « A great volume of criticism has been heaped upon the Privy Council and the Supreme Court on the ground that their decisions rest on a narrow and technical construction of the B.N.A. Act. This contention is ill-founded. [T]hey [the decisions] firmly uphold the fundamental principle of provincial autonomy: they staunchly refuse to let our federal constitution be changed gradually, by one device or another, to a legislative union. In doing so they are preserving the essential condition of the Canadian confederation » : Louis-Philippe PIGEON, « The Meaning of Provincial Autonomy », (1951) 24 *Canadian Bar Review* 1126, 1135.

Une analyse de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé révèle que le principe fédératif est celui qui l'a guidé dans l'interprétation et l'application des règles relatives au partage des compétences législatives. Le Comité s'est fait fort de le réitérer et d'en faire découler tous les postulats juridiques essentiels à sa survie et à son bon fonctionnement, en particulier, l'autonomie des parlements provinciaux dans les matières réservées à leur compétence législative exclusive. Dans sa tâche d'adaptation du texte constitutionnel à l'évolution de la société canadienne, le Comité travailla à une interprétation littérale soucieuse de respecter l'équilibre entre les pouvoirs législatifs provinciaux et fédéraux⁴². Ce faisant, le Comité judiciaire ne faisait que donner effet à la volonté exprimée par les concepteurs originaires du régime et couchée formellement dans le texte de la Constitution lui-même, dans son préambule comme dans son dispositif⁴³.

Ce n'est toutefois qu'au cours des années 1930, que le Comité judiciaire prend formellement acte de la nécessité de tenir compte de la nature constitutionnelle de la Loi de 1867 et d'ainsi l'interpréter d'une façon large et libérale, en ne reniant pas toutefois l'approche originaliste⁴⁴. Le texte de la Constitution continuait donc de jouer un rôle de tout premier plan.

Certains ont en effet souligné que le Comité était bien plus attaché au texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'à l'intention des pères fondateurs à proprement parler⁴⁵. À preuve, le Comité n'aurait pas, selon eux,

⁴² Par exemple, il utilisa le principe fédératif et la notion d'équilibre qui le sous-tend pour partager entre les deux ordres de gouvernement la compétence de légiférer afin d'incorporer en droit interne le contenu des traités internationaux, selon la matière visée dans ces ententes : *A.-G. for Canada c. A.-G. for Ontario*, [1937] A.C. 326. Pour une analyse approfondie, voir E. BROUILLET, préc., note 18, p. 218-253.

⁴³ Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) énonce que « les provinces [...] ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ». Quant au dispositif, il pourvoit bel et bien à la création d'un régime fédératif dans toutes ses acceptions juridiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, à un partage de la compétence législative entre deux ordres de gouvernement autonomes dans leurs sphères de compétence respectives : articles 91 à 95.

⁴⁴ Bradley W. MILLER, « Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree and the New Originalism », dans Grant HUSCROFT et Bradley W. MILLER (dir.), *The Challenge of Originalism : Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011.

⁴⁵ Voir, les diverses contributions rassemblées dans Eugénie BROUILLET, Alain-G. GAGNON et Guy LAFOREST (dir.), *La Conférence de Québec de 1864. Comprendre*

tenu compte de leur désir de créer un gouvernement central fort, pour plutôt décider de donner plein effet au partage des compétences et au principe fédératif couché dans le préambule de la Loi de 1867, reconnaissant ainsi l'égalité d'autonomie des ordres de gouvernement fédéral et provincial⁴⁶.

C. La Cour suprême, l'interprétation évolutive et le principe fédératif

À partir des années 1970, la Cour suprême s'est graduellement détachée de la méthode d'interprétation littérale au profit d'une méthode d'interprétation évolutive ou dynamique, disant ainsi inscrire son œuvre interprétative dans la longue tradition de l'arbre vivant. Le principe d'interprétation évolutive est, depuis quelques décennies, celui que favorise la Cour suprême du Canada en matière constitutionnelle en général, donc y compris en matière fédérative⁴⁷.

L'émergence de la fédération canadienne, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016.

⁴⁶ R.J. SHARPE et P.I. MCMAHON, préc., note 7, p. 5-6 :

For decades – and to the frustration of many Canadian politicians, lawyers, and legal scholars – the Judicial Committee had rarely felt bound by the framers' intentions to create a strong central government and did not hesitate to expand provincial powers as it saw fit, thus adapting the division of powers to suit changing circumstances within Confederation. Indeed, Viscount Haldane, a leading proponent of provincial rights and the Lord Chancellor behind some of the Judicial Committee's most contentious decisions, made no secret of the fact that the Privy Council had changed the shape of the Canadian constitution. He conceded that the original objective of the BNA Act was "to make the Dominion the centre of government in Canada, so that its statutes and its position should be superior to the statutes and position of the Provincial Legislatures." But as Haldane proudly explained, the Privy Council put clothing upon the bones of the Constitution, and so covered them over with living flesh that the Constitution of Canada took a new form. The provinces were recognized as of equal authority co-ordinate with the Dominion, and a long series of decisions were given by [Haldane's predecessor Lord Watson] which solved many problems and produced a new contentment in Canada with the Constitution they had got in 1867.

⁴⁷ Dans l'arrêt *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 412, la Cour suprême affirme qu'il faut considérer « une constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution ». Quelques années plus tard, dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 365-366, elle énonce explicitement que l'interprétation de la Charte canadienne doit être évolutive et dynamique, faisant référence à la métaphore de l'arbre vivant du Comité judiciaire. Voir également, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, par. 11. La même année, dans la décision *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155, elle réitère son attachement à l'interprétation évolutive de la

Dans plusieurs décisions, la plus haute cour canadienne a pris soin de rappeler que l'interprétation évolutive ne permettait pas pour autant à la Cour de faire fi du texte constitutionnel et de l'intention originaire. Elle affirmait ne pas avoir « pour autant carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige. L'analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition⁴⁸ ». Dans une autre décision, la Cour rappelait la nécessité, pour les tribunaux, de chercher, dans ce « processus délicat et constant d'ajustement [des] dispositions constitutionnelles », à « maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude⁴⁹ ».

Il reste cependant qu'en matière de partage des compétences législatives, la Cour a essentiellement favorisé une interprétation qui met à mal la conception essentiellement dualiste du fédéralisme initialement adoptée par le constituant et, à certains égards, l'équilibre des pouvoirs qui en découlait.

Sur le plan de l'interprétation des titres de compétences eux-mêmes, la Cour affirmait dans une décision rendue en 1980 relativement au pouvoir de taxation que « si la Constitution canadienne doit être considérée comme un “arbre” et que la compétence législative est “essentiellement dynamique” [...], alors la détermination des catégories qui existaient en 1867 ne présente en somme qu'un intérêt historique⁵⁰ ».

En 2009, la Cour suprême a eu l'occasion de réitérer sa préférence pour le principe d'interprétation évolutive. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23⁵¹, la Cour suprême était appelée à examiner la validité constitutionnelle de dispositions législatives fédérales relatives aux congés parentaux. Il s'agissait de déterminer si ces

Constitution, cette fois dans son ensemble. Dans cet arrêt, la Cour fait une fois de plus référence à l'analogie entre la Constitution canadienne et un arbre vivant imaginée par Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards v. A.-G. for Canada*, préc., note 9. Voir, au même effet, *R. c. Beauguard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 81. Mentionnons par ailleurs que dans *Edwards*, Lord Sankey avait pris soin de souligner qu'il ne considérait pas alors la question du partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement.

⁴⁸ *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, par. 40.

⁴⁹ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, préc., note 47, par. 11.

⁵⁰ *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466, 479.

⁵¹ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 35.

dispositions⁵² empiétaient sur la compétence des provinces relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée⁵³ ou si elles relevaient de la compétence fédérale de légiférer relativement à l'assurance-chômage⁵⁴. La Cour privilégia alors le principe d'interprétation évolutive afin de cerner l'étendue de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, sans égard à l'intention originelle du constituant. La Cour d'appel du Québec, qui avait plutôt privilégié une approche originaliste, avait conclu que la preuve présentée démontrait clairement que la modification constitutionnelle de 1940 par laquelle était transférée la compétence des provinces sur l'assurance-chômage au Parlement fédéral, ne visait pas à élargir la compétence de ce dernier à des mesures de bien-être et de sécurité sociale, relevant des provinces. Si tel avait été le cas, ces dernières auraient refusé d'acquiescer à la modification constitutionnelle⁵⁵. Selon la Cour d'appel, le principe d'interprétation évolutive ne peut être appliqué en faisant fi de l'intention du constituant en 1940⁵⁶.

Cette hiérarchisation des principes d'interprétation, c'est-à-dire cette primauté accordée par la Cour au principe d'interprétation évolutive vis-à-vis l'approche originaliste, heurtait de front l'intention du constituant eu égard à l'équilibre des pouvoirs désiré en 1940 en matière sociale.

De façon plus générale, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a eu pour effet, au cours des décennies, d'élargir significativement la compétence fédérale relative aux échanges et au commerce et au droit criminel⁵⁷. Il en fut de même également quant aux pouvoirs généraux du Parlement fédéral⁵⁸. Le Comité judiciaire avait quant à lui favorisé une interprétation plutôt restrictive de certains titres de compétence fédéraux

⁵² *Loi sur l'assurance emploi*, L.C. 1996, c. 23, art. 22 et 23.

⁵³ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 43, par. 92 (13) et 92 (16).

⁵⁴ *Id.*, par. 91 (2A).

⁵⁵ *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, (2004) R.J.Q. 399 (C.A.), par. 73.

⁵⁶ *Id.*, par. 92.

⁵⁷ Voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65 ; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 ; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

⁵⁸ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 47 ; *R. c. Crown Zellerbach Canada ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

qui auraient pu vider d'une large part de leur contenu des titres de compétence provinciaux.

Ces interprétations extensives n'ont toutefois pas empêché les tribunaux de confirmer, au fil des décennies, la validité de plusieurs interventions législatives provinciales en vertu des titres énumérés eux-mêmes ou des pouvoirs accessoires ou encore de déclarer invalides des normes fédérales. Ces décisions n'ont toutefois pas amené la Cour suprême à élargir les titres compétences provinciaux au-delà des paramètres que la jurisprudence leur avait traditionnellement tracés. Cette asymétrie dans l'interprétation judiciaire des titres de compétence fédéraux et provinciaux est en bonne partie attribuable à l'omniprésence de la valeur de l'efficacité dans la jurisprudence fédérative qui favorise l'ordre de gouvernement fédéral au détriment de la diversité régionale⁵⁹. La valeur de l'efficacité se trouve en effet au centre de la portée donnée par la Cour suprême à la doctrine de l'intérêt national, à la doctrine des pouvoirs accessoires et à la compétence fédérale sur le commerce en général. Toutefois, dans tous ces cas et contrairement à la notion européenne de subsidiarité, elle ne jouera ici que dans un sens ascendant, engendra des effets permanents et pourra s'appliquer à des matières non attribuées à la compétence du Parlement fédéral⁶⁰.

Toutefois, en 2009, la majorité de la Cour optait pour une interprétation restrictive de la compétence fédérale en matière de transport extra-provincial en se fondant sur une analyse historique de son objet⁶¹, ce que lui reprochèrent les trois juges dissidents⁶². Elle résista également à la

⁵⁹ Jean LECLAIR, «The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity», (2003) 28 *Queen's Law Journal* 411.

⁶⁰ Eugénie BROUILLET, «Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box?», (2011) 54 *Supreme Court Law Review* 601.

⁶¹ *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, par. 39:

Toutefois, si les travaux et les entreprises tels que le réseau ferroviaire interprovincial revêtaient une importance particulière pour la nouvelle nation, cela ne changeait rien au fait que la diversité en matière de compétence était considérée comme la voie vers le développement économique de la nation. À mon avis, compte tenu du contexte historique du par. 92 (10) et de l'objectif qui le sous-tend, il faut respecter le choix de la diversité du pouvoir de réglementation en matière de travaux et d'entreprises si aucune raison ne justifie l'application de la compétence exceptionnelle du fédéral.

⁶² *Id.*, par. 89: «Les tribunaux canadiens n'ont jamais accepté l'“originalisme” qui se dégage de la description historique que mon collègue a faite du raisonnement qui valait en 1867.»

tentation d'élargir encore davantage la compétence fédérale en matière de commerce en général en déclarant invalide le projet de loi fédéral couvrant l'entièreté du domaine du commerce des valeurs mobilières relativement auquel la compétence provinciale est clairement établie depuis les années 1930. À cette occasion, elle rappelait bien à propos que « Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d'un État fédéral, ils ne peuvent l'emporter sur le partage des compétences ou le modifier. Le *Renvoi relatif à la sécession* a confirmé que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent qui exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d'un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces⁶³ ». Elle indiquait toutefois clairement qu'une réglementation fédérale plus ciblée en matière de valeurs mobilières pourrait se fonder sur d'autres titres de compétence et passer le test de constitutionnalité.

À cet affaiblissement, de la prise en compte de l'intention originaire, se joute au sein de la jurisprudence de la Cour suprême, une dilution du principe d'exclusivité des pouvoirs, principe pourtant au cœur du partage des compétences originaire. À la structure dualiste initiale du partage des compétences législatives, la Cour suprême a clairement fait succéder un fédéralisme coopératif encourageant les interventions légitimes des ordres de gouvernement dans leurs domaines de compétence, donc les chevauchements des lois provinciales et fédérales, créant ainsi de nombreuses zones de compétences concurrentes *de facto*. Selon la Cour, son rôle consiste donc à tenter d'établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements entre les ordres de gouvernement⁶⁴.

Si, en principe, le fait de maximiser les domaines d'intervention de chacun des ordres de gouvernement va dans le sens d'une égale protection de leur autonomie, il en va autrement en raison de l'existence d'un certain nombre de doctrines de mise en œuvre des règles relatives au partage des compétences législatives qui produisent des effets asymétriques : les doctrines de la prépondérance fédérale, des pouvoirs accessoires et des immunités interjuridictionnelles (ou doctrine de l'exclusivité des compétences)⁶⁵.

⁶³ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 35, par. 61.

⁶⁴ *Id.*, par. 24.

⁶⁵ *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13 ; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 57 ; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38 ; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 ;

Le temps du fédéralisme dualiste est révolu. Un retour en arrière est hautement improbable et probablement non souhaitable. Une saine coopération entre les différents ordres de gouvernement est en effet essentielle en régime fédératif⁶⁶. Toutefois, outre ses effets asymétriques sur les pouvoirs des ordres de gouvernement fédéral et provincial, le fédéralisme coopératif s'est développé en marge de la structure formelle de la Constitution de facture nettement dualiste et n'est pas, par conséquent, accompagné de mécanismes encadrant les interactions de plus en plus nombreuses entre les sphères de compétences des ordres de gouvernement. On peut penser ici au principe de loyauté⁶⁷ enchâssé dans la Constitution de certaines fédérations ou encore à des exigences de forme et de fond qui pourraient obligatoirement gouverner la conduite des affaires intergouvernementales. En l'absence de tels principe ou mécanismes, ces relations sont laissées aux aléas des jeux de pouvoir.

Dans deux avis consultatifs plutôt récents mettant en cause non pas le partage des compétences, mais des institutions fédératives, la Cour suprême a toutefois tenu compte de façon importante du contexte historique et de l'intention du constituant dans son interprétation du texte constitutionnel relativement à deux institutions généralement fondamentales en contexte fédératif, soit le Sénat et la Cour suprême. Elle a rappelé, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, toute l'importance de l'histoire pour mieux comprendre la structure globale du cadre constitutionnel du pays et son évolution⁶⁸ et a analysé les origines historiques du Sénat canadien afin de décider de la validité constitutionnelle de projets fédéraux

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, 2011CSC 44 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

⁶⁶ Sur certains principes pouvant guider une telle coopération, voir Hugo CYR, « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Canadian Federalism », (2014) 23 *Constitutional Forum* 20. Sur les dangers potentiels du principe de subsidiarité : E. BROUILLET, préc., note 60.

⁶⁷ Sur le principe de loyauté, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty », (2014) 23 *Constitutional Forum* 1.

⁶⁸ Déjà, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour suprême puisait notamment dans les origines historiques de la fédération canadienne des principes sous-jacents aux textes constitutionnels : « Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de

de modification fédérale unilatérale, dont la mise en place d'élections consultatives dans le cadre du processus de nomination des sénateurs. Elle rappelait alors que « les règles d'interprétation constitutionnelle exigent que les documents constitutionnels reçoivent une interprétation large et téléologique et qu'ils soient situés dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » et « que la Constitution possède une “architecture interne”, ou une “structure constitutionnelle fondamentale”⁶⁹ » qui ne peut être modifiée qu'en respectant les formules de modifications constitutionnelles prévues. C'est ainsi que la Cour concluait que la mise en place d'élections consultatives pour la désignation des sénateurs modifierait la Constitution du Canada en transformant de façon fondamentale l'architecture, en ce qu'elle « modifierait le rôle tenu par le Sénat dans notre ordre constitutionnel en tant qu'organisme législatif complémentaire responsable de porter un second regard attentif aux projets de loi⁷⁰ ».

Il en fut de même en 2014 dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*⁷¹ qui soulevait des questions fondamentales sur la place qu'occupe la Cour dans les ordres juridique et constitutionnel canadiens. Elle dut alors interpréter la disposition indiquant les catégories de personnes admissibles aux trois nominations devant provenir du Québec parmi les neuf juges qui composent la Cour. La Cour a recours à l'historique législatif de la disposition fixant les conditions de nomination des juges pour le Québec et conclut qu'elle exprime le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême en 1875, et conséquemment, qu'une interprétation téléologique de la disposition « doit refléter la conclusion de ce compromis et non saper celui-ci⁷² ». Or, selon la Cour, « L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art.6 protège à la fois le *fonctionnement*

son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle » (par. 32).

⁶⁹ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, par. 25-26. Voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, par. 19.

⁷⁰ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 69, par. 54.

⁷¹ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, préc., note 69.

⁷² *Id.*, par. 48.

et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada⁷³ ».

En somme, si la Cour suprême a peu tenu compte depuis quelques décennies des intentions du constituant canadien sur le plan de la conception du fédéralisme privilégié et sur le plan de l'interprétation des règles relatives au partage des compétences législatives, elle semble depuis quelques années être plus sensible à de telles considérations relativement du moins aux institutions fédératives.

Conclusion

La nécessité d'adapter les textes constitutionnels aux nouvelles conditions sociétales va de soi. Il s'agit plutôt de mettre en exergue la nécessité de balises dans l'exercice de cette tâche, sans quoi les titulaires du pouvoir judiciaire seront perçus comme usurpant le pouvoir constituant et sans quoi l'évolution du pacte ou de l'entente fédérative originelle sera l'apanage de la partie la plus forte d'un point de vue politique⁷⁴. Or, l'une de ces balises, de ces « limites naturelles » en matière d'adaptation du partage des compétences législatives aux conditions nouvelles, est l'intention du constituant de 1867 de créer au Canada une fédération, avec tout ce que ce choix implique au plan juridique, notamment le respect de l'autonomie des deux ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives exclusives. C'est ici que les principes discutés dans le présent chapitre prennent toute leur valeur.

Existente au pays des compréhensions assez différentes, pour ne pas dire divergentes, de ce qu'est le fédéralisme. Deux conceptions s'y sont développées en parallèle : une première, particulièrement présente au Canada hors Québec, est de nature territoriale et mononationale alors que la seconde, très présente au Québec, se fonde sur une compréhension plurinationale du pays. Se joute à cette divergence une compréhension généralement distincte, entre les Canadiens hors Québec et les Québécois, des origines du système politique. Pour les premiers, la fédération canadienne est d'abord et avant tout le fruit d'un acte impérial, alors que pour les seconds, elle est issue d'un pacte entre les trois collectivités territoriales originaires et entre des communautés nationales distinctes, pacte simplement ratifié

⁷³ *Id.*, par. 49.

⁷⁴ Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

par les autorités britanniques. La nature du régime originaire ne fait pas non plus consensus. De façon générale, si les premiers mettent l'accent sur ce qu'ils perçoivent être un système fédératif hautement centralisé⁷⁵, les seconds y ont vu la mise en place d'un véritable régime fédératif garant de la protection de l'autonomie de chacun des ordres de gouvernement. Enfin, la littérature canadienne-anglaise évalue généralement l'évolution du régime dans une perspective pragmatique et fonctionnelle axée sur l'analyse de l'efficience des politiques publiques, alors que la littérature québécoise adopte davantage une approche normative et s'attarde plutôt à mesurer le respect des règles répartitrices des compétences à la lumière du principe d'autonomie provinciale⁷⁶. Quoi qu'il en soit toutefois de ces visions divergentes, il reste que le Canada est bel et bien fondé sur le principe fédératif et que ce dernier implique, au plan normatif, un partage des compétences entre des ordres de gouvernement autonomes et coordonnés entre eux. Telle était bien l'intention du constituant de 1867. Or en contexte multinational, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital.

Pour Jackson, « In contrast to the American metaphor of a “living constitution,” or the Australian term, “living force,” the tree metaphor is one that draws attention to origins, to roots, as well as to the possibility of growth. It implies a connection with interpretation in older decisions and a more constrained view of the choices open to later generations—unlike animals that can migrate at will, plants (including trees), must grow from where they begin, and maintain contact with their roots for nourishment and health⁷⁷ ».

En bout de course, si la métaphore de l'arbre vivant recèle d'indéniables qualités, c'est qu'elle permet d'envisager l'évolution de l'ordre constitutionnel en constante relation avec ses principes fondateurs, cette nourriture fondamentale qui lui permet de croître dans le respect de son essence.

⁷⁵ Certains ont parlé de quasi-fédération : K.C. WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 18-20. Les deux éléments les plus fréquemment cités à l'appui de cette thèse sont le pouvoir de réserve du lieutenant-gouverneur (nommé par le gouverneur-général) à l'égard des projets de lois provinciaux et le pouvoir de désaveu de ces projets par le gouverneur général. Ces pouvoirs sont depuis longtemps tombés en désuétude par l'effet de conventions constitutionnelles.

⁷⁶ Sur ces différences : F. ROCHER, préc., note 22.

⁷⁷ V.C. JACKSON, préc., note 12, 954.

Tolstoï et les juges Beetz et Laskin : à la recherche du citoyen dans le discours judiciaire relatif au fédéralisme

Jean Leclair*

I. Le nationalisme méthodologique des juges Beetz et Laskin dans l'interprétation du partage des compétences	111
A. Le juge Beetz : une théorie juridique fédérale forgée à partir du texte de la Constitution	113
B. Le juge Bora Laskin : l'intuition au service de la négation du fédéralisme.....	121
II. La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> : un terreau fertile pour un fédéralisme sans citoyen	129
Conclusion : le fédéralisme du point de vue du citoyen	135

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

*La vérité ne fait pas tant de bien dans le monde
que ses apparences y font du mal.*

*Il est plus aisé de connaître l'homme en général
que de connaître un homme en particulier.*

François de La Rochefoucauld (1613-1680)¹

Dans ce texte, sera décrit, dans un premier temps, le nationalisme méthodologique auquel les juges Beetz et Laskin ont tous deux eu recours dans leur analyse respective du fédéralisme canadien. Par nationalisme méthodologique, j'entends cette posture épistémologique aux termes de laquelle le fédéralisme est envisagé du point de vue de l'État-nation et donc des gouvernements, plutôt que dans la perspective des membres de la communauté ou, plus exactement, des membres des communautés politiques cohabitant sur le territoire de la fédération.

Dans un deuxième temps, je tenterai de montrer de quelle façon le nationalisme méthodologique tant du juge Beetz que du juge Laskin a pu prendre appui sur la configuration particulière de l'ordre constitutionnel fédéral canadien, c'est-à-dire à la fois sur la facture même du document constitutionnel de 1867 et sur la dynamique toute canadienne que donne à notre fédération son caractère parlementaire.

I. Le nationalisme méthodologique des juges Beetz et Laskin dans l'interprétation du partage des compétences

La réflexion sur le fédéralisme, comme toute réflexion sur de grands ensembles, suppose une forme de réification conceptuelle. On ne demandera jamais à un géographe de nous faire un croquis de l'État canadien à une échelle de un sur un. Il lui faut conceptualiser, et donc atrophier, la réalité macroscopique en un objet qui se prête à l'étude. Mais cette réification, lorsqu'elle porte sur des groupes humains, se fonde toujours sur un *a priori* souvent non exprimé : l'unanimité des membres des groupes qu'on a choisi d'analyser. Le juge Beetz, par exemple, décrit le Québec comme

¹ François DE LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou Sentences et Maximes morales suivies de Portrait de La Rochefoucauld par lui-même*, Paris, Gallimard, 2012, p. 27 et 105.

une « minorité culturellement homogène »². Les citoyens de l'État-nation sont donc souvent présumés unanimes.

Dans son roman *Anna Karénine*, Tolstoï donne la parole à Constantin Lévine, un homme éduqué qui habite la campagne et travaille aux côtés des paysans, et Serge Ivanovitch, son demi-frère, un urbain jusqu'au bout des ongles, qui vient rendre visite au premier. Écoutons Tolstoï : « [L]'attitude de Serge Ivanovitch envers les paysans crispait un peu Constantin. Serge Ivanovitch prétendait aimer et connaître le peuple ; fréquemment, il bavardait avec les moujiks, sans gêne ni affectation, et de chacune de ces conversations il extrayait des données générales à l'avantage du peuple et qui prouvaient qu'il connaissait ce peuple. Pareille attitude déplaisait à Constantin Lévine. Pour lui, le peuple était le principal auxiliaire dans le labeur universel et, malgré tout son respect et une sorte d'amour fraternel pour le moujik [...] bien souvent, ... il s'irritait de l'insouciance, de la malpropreté, de l'ivrognerie, des mensonges des paysans. [...] Dire qu'il connaissait le peuple eût équivalu pour lui à dire qu'il connaissait les hommes. Il observait constamment et connaissait toutes sortes de gens et, dans le nombre, des moujiks, qu'il jugeait bons et intéressants »³.

Or, pour dire les choses simplement, dans leur examen des questions de fédéralisme, les juges Beetz et Laskin ne se sont intéressés qu'au peuple – pas le même, cela va de soi – plutôt qu'aux moujiks, soit dit sans vouloir nous vexer.

Toutefois, comme j'aimerais le démontrer, si tous les deux ont abordé le contentieux du partage avec une nation en tête – pour Beetz, la québécoise, pour Laskin la canadienne –, le juge Beetz a tout de même élaboré une théorie judiciaire fédérale subtile en raison de ce qui, pour lui, représentait une autre contrainte épistémologique d'importance : le texte de la constitution. Cet homme de texte et de logique a dû brider sa volonté de garantir l'intégrité de l'héritage laissé par le Conseil privé – héritage nécessaire afin, dit-il, de sauver le Québec de la noyade dans « une mer anglosaxonne, canadienne, et même nord-américaine »⁴ – en raison des contraintes

² Jean BEETZ, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans Paul-André CRÉPEAU et C.B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 113, à la page 113.

³ Léon TOLSTOÏ, *Anna Karénine*, t. 1, Paris, Flammarion, 1988, p. 323-324.

⁴ J. BEETZ, préc., note 2, à la page 130.

internes imposées par la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, plus spécifiquement en raison de la notion d'exclusivité des pouvoirs qui en est le cœur.

Quant au juge Laskin, il n'a jamais élaboré une théorie du fédéralisme. Sous le couvert d'une approche qui mêle le fonctionnalisme et le formalisme – formalisme qu'il a pourtant dénoncé tout au long de sa carrière universitaire –, il a tout mis en œuvre pour accorder le plus de pouvoir au Parlement central, porte-voix de la nation canadienne telle qu'entendue par lui, c'est-à-dire une communauté politique composée d'individus partageant le même attachement pour une forme de patriotisme constitutionnel, et rien d'autre. Contrairement au juge Beetz, il n'a jamais tenté de justifier sa prédilection pour le gouvernement central sur la base d'arguments de politique publique (*policy*).⁶

A. Le juge Beetz : une théorie juridique fédérale forgée à partir du texte de la Constitution

Dans un texte rédigé en 1966⁷ et intitulé *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, Jean Beetz, alors professeur de droit à l'Université de Montréal, s'est livré à ce qu'on pourrait appeler une sociologie historique du rapport des Québécois au fédéralisme canadien. Malgré sa facture sociologique, ce texte est une occasion pour lui d'y exposer un point de vue très clair à propos du rôle – ou plutôt du devoir – du juriste québécois. Celui-ci, dit-il, a pour fonction de protéger l'identité collective québécoise à l'encontre de l'inexorable « loi de centralisation » des fédérations⁸.

Les Québécois, dit-il, constituent une « collectivité minoritaire [...] culturellement homogène, concentrée dans un territoire, qui veut assurer la sauvegarde de son identité collective » et qui « doit se prémunir contre plusieurs sortes de périls »⁹. Le premier péril vient de la majorité et consiste

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁶ Dans un texte fort intéressant paru après la rédaction du présent article, la professeure Noura Karazivan oppose la conception territorialiste/analytique du fédéralisme de Jean Beetz à l'approche fonctionnaliste de Bora Laskin : « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières », (2016) 46 *Revue générale de droit* 419.

⁷ J. BEETZ, préc., note 2.

⁸ *Id.*, à la page 131.

⁹ *Id.*, à la page 113.

«à se voir imposer par [celle-ci] un cadre de pensée dont la forme, le style, la tradition sont étrangers à la minorité»¹⁰. Le deuxième péril «est intérieur ; il résulte de l'inaction de la minorité». Or, dit-il, alors que le deuxième péril ne peut être résolu que politiquement¹¹, ce sont «des moyens juridiques»¹² qui pourront nous garantir du premier. Comment ? En s'assurant que l'interprétation faite par le Comité judiciaire du partage des compétences, interprétation très favorable aux provinces, «restât inchangée le plus longtemps possible»¹³.

«Le Comité judiciaire, reconnaît-il, a élargi autant qu'il était humainement possible l'extension de l'article 92. Une province ne peut, sans modification constitutionnelle, espérer voir sa compétence augmenter»¹⁴. Tout en reconnaissant que «ces décisions auraient pu être différentes de ce qu'elles ont été [...] et que la discrétion dont jouissait le [Comité judiciaire] a[vait] servi l'intérêt des provinces plutôt que celui du pouvoir fédéral»¹⁵, le juge estimait néanmoins que le Comité judiciaire «a[vait] correctement interprété les articles 91 et 92»¹⁶. Le péril résidait en ce que la Constitution, souligne-t-il, «est juridiquement capable de la plus grande centralisation sans modification constitutionnelle. [...] Si la compétence fédérale semble presque indéfiniment expansible sans qu'il soit nécessaire de recourir à la modification constitutionnelle, celle des provinces, en revanche, semble avoir atteint sa limite»¹⁷. Il passe ensuite en revue tous

¹⁰ *Id.*

¹¹ Il s'est attaché à montrer comment le Québec a pris à bras le corps cette tâche. Il écrit, rappelons-le, en 1966, en pleine Révolution tranquille.

¹² J. BEETZ, préc., note 2, à la page 114.

¹³ *Id.*, à la page 119.

¹⁴ *Id.*, à la page 133.

¹⁵ *Id.*, à la page 119.

¹⁶ *Id.*, à la page 117, note 11 : «Je suis personnellement d'avis le [*sic*] Conseil privé a correctement interprété les articles 91 et 92 à ce point de vue, compte tenu des imperfections et même des contradictions du texte, que l'interprète ne peut supprimer, et dont il ne peut que s'accommoder.» Le caractère approprié ou inapproprié de l'interprétation donnée au partage des compétences par le Conseil privé a fait couler beaucoup d'encre. L'étude la plus célèbre sur cette question demeure encore celle d'Alan C. CAIRNS, «The Judicial Committee and Its Critics», (1971) 4 *Canadian Journal of Political Science* 301.

¹⁷ *Id.*, aux pages 131 et 133.

les dangers qui s'annoncent à l'horizon constitutionnel et dont la plupart, en passant, ne se sont pas réalisés¹⁸.

Mais par quels « moyens juridiques » le juriste québécois pourra-t-il défendre l'héritage intellectuel du Conseil privé et donc l'autonomie provinciale dont ce dernier a été le chevalier servant ? C'est dans un passage fameux que le futur juge Beetz professe sa foi dans les vertus de « l'esprit d'analyse » et de la « conceptualisation » et où il exprime sa méfiance à l'égard des approches fonctionnelles : « [L]e juriste québécois ne peut que se troubler devant l'attitude de certains juristes canadiens qui ou bien se contentent de critères surtout quantitatifs pour déterminer la validité des lois dont la constitutionnalité est mise en doute ou bien prennent plaisir à

¹⁸ Bien que le pouvoir résiduaire du fédéral ait été élargi dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, on n'a jamais depuis cette date eu recours à la théorie des dimensions nationales, et c'est plutôt l'opinion du juge dissident La Forest qui s'est imposée par la suite comme modèle de partage des compétences en matière de protection de l'environnement : voir Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 411 ; Jean LECLAIR, « The Elusive Quest for the Quintessential "National Interest" », (2005) 38 *University of British Columbia Law Review* 355 ; Jean LECLAIR, « La nature supraconstitutionnelle de l'ALÉNA et son impact sur la dynamique fédérale canadienne en matière de régulation de la protection de l'environnement », (2009) 39 *Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles* 171. Quant au deuxième volet du par. 91 (2), qui autorise la réglementation générale du commerce, quoiqu'il ait été ressuscité en 1989, sa portée a été sérieusement limitée dans le récent *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837. La notion de citoyenneté, quant à elle, n'a jamais servi de tremplin à un renforcement des pouvoirs fédéraux, sous réserve de l'usage limité et parfaitement légitime, d'un point de vue fédéral, qu'on en a fait dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. Enfin, il est vrai de dire que la compétence sur le droit criminel a connu une interprétation très généreuse, mais il en a été de même de la compétence des provinces de régir plusieurs domaines relatifs à la moralité publique. Bref, l'interprétation générale du par. 91 (27) n'a pas été synonyme d'un rétrécissement du champ de compétence des provinces : voir Jean LECLAIR, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en matière de droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement », (1996) 27 *Revue générale de droit* 137. Il faut toutefois reconnaître que, comme en témoigne l'adoption de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2 dont plusieurs dispositions ont été invalidées dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, le gouvernement fédéral semble vouloir faire du par. 91(27) le tremplin d'ambitieux programmes législatifs. Le pouvoir de dépenser, quant à lui, demeure un problème pour les gouvernements provinciaux. Quant à savoir si les citoyens de la province de Québec, par exemple, sont en désaccord avec l'usage qu'on en fait, c'est là une toute autre question.

souligner le degré considérable d'intuition qui entre en jeu dans l'interprétation judiciaire de la constitution. L'attitude de ces juristes constitue peut-être une description fidèle du processus d'interprétation constitutionnelle, mais lorsque l'on s'y complaît, elle peut provoquer une confusion entre la science politique et le droit, et entraîner une démission de l'esprit d'analyse et une renonciation à la conceptualisation, tous deux indispensables à la fécondité du droit. Or, d'un point de vue québécois, le droit [...] est indispensable à la sauvegarde de l'identité collective du Québec »^{19,20}.

Le professeur Jean Beetz fonde cependant peu d'espoirs dans cette capacité de l'esprit d'analyse de sauver du naufrage le vaisseau de l'État canadien. Pour lui, la « loi inexorable » de la centralisation appelle soit « l'éclatement ou la centralisation du Canada. Et la centralisation veut dire pour le Québec assimilation »²¹. L'espoir est pour lui d'autant moins de mise que, comme tous les penseurs qui tiennent l'État-nation comme le modèle « naturel » d'organisation étatique et pour qui le fédéralisme ne sera donc toujours qu'une créature handicapée, clopinant sur une souveraineté amputée, le juge Beetz est d'avis que « [l]e fédéralisme, en un certain sens, c'est l'absence de droit, c'est le vide politique au niveau le plus élevé »²². Il en est ainsi puisque, dit-il, « [d]ans une constitution fédérale comme celle du Canada, il n'y a aucun corps, aucune personne [...] qui ait le pouvoir [...] d'établir une priorité, un choix [...]. Une constitution fédérale interdit que ce choix soit fait par des institutions déterminées. Or gouverner, c'est choisir. La constitution interdit donc que l'on gouverne, elle décrète, pour certaines fins, le manque de gouvernement. Elle s'en remet, pour ces fins, à la force, et consacre la faillite de la règle de droit »²³. Curieuse conclusion, sauf si on admet avec lui qu'en l'absence de monisme politique et juridique, il n'existe point de salut.

¹⁹ J. BEETZ, préc., note 2, à la page 121.

²⁰ À propos de son rejet de l'approche intuitionniste et de sa prédilection pour la perspective analytique, voir N. KARAZIVAN, préc., note 6, aux pages 423-430.

²¹ *Id.*, à la page 137.

²² *Id.*, à la page 136.

²³ *Id.*, aux pages 136-137.

La conclusion du professeur Beetz n'est convaincante que si l'on accepte intégralement les présupposés du nationalisme méthodologique²⁴. Premier présupposé : l'État-nation est le modèle par excellence d'organisation politique du monde moderne. Il représente le principe organisationnel « naturel » et nécessaire de la modernité. Deuxième présupposé : la nation recouvre la société comme un drap contour le fait d'un matelas. La société entière fait donc corps avec la nation. Et enfin, l'État en est le seul porte-parole légitime. En conséquence, si la société se confond avec la nation, et si celle-ci parle par la bouche de l'État, l'étude des sociétés se confond alors avec l'étude de l'État-nation. Troisième présupposé : La nation n'est pas vue comme un être artificiel. Elle est présumée tirer son existence d'un processus historique quasi naturel et indépendant de volontés individuelles. Elle en vient sur le plan ontologique à être conceptualisée comme une entité subjective dont l'existence est indépendante de celle de ses membres ; elle cesse d'être un projet narratif pour constituer une autorité transcendante, antérieure et supérieure aux individus²⁵. Dernier présupposé : la consubstantialité entre la volonté de la nation et celle de l'État, fait porter toute l'attention sur l'activité et le discours des *gouvernements*. La nation québécoise et la nation canadienne parlent par la bouche des gouvernements québécois et canadien²⁶. Autrement dit, c'est

²⁴ Pour une description des tenants et aboutissants du nationalisme méthodologique, voir Jean LECLAIR, « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes », dans Dimitrios KARMIS et François ROCHER (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 209.

²⁵ Andrée Lajoie, dans son analyse de la pensée de Jean Beetz, souligne que, dans les écrits de ce dernier (comme de la plupart des juges), la société est « personnifiée » en ce sens qu'elle « devient un sujet en mesure de subir et d'agir » : Andrée LAJOIE, Stéphane PERRRAULT, Henry QUILLIAN et Armelle CHITRIT, « Jean Beetz : sur la société libre et démocratique », (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 509, 517.

²⁶ Ce genre d'approche manichéenne s'exprime par exemple dans les bilans mathématiques du genre « le gouvernement fédéral a remporté dix-huit victoires en Cour suprême et le Québec uniquement sept ». Comme le dit un auteur : « All counting and no weighing... » (David E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 29). Andrée Lajoie s'est spécialisée dans ce genre de bilan : voir Andrée LAJOIE, « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 365 et Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de

une perspective épistémologique qui fait peu, sinon pas de place, aux états de conscience ou à l'action des individus dans la constitution de ces agrégats collectifs que sont les nations.

Si on tient compte de l'époque à laquelle il écrit, la compréhension passablement manichéenne des rapports Québec/Canada entretenue par le professeur Beetz peut s'expliquer. Après tout, c'est un nationalisme militant d'une nouvelle mouture qui naît à cette époque et qui servira de ressort à l'émancipation du Québec à l'occasion de la Révolution tranquille²⁷.

Le nationalisme méthodologique du professeur Beetz sera par la suite troqué par le juge Beetz pour une forme d'autonomisme méthodologique. Et j'entends par là autonomisme provincial, bien sûr, mais également autonomisme fédéral. Cette posture intellectuelle s'explique par sa prédilection pour la conceptualisation, et plus spécifiquement pour une conceptualisation enracinée dans le texte de la constitution, malgré que ce dernier ait été « rédigé] dans un jargon d'hommes de loi besogneux, mais totalement insensibles à l'esthétique »²⁸.

Homme de texte, le juge Beetz va construire sa théorie judiciaire du fédéralisme sur les fondements d'une conception analytique de la notion

France, 2002. Je me suis d'ailleurs toujours demandé pourquoi on ne parlait pas de victoires ou de défaites *pour les provinces*, plutôt que simplement pour le Québec. Après tout, en limitant ou en étendant les pouvoirs du Québec au moyen d'une interprétation restrictive ou libérale de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour se trouve inmanquablement à restreindre ou étendre ceux de toutes les provinces. Pour une critique de l'analyse d'Andrée Lajoie, voir Jean LECLAIR, « Vers une pensée politique fédérale : la répudiation du mythe de la différence québécoise "radicale" », dans André PRATTE (dir.), *Reconquérir le Canada : un nouveau projet pour la nation québécoise*, Montréal, Éditions Voix parallèles, 2007, p. 39.

²⁷ Comme le souligne avec raison Katherine E. Swinton (*The Supreme Court and Canadian Federalism. The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990, p. 265) : « The spirit of Quebec in the 1960s described by Beetz is quite familiar, capturing Quebec's nationalism and its governments' wariness of federal encroachment on provincial jurisdiction. In this newly activist Quebec state, the Canadian constitution was a problematic document, because Québécois were (and are) inevitably concerned about the "law of centralization" which seems to operate in federal systems. [...] Centralization is anathema to many Québécois, for the state which they wish to see develop its full potential is the province, not the Canadian nation. » Voir également les pages 280 et 285.

²⁸ J. BEETZ, préc., note 2, à la page 117.

d'« exclusivité » et des différentes rubriques énumérées aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²⁹ Plutôt que de recourir à des démarches intuitives ou fonctionnelles pour résoudre les problèmes posés par le partage des compétences, le juge Beetz a cherché à identifier, dans l'abstrait, certaines des propriétés des concepts énoncés dans le texte de la Constitution³⁰. Sa fidélité à cette démarche analytique l'amènera donc à reconnaître aux *deux* ordres de gouvernement, leur pleine autonomie dans l'exercice des compétences que leur attribue la constitution. Pour le juge Beetz, et quoiqu'en pense Wittgenstein, les contraintes linguistiques existent bel et bien : « Si ce pouvoir est exclusif, [dit-il à propos de la compétence d'Ottawa sur les entreprises fédérales] c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents, mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément »³¹.

Toujours soucieux cependant de protéger l'autonomie des provinces, il posera un regard méfiant, mais analytiquement éclairé sur la théorie du double aspect. Il l'enracinera, ce qu'on n'avait jamais fait aussi clairement avant lui, non pas dans l'idée de pouvoirs concurrents, mais de pouvoirs exclusifs. Pour éviter que les champs de compétences fédérale et provinciale n'en viennent à se confondre et à ne pouvoir être départagés qu'au moyen du principe de la prépondérance fédérale, il a pris soin de redéfinir la théorie du double aspect comme manifestation et non comme négation du caractère *mutuellement exclusif* des compétences fédérales et provinciales³². Il s'agit là d'un tour de force conceptuel qui reconnaît donc

²⁹ En faisant référence aux travaux de Roderick A. MACDONALD relatifs à la doctrine de droit civil au Québec (« Understanding Civil Law Scholarship in Quebec », (1985) 23 *Osgoode Hall Law Journal* 573), K.E. SWINTON évoque l'idée intéressante que la prédilection du professeur et du juge Beetz pour l'approche analytique tient peut-être à l'influence exercée sur lui par la pensée systématique et logico-déductive propre à la doctrine civiliste (préc., note 27, p. 263, note de bas de page 10).

³⁰ Pour une description de cette approche, voir Jean LECLAIR, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 24 *Revue juridique Thémis* 661.

³¹ *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, par. 255.

³² *Id.*, par. 31 : « Il découle de cette théorie que deux règles ou ensembles de règles relativement semblables peuvent valablement se retrouver, l'une dans une législation relevant de la compétence fédérale *exclusive*, et l'autre dans une législation relevant de la compétence provinciale *exclusive*, parce qu'elles sont édictées pour des fins différentes et dans des contextes législatifs différents dont elles tirent des qualifications

aux deux ordres de gouvernement la capacité de régir un même sujet, mais uniquement dans l'exercice de leurs compétences exclusives³³.

En outre, cette approche analytique n'a jamais été bêtement logico-déductive. La préférence donnée par le juge Beetz aux revendications provinciales se fonde toujours, soit sur une analyse structurelle fort défendable de la constitution³⁴, soit sur un exposé des dangers qu'une conceptualisation trop généreuse et trop floue des pouvoirs fédéraux pourrait avoir sur l'équilibre constitutionnel³⁵.

Bref, «l'esprit d'analyse» du juge Beetz l'a porté à défendre l'héritage du Conseil privé, mais dans le respect de l'autonomie de toutes les parties à la fédération canadienne³⁶. Et, quoi qu'il en soit de l'autonomisme

distinctes» (mes italiques). Après avoir signalé que la théorie du double aspect doit n'être appliquée qu'avec une grande prudence, il ajoute : «La raison de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales. Rien ne pourrait contredire plus directement le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne. [...] La théorie du double aspect ne constitue ni une exception ni même un tempérament au principe de l'exclusivité des compétences législatives. Elle ne doit pas avoir pour effet de créer des champs de compétences conjointes, tels l'agriculture, l'immigration et les pensions de vieillesse et prestations additionnelles, dans lesquels le Parlement et les législatures peuvent légiférer sous le même aspect. Au contraire, la théorie du double aspect ne peut être invoquée que lorsqu'elle constitue une mise en œuvre du principe même de l'exclusivité des compétences. Comme son nom l'indique, elle ne saurait s'appliquer que dans les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale» (c'est le juge Beetz qui souligne).

³³ Sauf, bien sûr, lorsque le texte de la Constitution de 1867 prévoit lui-même des pouvoirs concurrents : voir les paragraphes 92A(2) et (3) (ajoutés en 1982) et les articles 94A et 95.

³⁴ Pour un exemple de cette approche structurelle, voir, par exemple, J. BEETZ, préc., note 2, à la page 117, note 11, ou encore le raisonnement qu'il adopte dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 31.

³⁵ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

³⁶ K.E. SWINTON est du même avis (préc., note 27, p. 259-260) : «Overall, [Beetz] was much more protective of provincial rights and, as a consequence, cautious about departing from precedents which provided safeguards for provincial autonomy. It would be misleading, however, to describe Beetz in one-dimensional terms—as the Quebec nationalist constantly on guard for the province's interests. His vision of the

dans lequel il a partiellement dissous son nationalisme, il n'en reste pas moins que, comme la plupart des constitutionnalistes de son époque, le juge Beetz envisage le fédéralisme du seul point de vue des gouvernements, sans jamais nous dire exactement le rôle que pourrait y tenir le citoyen ni quelle résonance ce type de régime pourrait avoir sur la façon dont ce dernier pourrait participer à la vie politique des communautés dont il fait partie.

B. Le juge Bora Laskin : l'intuition au service de la négation du fédéralisme

Le juge Laskin a certainement de grandes qualités, mais je laisserai à d'autres le soin d'en faire état³⁷. À la lumière des décisions qu'il a rendues en matière de partage des compétences, on ne peut conclure qu'une chose : le fédéralisme était pour lui une mécanique de distribution des pouvoirs encombrante qu'il fallait subir, et non l'expression institutionnelle d'une diversité sociale, culturelle et politique.

Ce n'est pas tant son biais criant en faveur de la centralisation qui choque³⁸, que sa manière de raisonner. Tout le monde convient que l'acte d'interprétation est un acte – balisé – de volonté et non un pur acte de

constitution was indeed guided by a concern for provincial autonomy, a value which he embedded in Canadian traditions and the language of the constitutional document, but his reading of that document was influenced by a classical vision of the federal system, which demanded respect for the autonomy of the federal, as well as the provincial governments in the areas of jurisdiction which the constitution allocated to each. In contrast to the functional approach to interpretation espoused by Laskin (which seemed to lend itself to the expansion of the central power), Beetz preferred a more conceptual approach to the interpretation of the constitution which would preserve exclusive areas of jurisdiction for both levels of government.»

Pour de plus amples information au sujet du juge Beetz, on pourra consulter : K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 259-271 ; William E. CONKLIN, «The Constitutional Prism of Louis-Philippe Pigeon and Jean Beetz», (1989) 30 *Les Cahiers de droit* 113 ; James C. MACPHERSON, «Justice Jean Beetz. A Rich Legacy and Enduring Legacy in Canadian Constitutional Scholarship and Jurisprudence», (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 762 ; Gérald-A. BEAUDOIN, «Jean Beetz et le partage des compétences législatives», (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 305 et N. KARAZIVAN, préc., note 6.

³⁷ Denise RÉAUME, «The Judicial Philosophy of Bora Laskin», (1985) 35 *University of Toronto Law Journal* 438.

³⁸ Pour un bilan jurisprudentiel du travail exécuté par le juge Laskin, voir K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 219-222.

connaissance. On a vu que les décisions du juge Beetz témoignent de sa vision particulière des communautés en présence, sinon en opposition selon lui, au sein de la fédération canadienne. Malgré tout, à plusieurs reprises, le juge Beetz a clairement fait état des intérêts fédéraux et provinciaux s'entrechoquant dans des litiges donnés. Il n'a pas caché la difficulté soulevée par le devoir de trancher entre ces intérêts. Je pense ici à ses décisions dans *Renvoi : Loi anti-inflation*³⁹, dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*⁴⁰, dans *Bisaillon c. Keable*⁴¹, dans *Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*⁴², dans *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*⁴³, et j'en passe.

Le nationalisme méthodologique du juge Laskin est aveuglant. Comme le souligne Katherine Swinton⁴⁴, ce dernier a la plupart du temps masqué sa préférence, pour ne pas dire sa prédilection⁴⁵, pour le gouvernement central, derrière le paravent d'arguments fonctionnels et une pluie de précédents judiciaires. À ma connaissance, il n'a strictement jamais évoqué la perspective provinciale d'un problème donné et l'on connaît tous le grand soin qu'il a pris de n'accorder aucune pertinence à l'histoire⁴⁶. Comme le dit Swinton en conclusion d'une étude de sa contribution à la réflexion sur le fédéralisme : « If he was aware of a competing vision [autre que centralisatrice], he did not address it in any depth in his writing – the

³⁹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 35.

⁴⁰ *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 31.

⁴¹ *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60.

⁴² *Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433.

⁴³ *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152.

⁴⁴ K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 219-220, 255 et 287-288.

⁴⁵ *Id.*, p. 222, note 22 : « If the decisions in past cases were centralist in tone, for example, there might be two messages from a judge's adherence to them : he or she might find them in sympathy with his or her perspective on federalism ; alternatively, the judge might be a faithful follower of past cases, even when those cases were not in the vein he or she preferred. With Laskin's judgements, one finds a willingness to depart from past doctrine, especially that set by the Privy Council, which illustrates a preference for a more centralized federal system. »

⁴⁶ *Id.*, p. 255. À ce titre, son raisonnement fondé sur le mépris de l'histoire dans *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206 est particulièrement choquant.

character of his academic and judicial work was formalist, legalistic and obscured the deliberate choices made for one level of government or another on grounds not articulated»⁴⁷. Son biographe Philip Girard abonde dans le même sens: «His division of powers decisions are the most opaque, doctrinal, and unsatisfying of his entire judicial repertoire. It is almost as if he felt unable to justify openly in policy terms his preference for federal jurisdiction, and was thereby reduced to the kind of judicial formalism he decried in others»⁴⁸.

Dans leur analyse de sa production jurisprudentielle relative au partage des compétences, aussi bien Swinton que Girard soulignent que le juge Laskin n'a jamais avancé la moindre justification permettant de fonder sa préférence marquée pour le renforcement des pouvoirs fédéraux⁴⁹. Swinton note également avec raison que ses jugements ne comportent aucune discussion du rôle et des intérêts des provinces dans la fédération⁵⁰. Comme le dit Girard, «by and large he treated it as axiomatic that the constitution leaned towards the Dominion»⁵¹. Noura Karazivan souligne que le souci du juge Laskin pour «l'efficacité législative et l'uniformité» l'a porté à gommer «d'autres valeurs, incluant la diversité régionale et la complexité de la mosaïque formée par les provinces et le gouvernement central.»⁵²

Philip Girard apporte toutefois des nuances au jugement très sévère de Katherine E. Swinton. Par justice pour le juge Laskin, il me semble important de citer en entier ce passage important :

[Laskin's] general approach to the division of powers while on the bench has not found much support in academe. In the most extensive study of Laskin's federalism decisions published to date, Professor Katherine Swinton found them unsatisfactory in both style and substance. According to her he cast his judgments in a formalist style that allowed him to ignore or obscure the true provincial interests at stake, contrary to his constant exhortations while an academic about the

⁴⁷ K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 257.

⁴⁸ Philip GIRARD, *Bora Laskin. Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, p. 204.

⁴⁹ *Id.*, p. 208, 460 et 462; K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 220, 254 et 257.

⁵⁰ K.E. SWINTON, préc., note 27, 213-214, 235, 240, 244, 246 et 254.

⁵¹ P. GIRARD, préc., note 48, p. 208.

⁵² N. KARAZIVAN, préc., note 6, p. 434.

need to identify policies and interests overtly. It is hard to refute this claim, especially when this opacity did not feature nearly so prominently in Laskin's non-constitutional jurisprudence. In the latter he often went beyond precedential exegesis and clearly identified the real issues involved. This dichotomy demonstrates an unwillingness rather than an inability to address the interests involved. It is almost as if Laskin felt he could not articulate persuasively the policy reasons favouring federal authority, and turned to the discussion of precedents to fill the gap. Whatever the defects in Laskin's reasoning, however, Professor Swinton arguably understates his contribution by failing to look at him as part of the Court as a whole. If it is true that Laskin's strongly centralist take on federalism has not survived him, it is also true that the emergent « balanced federalism » of the 1980s was a product of the clash of strongly centralist and strongly provincialist views present in the Laskin Court. It is as easy to wave the flag of local diversity as the flag of national concern. « Balance » implies a consideration and reconciliation of both perspectives, and Laskin's strong views on federal power in both trade and commerce and criminal law influenced Brian Dickson and through him, the subsequent evolution of Canadian constitutional law⁵³.

Denise Réaume propose une explication à cette énigme d'un homme convaincu que le droit devait servir des finalités « that express the character of our organized society », qui disait des juges qu'ils devaient être guidés par les « social consensus »⁵⁴ et qui, pourtant, comme professeur et comme juge, n'a jamais fait le moindre effort pour définir les caractéristiques de cette société organisée. Pour Laskin, suggère Réaume, cette démonstration était sans importance, puisqu'il raisonne à partir du présupposé ontologique suivant : selon lui, la société canadienne était relativement unanime sur la nature du ou des chemins à emprunter⁵⁵. C'est précisément

⁵³ *Id.*, p. 473.

⁵⁴ Bora LASKIN, « The Function of Law », (1973) 11 *Alberta Law Review* 118, 119.

⁵⁵ Voici ce que D. RÉAUME, préc., note 37, 462, affirme au sujet de la théorie de la société épousée par le juge Laskin : « The first clue lies in his statement that society has ends which express its organized character. This suggests a picture of a rather homogeneous community – one that has a single set of ends that apply to all its members so as to give it an organized character. It denies a view of society as consisting of individuals or perhaps groups, each acting out of self-interest and therefore without any common set of ends to bind them. This interpretation is supported by the ease with which he apparently thinks judges can tell just from looking at social or econo-

cette théorie implicite quant à la nature de la société canadienne qui, selon moi, explique son nationalisme méthodologique.

En toute justice pour le juge Laskin, il faut reconnaître, comme le soulignent son biographe⁵⁶ et Katherine Swinton⁵⁷, qu'il était, tout autant que le juge Beetz, un homme de son temps. Sa préférence pour le fédéral s'est enracinée très tôt en lui. Et, il faut bien l'admettre, elle n'était pas totalement incompréhensible. Au cours des années 1930, suite à l'invalidation du *New Deal* du Premier ministre Bennett par le Conseil Privé, l'autonomie des provinces était synonyme de laisser-faire et, dans bien des cas (en Ontario sous le régime de Mitch Hepburn, en Alberta sous celui de William Aberhart et au Québec sous la férule de Maurice Duplessis), d'un conservatisme social étouffant. Pour Laskin, comme pour d'autres (pensons à Frank Scott), le salut passait donc par un gouvernement central fort. Ce qu'on peut lui reprocher toutefois, c'est de n'avoir pas pris en considération la remarquable modernisation qu'on connut plusieurs sociétés provinciales à partir des années 1960, à commencer par celle du Québec.

En outre, sa méfiance à l'égard du communautarisme et sa préférence pour une forme de patriotisme constitutionnel favorable au point de vue du gouvernement central plutôt que des gouvernements régionaux ne

mic condition show to interpret a statute or adapt the common law. No careful examination is ever made of this source of information, and it seems to be assumed that these conditions themselves, perhaps with a little help from expert witnesses, and the implications to be drawn from them, will be obvious. The judge's job might be this straightforward if "social" conditions meant conditions which affect the whole of society – if everyone shared the same problems and would benefit from the same solution. But if social life is, in fact, more complex, with some groups being more or less disadvantaged than others, the court could be faced with a choice which involves difficult and contentious value judgments. The nature of that choice would then have to be scrutinized much more carefully than it is by Laskin. A further indication of the general character of his theory of society comes from his view that courts should be guided by social consensus in their creative common view as to when change is required and what direction it should take. There is little discussion of the potential for deep conflict of interest in society, apart from a warning not to resort to 'mass confrontation' because this would be to "turn our back on reason and rational discussion and uncoerced choice, upon which our political system rests." Thus any conflict which does arise is treated as resolvable by appeal to reason because this is what underlies "our" political system ».

⁵⁶ P. GIRARD, préc., note 48, p. 215-221.

⁵⁷ K.E. SWINTON, préc., note 27, p. 224-225.

sont peut-être pas si étonnantes venant de quelqu'un qui a toujours été profondément attaché à son identité juive, très actif dans sa communauté culturelle/religieuse d'origine et assidu du *proseque*. C'est une très forte identité que celle-là, avec une diaspora étendue, qui n'a pas besoin d'un État-nation pour exister, et qui tend à favoriser partout (sauf en Israël) un État libéral exempt autant que possible de toute coloration communautaire.

Quoi qu'il en soit de ses motivations profondes, il demeure que le professeur et juge Laskin a toujours eu un penchant centralisateur. On ne s'étonnera donc pas d'apprendre qu'il a toujours jugé très sévèrement l'héritage du Conseil privé. Il est juste de reconnaître, comme le juge Beetz lui-même l'admettait, que le Conseil privé est allé très loin. On pourrait même reprocher au Conseil son approche parfois radicalement logico-déductive. Néanmoins, il est stupéfiant de voir le juge Laskin lancer comme il le fait la pierre à Lord Haldane. Je pense qu'on peut en toute justice retourner contre Laskin le reproche qu'il faisait au juriste anglais : « Here is the arbiter *sans peur et sans reproche* ready to solve any problem by a prepared formula, invariable in its compounds, regardless of the matter to be solved; not for him any stress or doubts such as have agitated the minds and hearts of great constitutional judges in other federal countries. He has fashioned the Procrustean bed; let the constitution, the British North America Act, lie on it »⁵⁸.

Pour le juge Laskin aussi le fédéralisme n'est donc pas une affaire de citoyens puisque, en raison de l'homogénéité présumée de la société canadienne, les citoyens sont tous du même avis, c'est-à-dire de celui des gouvernements ou, plus exactement, d'un gouvernement.

Si j'ai voulu mettre en évidence l'autonomisme méthodologique du juge Beetz et le nationalisme méthodologique du juge Laskin, c'est avant

⁵⁸ Bora LASKIN, « "Peace, Order and Good Government" Re-examined », (1947) 25 *Canadian Bar Review* 1054, 1077. On pourrait aussi lui appliquer ce jugement sévère qu'il porte sur le travail du Conseil privé (1086) : « My examination of the cases dealing with the Dominion's general power does not indicate any inevitability in the making of particular decisions; if anything, it indicates conscious and deliberate choice of a policy which required, for its advancement, manipulations which can only with difficulty be represented as ordinary judicial techniques. »

tout pour montrer qu'ils rendent difficile, pour ne pas dire impossible, une réflexion sur le fédéralisme envisagée du point de vue du citoyen.

Certains me répondront qu'il va de soi que le fédéralisme canadien s'intéresse uniquement à la coexistence de groupes politiques, puisque la fédération canadienne s'est historiquement construite sur le fondement de luttes entre des entités *collectives*. Or c'est la nature de ces entités collectives en lutte les unes avec les autres qui détermine les deux grandes perspectives sur le fédéralisme canadien qui, encore aujourd'hui, sont en tension l'une avec l'autre.

Aux termes de la première perspective, le fédéralisme *territorial*, le fédéralisme est envisagé comme un mode de partage des pouvoirs entre un gouvernement central et dix gouvernements fédérés, tous indépendants les uns des autres. Dans cette perspective, les entités fédérées se mesurent les unes par rapport aux autres dans leur rapport avec le gouvernement central. La deuxième perspective, le fédéralisme *sociologique ou culturel*, met l'accent cette fois sur la configuration particulière des groupements sociaux et culturels présents sur le territoire de la fédération et sur les rapports qu'ils entretiennent entre eux. Dans cette perspective, le fédéralisme n'est plus simplement un mode de répartition des pouvoirs sur un territoire donné. Sa pertinence s'évalue en fonction de sa capacité à accommoder la singularité culturelle des uns et des autres, plus spécifiquement la différence canadienne-française, québécoise ou autochtone. Ainsi, sur la foi de la conception arithmétique de l'égalité qui anime le fédéralisme *territorial*, certains canadiens-anglais ont réclamé une plus grande uniformité de traitement entre les provinces. À l'inverse, excipant d'une conception géométrique de l'égalité – à chacun selon ses mérites et ses besoins –, le Québec, au nom du fédéralisme *sociologique ou culturel*, a réclamé d'être traité conformément à ce que sa spécificité exigeait.

Mon objectif n'est pas ici de nier – ce qui serait ridicule – l'importance de ces perspectives. Je veux simplement souligner que les présupposés épistémologiques qui les sous-tendent, en particulier l'unanimité présumée des provinces ou des nations canadiennes ou québécoises à laquelle elles réfèrent, ne leur permettent pas d'expliquer certains phénomènes autrement qu'en termes d'anomalies.

Dans la perspective nationaliste canadienne-anglaise de Laskin, le fédéralisme canadien n'aurait de sens que si les provinces étaient réduites au statut de municipalités, car nous sommes Canadiens avant tout. Dans la perspective nationaliste québécoise, le fédéralisme canadien serait une bonne chose s'il signifiait que la nation canadienne-anglaise est assujettie

à l'autorité du fédéral et la nation québécoise à l'autorité du Québec. Bref, parce que les nations – qu'elles soient québécoise ou canadienne – se nourrissent d'unanimité, elles peuvent donc difficilement tolérer des rivales.

L'idée qu'un *citoyen* puisse vouloir appartenir *simultanément* aux communautés politiques québécoise et canadienne⁵⁹ apparaît aux tenants de ces deux approches comme une « anomalie » qui ne s'insère pas dans le « paradigme » nationaliste, pour reprendre le vocabulaire de Thomas Kuhn⁶⁰. Il s'agit d'une hérésie que seule une évangélisation appropriée – à saveur canadienne ou québécoise, selon le point de vue – saura éliminer.

Pour que cette anomalie cesse d'en être une, il faut nécessairement déplacer la lunette épistémologique du collectif vers le particulier. Je ne soutiens pas ici que le choix de nos attachements politiques se fait d'une manière froidement mécanique. Au contraire, il va de soi que nous sommes tous en partie socialisés par le milieu où nous avons vu le jour. Toutefois, socialisation ne veut pas dire déterminisme. Le citoyen n'a pas l'âme visée sans condition à celle de la communauté où il a vu le jour. Il peut choisir d'être partie à une autre communauté dans le but d'y poursuivre, avec d'autres, une conception de la vie bonne (« the Good »), dont le sens n'est pas toujours dicté par un impératif identitaire national. Pourquoi un citoyen ne pourrait-il légitimement soutenir *simultanément* deux ordres de gouvernement, fédéral et provincial, afin qu'ils s'attaquent, par exemple, à la lutte contre les changements climatiques ? Pourquoi ce même citoyen ne pourrait-il légitimement reconnaître à sa province une compétence de principe en matière de santé, tout en approuvant les critères d'accessibilité, de gratuité et d'universalité imposés par le fédéral en ce domaine ?

Je n'ai trouvé qu'une seule formulation judiciaire de la perspective fédérale que je défends ici. Elle figure dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « La fonction du fédéralisme est de permettre aux *citoyens* de faire partie *simultanément* de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral »⁶¹.

⁵⁹ Pour des motifs qui peuvent n'avoir rien à voir avec une volonté de communier avec le « peuple » québécois ou canadien.

⁶⁰ Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, p. 82-99 (Chapitre V, intitulé : « Anomalie et apparition des découvertes scientifiques »).

⁶¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 66 (mes italiques).

J'ai exposé cette thèse fédérale dans d'autres textes et ne m'y arrêterai donc pas ici⁶². Mon objectif aujourd'hui consiste plutôt à montrer que la structure de la Constitution de 1867, et plus spécifiquement le caractère *parlementaire* de la fédération qu'elle met en place, militait et milite toujours en faveur d'une exclusion du public et des citoyens de la réflexion politique et constitutionnelle sur le fédéralisme.

II. La Loi constitutionnelle de 1867 : un terreau fertile pour un fédéralisme sans citoyen

Plusieurs facteurs ont concouru à écarter le citoyen en tant que partie prenante de l'ordre constitutionnel fédéral canadien. Ces mêmes facteurs ont contribué à faire du fédéralisme un simple mécanisme de distribution de pouvoirs, sans plus, et non un mode singulier de double participation citoyenne à la vie politique, économique, sociale et culturelle d'un État.

Dans un premier temps, le texte constitutionnel de 1867 ne dit mot de l'identité du constituant.⁶³ On connaît bien sûr la controverse entourant les allégations de «pacte entre les provinces» ou de «pacte entre deux nations». Ces deux théories, dont la deuxième a pourtant été rejetée par la Cour suprême à deux reprises dans les années 1980⁶⁴, semblent avoir repris du galon dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶⁵ et les

⁶² J. LECLAIR, préc., note 26; J. LECLAIR, préc., note 24; Jean LECLAIR, «Le fédéralisme : un terreau fertile pour gérer un monde incertain», dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 21; Jean LECLAIR, «“Daddy, Is the Sky Higher Than the Ceiling?” Roderick Alexander Macdonald's Federal Epistemology and Ontology», dans Richard JANDA, Rosalie JUKIER et Daniel JUTRAS (dir.), *The Unbounded Level of the Mind: Rod Macdonald's Legal Imagination*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 63-72 et Jean LECLAIR, «Penser le Canada dans un monde désenchanté : réflexions sur le fédéralisme, le nationalisme et la différence autochtone», (2016) 25 *Constitutional Forum* 1.

⁶³ Sur cette question, voir Jean LECLAIR, «Constitutional Principles in the *Secession Reference*», dans Nathalie DES ROSIERS, Patrick MACKLEM et Peter OLIVER (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press [à paraître].

⁶⁴ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 et *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

⁶⁵ Préc., note 61.

récents avis consultatifs relatifs à la Cour suprême et au Sénat⁶⁶. Ces controverses sont précisément le fruit du silence de la constitution quant à l'identité du constituant.

En 1867, nulle tentative n'a été faite pour solliciter l'approbation de la population du Canada en devenir. En fait, les Pères de la Confédération se méfiaient de la démocratie. Le fédéralisme, pour eux, contrairement à leurs homologues américains, visait uniquement à diviser le pouvoir souverain, et non à le limiter⁶⁷. Ils n'entendaient pas engendrer un ordre nouveau, mais remédier aux problèmes du passé⁶⁸. Enfin, la Constitution de 1867 étant la créature du Parlement britannique, il revenait à ce dernier, sur le plan juridique, d'en modifier la portée. Cette subordination, quoique de plus en plus mal tolérée avec le temps, a eu pour effet de retarder pendant plusieurs décennies toute discussion sérieuse sur la nature du titulaire du pouvoir constituant et du rôle qu'y tiennent ou n'y tiennent pas les citoyens.

Dans un deuxième temps, le texte de la Constitution de 1867 fait grand cas du partage des compétences, des institutions législatives et judiciaires fédérales et provinciales, mais elle ne dit mot du pouvoir exécutif. Le préambule se contente de rappeler que quatre colonies ont décidé de « contracter une Union Fédérale [...] avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Les questions de formation et de fonctionnement du gouvernement seront donc régies par les règles non écrites du parlementarisme britannique, tout particulièrement par les principes de responsabilité et de solidarité ministérielles sur lequel je reviendrai plus loin⁶⁹.

⁶⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 et *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704; voir également Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back: The Revival of the Compact Theory of Confederation by the Supreme Court », (2016) 53 *Osgoode Hall Law Journal* 799.

⁶⁷ Richard SIMEON, « Is Federalism Like Snow, and Is It Exportable? Some Cautionary Note on the Study of Federalism », dans Karlo BASTA, John MCGARRY et Richard SIMEON (dir.), *Territorial Pluralism: Managing Difference in Multinational States.*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2015, p. 99, à la page 107: « The Canadian founders were monarchists and parliamentarians deeply suspicious of mass democracy. They were prepared to divide sovereignty, but not to limit it. »

⁶⁸ D.E. SMITH, préc., note 26, p. 45.

⁶⁹ À propos des règles applicables à la formation du gouvernement, lire Hugo CYR, « De la formation du gouvernement », (2013) 43 *Revue générale de droit* 381.

Autrement dit, le texte de la Constitution de 1867 est silencieux quant aux questions qui, pour le commun des mortels, évoquent l'idée même de gouvernement et de démocratie⁷⁰ : quels sont les responsabilités et les privilèges reconnus aux parlementaires ? quelles sont les règles régissant la formation du gouvernement ? de quelle nature sont les rapports entretenus entre la Couronne et le gouvernement ? La Constitution de 1867, à tout le moins symboliquement, jette donc dans l'ombre les questions de représentation et de démocratie. En laissant jouer les règles du parlementarisme, elle ne fait pas du fédéralisme un moyen de limiter le pouvoir exécutif, au contraire.

De plus, comme en règle générale les règles du parlementarisme ne sont pas du ressort des tribunaux, toute l'attention des juges a été focalisée sur le texte de la constitution, donc uniquement sur la question du partage des compétences. La non-justiciabilité du parlementarisme a également eu pour conséquence qu'aucun examen sérieux de son interaction avec le fédéralisme n'a été entrepris par les tribunaux⁷¹. Le fédéralisme a donc été appréhendé, non pas comme un outil de gouvernance, mais plutôt comme un simple instrument de répartition des pouvoirs.

La dynamique judiciaire a pour caractéristique principale de toujours produire un perdant et un gagnant. Elle a ainsi contribué à cultiver l'idée du fédéralisme comme synonyme d'éternels affrontements entre gouvernements ou nations. La fascination exercée par le contentieux du partage – surtout au Québec – est si grande qu'on en vient à croire que les conflits de juridiction sont les seuls à avoir défini l'éthos fédéral canadien. Enfin, comme on l'a vu,⁷² la dynamique judiciaire encourage également les évaluations quantitatives par opposition aux qualitatives⁷³. Ce faisant, elle

⁷⁰ D.E. SMITH, préc., note 26, p. 40.

⁷¹ « [W]e in Canada are suffering from a literary theory of our constitution. It prevents us from realizing how British institutions when transplanted to America actually work. » : Frank UNDERHILL, « The Cabinet and Leadership », (1930), cité par D.E. SMITH, préc., note 26, p. 42.

⁷² Voir *supra* note 28.

⁷³ Willilam S. LIVINGSTONE, « A Note on the Nature of Federalism », (1952) 67 *Political Science Quarterly* 81 : « How much power does the central government have and how much power do the local units have ? This attempt to quantify power seems to be characteristic of the juridical approach to the problems of federal government ».

occulte le fédéralisme, entendu comme « an arrangement for living that affects culture, politics, economics and society »⁷⁴.

En outre, en affirmant le caractère mutuellement *exclusif* des pouvoirs accordés, le libellé du texte de la Constitution de 1867 cultive, dans l'esprit du public, l'idée que le fédéralisme est un jeu à somme nulle qui n'intéresse que les gouvernements. Il est vrai que, par la théorie du double aspect qui a depuis longtemps supplanté la théorie dites « des compartiments étanches », l'exclusivité n'est plus un obstacle à la réglementation par les deux ordres de gouvernement d'une même matière. En fait, depuis plus de dix ans maintenant, la Cour suprême a invoqué à plusieurs reprises l'idée de fédéralisme coopératif afin de limiter les doctrines de droit constitutionnel (théories de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale) favorables à une centralisation des pouvoirs⁷⁵. Néanmoins, pour le commun des mortels, toutes ces nuances à propos de la notion d'exclusivité ne sont pas toujours faciles à saisir. Les juges et le public sont, pour ainsi dire, séparés par la même langue.

Coincée dans le carcan des articles 91 et 92, la réflexion judiciaire sur le fédéralisme pouvait donc difficilement s'épanouir. Ce n'est d'ailleurs qu'une fois désarticulé de cette matrice textuelle et clairement mis en opposition au principe démocratique que le principe fédéral a pu être abordé dans une perspective autre que celle des gouvernements⁷⁶.

Ajoutons à cela que le contentieux du partage a pendant longtemps été le point focal de la réflexion canadienne sur le fédéralisme. Cette obsession pour le « qui perd ? qui gagne ? » ne commencera à s'estomper qu'au

⁷⁴ D.E. SMITH, préc., note 26, p. 16.

⁷⁵ Si la Cour suprême a usé maintes fois de la notion de fédéralisme coopératif afin d'*interpréter* la Constitution d'une manière qui soit favorable aux provinces (voir Jean LECLAIR, « The Securities Reference: The Ghost of Political Representation Comes Knocking at Federalism's Door », texte présenté à l'occasion du 42nd *Annual Workshop on Consumer and Commercial Law*, qui s'est tenu à la Schulich School of Law de la Dalhousie University, à Halifax, en octobre 2012), elle a toutefois refusé de faire de cette notion l'équivalent d'un principe de loyauté fédérale qui lui aurait permis de baliser l'exercice d'un pouvoir donné: *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693 (Renvoi sur les armes d'épaule). À propos de la notion de fédéralisme coopératif, voir l'excellent article de Johanne POIRIER, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire », (2015) 45 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 47.

⁷⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 61.

cours des années 1960 à la suite du dépôt du rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (1963-1971). Naîtront à cette époque de nouvelles perspectives théoriques sur le fédéralisme⁷⁷. On ne dira jamais assez combien cette conception thémistocentriste a contribué à tuer l'idée du fédéralisme comme un mode singulier de participation citoyenne, non seulement à des communautés politiques, mais à la vie sociale, économique et culturelle générale de celles-ci.

Tout ce qui précède a contribué à ancrer dans l'esprit du public, du public québécois en particulier, l'idée que le fédéralisme n'est qu'une lutte à finir entre ordres de gouvernement ou entre nations ; qu'en tant que particuliers ils ne sont pas admis à le mobiliser pour appréhender leur rapport au pouvoir, à la culture, à l'économie. Cette latitude leur est interdite puisque le gouvernement provincial est présumé parler pour eux ; parce qu'on présume que tout un chacun, quelle que soit la nature des choix politiques à faire, donnera toujours préséance à son attachement pour la nation québécoise. Devant les besoins de la nation, tout doit s'effacer : l'orientation sexuelle, la religion, les préoccupations environnementales, les choix professionnels, l'économie, le statut familial, les préférences culturelles, etc. Rien de cela ne peut servir de fondement à une conduite dans l'ordre fédéral, à moins qu'elle ne soit au diapason des intérêts de la nation québécoise.

Néanmoins, et c'est ce sur quoi je voudrais maintenant insister, le parlementarisme est très certainement l'élément qui a le plus contribué à faire du fédéralisme canadien un synonyme de champ de bataille où s'affrontent des premiers ministres tout puissants qui sont libres d'interpréter la volonté populaire comme ils l'entendent. Un univers où la perspective des citoyens ne mérite pas d'être prise en considération. En effet, dans un régime parlementaire de type britannique, la volonté populaire contribue principalement à renforcer le pouvoir, non pas de l'assemblée, mais du pouvoir exécutif⁷⁸. En vertu du principe de responsabilité ministérielle, les membres de l'exécutif, c'est-à-dire du cabinet, ne peuvent rester au pouvoir que tant et aussi longtemps qu'ils jouissent de la confiance de l'assemblée. S'ils viennent à la perdre, ils doivent se démettre de leurs fonctions. Le principe de solidarité ministérielle, quant à lui, établit que

⁷⁷ D.E. SMITH, préc., note 26, p. 36.

⁷⁸ *Id.*, p. 68 : « The achievement of responsible government did not empower the legislature so much as transfer the Crown's control of the executive to a small group of persons who commanded the support of the legislature ».

tous les ministres du cabinet sont collectivement responsables de l'exécution du programme gouvernemental arrêté par le cabinet. Ajoutons à cela que, pour s'assurer de pouvoir tenir au garde-à-vous toute la députation de son parti, le premier ministre peut recourir à ce qu'on appelle la discipline de parti. Enfin, soulignons que le mode de scrutin uninominal à un tour a pendant longtemps contribué à assurer l'élection de gouvernements majoritaires bénéficiant pourtant d'un appui populaire parfois relativement limité. La conjonction de ces éléments concentre dans les mains des premiers ministres – lorsqu'ils sont à la tête de gouvernement majoritaire – la presque totalité des pouvoirs.

Autrement dit, et c'est la thèse défendue avec brio par David E. Smith dans son ouvrage *Federalism and the Constitution of Canada*⁷⁹, les règles du parlementarisme sont à l'origine d'une concentration de pouvoir qui va à contre-courant de la dynamique centrifuge du fédéralisme et qui favorise un aplatissement de la réalité bigarrée des communautés politiques en présence.

Le sénat n'a jamais vraiment rempli sa fonction de chambre des régions. La Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales⁸⁰ ont été pendant longtemps – et certaines le sont encore – le lieu d'expression du seul point de vue du parti au pouvoir lorsque ce dernier détient une majorité des sièges. Au niveau fédéral, le fédéralisme, expulsé du Sénat et de la Chambre des communes, s'est réfugié, d'une part, dans la pratique qui consiste à assurer une représentation des régions au sein du cabinet. Celle-ci est cependant sans grande conséquence, puisque toute velléité de dissension de la part d'un ministre est implacablement étouffée par la discipline de parti. D'autre part, les grands partis nationaux ont pendant longtemps contribué, par leur organisation même, à cultiver l'idée fédérale. Malheureusement, l'application d'une discipline de parti étouffante a eu pour effet de nier, même aux députés du parti au pouvoir, la capacité d'exprimer publiquement les préoccupations spécifiques de leurs régions respectives, dans la mesure où elles ne s'harmonisent pas avec la ligne de conduite officielle imposée par le cabinet. Pour toutes ces raisons, le Parlement n'est pas le lieu où les différends inter-

⁷⁹ D.E. SMITH, préc., note 26.

⁸⁰ Ajoutons à cela que les premiers ministres provinciaux n'ont pas, quant à eux, à se soucier des possibles réticences que pourraient exprimer une Chambre Haute, aucune province n'en possédant une.

régionaux inhérents à un État fédéral peuvent faire l'objet de discussions constructives.

Le fédéralisme ayant, à toutes fins utiles, déserté le Sénat, la Chambre de communes et le Cabinet, il a fait son nid dans les relations intergouvernementales. Celles-ci fonctionnent mieux qu'on ne le dit souvent, mais il s'agit encore d'affrontements entre gouvernements. Non seulement les citoyens en sont exclus puisque les tractations se font derrière des portes closes, mais les députés eux-mêmes en débattent très peu et n'ont souvent d'autres options que de ratifier les ententes conclues⁸¹.

La concentration du pouvoir dans les mains des exécutifs provinciaux et fédéral décrite plus haut contribue donc à une représentation outrancièrement réifiée de nos identités, de nos préoccupations et de nos intérêts respectifs de citoyens. Le gouvernement fédéral parle-t-il vraiment pour tous les Canadiens? Le gouvernement du Québec parle-t-il vraiment pour tous les Québécois? Le parlementarisme qui érige les gouvernements en titulaires uniques du droit de parler au nom de tous vient donc renforcer l'idée véhiculée par les tribunaux selon laquelle le fédéralisme se résume à une lutte sans merci entre des gouvernements qui sont présumés représenter parfaitement l'ensemble de leurs commettants. Le discours politique et le discours judiciaire se soutiennent donc mutuellement lorsque vient le temps d'affirmer que le fédéralisme n'est pas une affaire de citoyens, mais de gouvernements.

Conclusion : le fédéralisme du point de vue du citoyen

Comme j'ai tenté de le démontrer, le fédéralisme canadien, dans sa dimension juridique et judiciaire, a été et est encore, pour l'essentiel, envisagé comme un univers qui ne concerne que les gouvernements à l'exclusion des citoyens.

⁸¹ D.E. SMITH, préc., note 26, p. 36. À propos des ententes intergouvernementales, voir Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (dir.), préc., note 24, p. 441 ; Nigel BANKES, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia », (1991) 29 *Alberta Law Review* 792. Voir également Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « Conclusion. Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems : Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 440.

Néanmoins, en 1982, l'individu a fait une entrée fracassante dans l'ordre constitutionnel canadien. La *Charte canadienne des droits et libertés*⁸², il est vrai, consacre avant tout son statut, non pas de citoyen appelé à participer à la vie politique, mais de titulaire de droits subjectifs. Ce faisant, elle a indubitablement contribué à une certaine atomisation du tissu social et à l'avènement de ce qu'Alan C. Cairns appelle le minoritarisme constitutionnel⁸³. Elle a aussi encouragé les discours qui se déclinent en termes de « j'ai le droit... », plutôt que « il est juste que... » Oui, les droits portent ombrage à l'interaction sociale lorsqu'on les absolutise.

Néanmoins, la *Charte* a tout de même jeté un lourd pavé dans la mare d'unanimité sous-tendant les discours nationalistes. Elle a contribué à mettre sous la loupe la multiplicité de nos référents identitaires et, par le fait même, de nos liens d'appartenance avec autrui, des relations de toutes sortes qu'on entretient avec eux. Elle a mis au jour le fait que le référent national n'est pas toujours celui qui prévaut en tout temps et en tout lieu.

La *Charte* a également rendu familière l'idée de limites aux pouvoirs de l'État. Il faut bien savoir que le fédéralisme ne limite jamais complètement les pouvoirs de l'État. En effet, selon le principe d'exhaustivité du partage des pouvoirs, un des deux ordres de gouvernement est *nécessairement* compétent pour régir une matière donnée. Tout le problème consiste à savoir lequel. En donnant ses lettres de noblesse à l'idée de limitation du pouvoir, la *Charte* a introduit l'idée qu'il est tout à fait légitime de vouloir baliser le pouvoir d'un ordre de gouvernement par celui d'un autre ; qu'il y a de la dignité à vouloir limiter le pouvoir de l'État-nation, tout autant qu'il y en a à vouloir le renforcer. Bref, nos choix politiques peuvent, sans rougir, viser à limiter le pouvoir des partis politiques qui passent nos identités individuelles à la moulinette de leurs perspectives idéologiques respectives.

En somme, le fédéralisme envisagé du point de vue des personnes peut parfaitement s'accommoder d'un enchevêtrement d'appartenances que l'on ne tient pas à hiérarchiser à tout prix et qui, pour bien des personnes, n'est pas synonyme de confusion ou d'aliénation, mais de richesse. Le fédéralisme est également bien plus qu'un simple mécanisme d'accom-

⁸² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁸³ Alan C. CAIRNS, « Constitutional Minoritarianism in Canada », dans Ronald WATTS et Douglas BROWN (dir.), *Canada : the state of the federation*, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, 1990, p. 71.

modements politiques et culturels. C'est un régime qui permet au citoyen de s'investir à l'intérieur de deux communautés politiques distinctes, mais également légitimes, dans le but de poursuivre, à deux niveaux différents, ce qu'il estime juste et approprié. Le citoyen peut également profiter de ce régime afin de renvoyer dos à dos, en les opposant l'un à l'autre, des projets politiques dont les prétentions les plus extrêmes lui déplaisent.

Toutefois, comme nous l'avons vu pour que ce « fédéralisme du citoyen » puisse véritablement se traduire au niveau politique, notre régime parlementaire devra faire l'objet d'une importante réforme, et les tribunaux devront rappeler plus souvent qu'ils ne le font actuellement, que le fédéralisme n'est pas simplement une affaire de gouvernement, mais qu'il vise, pour reprendre la formule de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, à « permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral »⁸⁴.

⁸⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 61, par. 66.

Les hauts et les bas de la démocratie scolaire québécoise : perspective historique et contemporaine

Jean-Pierre Proulx*

I. Facteurs historiques.....	143
II. Facteurs politiques.....	145
III. Facteurs organisationnels et psychologiques.....	148
Conclusion	149

* Journaliste (*Le Devoir*) et professeur retraité de l'Université de Montréal.

Au cours de ses 186 ans d'existence, la démocratie scolaire québécoise a connu des hauts et des bas, mais surtout des bas. Puis on a annoncé sa mort en 2015. Le gouvernement libéral de Philippe Couillard et deux de ses ministres de l'Éducation, Yves Bolduc et François Blais l'ont condamnée pour insignifiance.

Insignifiant veut dire : « qui ne présente pas d'intérêt particulier ; sans valeur ; qui est sans importance¹ ». C'est bien de cela qu'il s'agit ici. Non pas, évidemment, de la démocratie en soi ou comme principe de philosophie politique : celle-ci est largement considérée comme une valeur universelle². Non, il s'agit plutôt de la démocratie vécue concrètement, historiquement dans un lieu donné.

Sous ce rapport, le taux de participation au scrutin constitue communément l'indicateur de la valeur que, concrètement, les citoyens accordent à la démocratie³. Ainsi, en octobre 2014, à la veille des élections scolaires, le ministre de l'Éducation d'alors, Yves Bolduc a explicitement lié l'avenir, non seulement des élections scolaires, mais des commissions scolaires elles-mêmes au taux de participation des élections de novembre suivant. Car sur le plan scolaire, depuis 1973, année de l'instauration du suffrage universel partout au Québec, le taux de participation aux élections n'avait cessé de diminuer. En novembre 2014, ce fut la catastrophe : il est descendu au plancher record de quelque 5 %. Dès lors, la démocratie scolaire a été condamnée sans appel. En mai 2015, le nouveau ministre de l'Éducation, M. François Blais, annonçait officiellement l'abolition des élections scolaires. En septembre, le premier ministre Philippe Couillard confirmait cette intention. Puis, au printemps 2016, au terme d'une commission parlementaire convoquée pour étudier le projet de loi 86 qui abolissait la démocratie au suffrage universel, le gouvernement a reculé et est revenu au statu quo !

¹ Dictionnaire Antidote.

² Jean-Louis ROY, « De l'universalité de la démocratie », dans *La démocratie, valeur universelle ?*, conférence internationale annuelle Casablanca, Maroc, 8 et 9 juin 2007.

³ Les Étatsuniens Frank W. LUTZ et Laurence IANNAcone, *Public Participation in Local School Districts. The Dissatisfaction Theory of Democracy*, Toronto, Lexington Books, 1978, auteurs de la « théorie de l'insatisfaction », ont contesté cette thèse. Pour eux, la valeur première de la démocratie est la liberté, y compris celle de ne pas participer. Le citoyen participe aux élections lorsqu'il est insatisfait des élus en place.

Hormis chez les commissions scolaires et leurs représentants, la décision du gouvernement Couillard n'a pas soulevé l'indignation pas plus que le report des élections scolaires en 2014 qui devait avoir lieu en principe en 2011. L'opinion publique a accueilli cette décision dans l'indifférence générale et aucun éditorialiste n'est monté au front pour défendre la démocratie scolaire. Les médias n'ont fait que refléter l'apathie générale. Au surplus, la Coalition Avenir Québec a applaudi à la décision, elle qui a inscrit dans son programme politique l'abolition des commissions scolaires elles-mêmes. Qui plus est, dans un geste inédit : quelques-uns de ses députés ont annoncé avant l'élection qu'il boycotterait celle-ci. Du jamais vu.

Le taux catastrophique de participation aux élections de novembre 2014 est par ailleurs tombé à point nommé. Le gouvernement Couillard a décrété l'austérité ou la rigueur – c'est selon – budgétaire. Il avait déjà, à cette fin, aboli les directions régionales du ministère de l'Éducation. Pourquoi donc continuer de dépenser quelques millions pour un système que la population elle-même boude largement ?

Un autre indice s'observe même dans le milieu universitaire. On ne connaît pas de politologues québécois qui s'y soient intéressés. Les revues de sciences politiques sont muettes à cet égard. C'est vrai aussi aux États-Unis où la littérature dans ce domaine se retrouve dans les revues d'administration scolaire. Du côté gouvernemental, tant au ministère de l'Éducation que chez le Directeur général des élections, on ne trouve aucune série statistique complète ou détaillée sur les élections scolaires.

Bref, les indicateurs relatifs à la valeur sociale ou politique de la démocratie scolaire sont négatifs. Néanmoins, celles et ceux qui se portent candidats et les élus ont foi en cette démocratie. Ils consacrent temps, argent et énergie à convaincre leurs concitoyens de la pertinence de leur engagement. Ils ont généralement une très vive conscience de représenter leurs concitoyens, surtout les parents, tout comme les établissements de leur circonscription. L'abolition annoncée des élections scolaires a eu comme effet de mobiliser les commissaires et leurs fédérations dans leur combat pour le maintien du système électoral scolaire. Dans la communauté anglophone, la réaction a été plus vive encore, compte tenu du caractère identitaire des élections scolaires.

On observe donc un divorce entre la place qu'occupe cette démocratie dans l'échelle des valeurs des élus d'une part, et de la population et des électeurs d'autre part. Il faut donc tenter d'expliquer le phénomène. Nous

le ferons d'un triple point de vue : historique, politique, organisationnel et psychologique

I. Facteurs historiques

La démocratie scolaire est née au Bas-Canada en 1829. En cette année, l'Assemblée législative, après un âpre combat politique qui durait depuis 1814, réussissait enfin à recevoir l'assentiment du Conseil législatif et du Gouverneur pour l'adoption d'une loi intitulée *Acte pour encourager l'éducation élémentaire*. Elle faisait obligation au principal officier de milice de chaque paroisse, seigneurie ou township de convoquer « chaque année [...] une assemblée des tenanciers [...] pour procéder à l'élection de cinq personnes propres et convenables pour être syndics ». Et ces syndics, précisait la loi, « auront du moment de leur nomination, le contrôle, la direction, la régie, le maniement et l'administration exclusive des affaires de l'école qui seront établies en vertu de cet acte ». Il revenait précisément à ces mêmes syndics d'établir ces écoles avec l'appui financier de l'État et des parents. À noter que cette loi ne s'appliquait que dans les campagnes. Les villes de Montréal, Trois-Rivières et Québec comptaient alors suffisamment d'écoles privées souvent mises sur pied par des sociétés d'éducation pour satisfaire à la demande. L'État, comme dans les campagnes, subventionnait la plupart de ces écoles. Mais, le législateur voulut d'abord prioriser l'éducation dans les campagnes où l'ignorance régnait. Hormis quelques écoles paroissiales tenues par les curés ou les religieuses, il n'y avait pratiquement pas d'établissements d'éducation⁴.

Ce choix politique du Parti patriote de Louis-Joseph Papineau, pour une prise en charge de l'école par les « tenanciers » – autrement dit par les propriétaires terriens – participait à la fois de l'idéologie libérale de type constitutionnel émergeant en Grande-Bretagne et du républicanisme étatsunien en pleine croissance. Il s'inspirait directement du modèle des *common schools* créés dans les États limitrophes du New Hampshire, du Vermont et du New-York à la fin du 18^e siècle. Des *trustees* élus par la communauté locale géraient ces écoles. Au surplus, ce modèle électoral s'inscrivait plus globalement, quoiqu'implicitement, dans la bataille du Parti patriote autour du principe de l'électivité des membres du Conseil

⁴ Jean-Pierre PROULX, *La genèse de l'école publique et de la démocratie scolaire au Québec. Les écoles de syndics 1814-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.

législatif nommés alors par le Gouverneur. Cette bataille, marquée par le refus de l'Assemblée de voter le budget, devait entraîner la mort des écoles de syndics en 1838, ce même Conseil ayant refusé, par représailles, d'adopter le renouvellement de la loi de 1829, déjà deux fois renouvelée en 1832 et 1834.

Les visées démocratiques de l'Assemblée législative n'échappèrent pas d'ailleurs à Arthur Buller, chargé en 1838-1839 par Lord Durham, de faire enquête sur l'état de l'éducation. On lit dans son rapport : «from the moment the Royal Institution came into operation⁵, systematic attempts were annually made by the House of Assembly to substitute some other popular management⁶».

Les fondements démocratiques des écoles de syndics persistèrent néanmoins avec l'instauration des «commissions scolaires» en 1841 mises sur pied à l'intérieur des 22 «districts municipaux» créés par la même loi. Partout, dans les paroisses rurales, les tenanciers masculins doivent alors élire cinq ou six commissaires pour régir les écoles. Mais dans les villes, notamment Montréal et Québec, c'est le conseil municipal qui se voit chargé de leur régie. Quand en 1845, on modifie le système créé quatre ans plus tôt pour créer les commissions scolaires, on confiera plutôt au conseil municipal le soin de nommer, sur proposition des autorités ecclésiastiques, «douze commissaires d'école, dont six catholiques romaines et six protestants, qui formeront deux corporations distinctes de commissaire, l'une pour les catholiques romains, l'autre pour les protestants». Au tournant des années 1960, l'évêque du lieu, le conseil municipal et le gouvernement nommaient chacun une partie des commissaires. Bref, ces deux municipalités ne connaîtront pas la démocratie avant l'instauration du suffrage universel en 1973⁷.

⁵ En 1803, le Parlement du Bas-Canada a en effet adopté la loi sur les écoles royales. Elle confiait leur gouverne à un conseil d'administration sous l'entier contrôle de l'Exécutif. L'Église et les communautés locales canadiennes-françaises les ont boycottées. Louis-Philippe AUDET, *Le système scolaire de la Province de Québec*, t. 3 «L'institution royale. Les débuts : 1801-1825», Québec, Éditions de l'érable, 1952.

⁶ J.-P. PROULX, préc., note 4, p. 11.

⁷ On trouvera dans Jean-Pierre PROULX et José WOEHRLING, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification constitutionnelle de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867», (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 399, le récit détaillé des complexes péripéties politiques des années 1840 à 1845 sur la création des commissions scolaires de Montréal et de Québec.

Entre-temps, dans les régions, le système électoral va connaître plusieurs modifications. Si depuis 1841, le droit de vote appartenait aux «tenanciers masculins», à compter de 1899, il sera réservé aux «contribuables» masculins et alphabétisés, puis élargi aux deux sexes en 1943. Le changement le plus significatif surgit en 1961 quand la loi, à l'instigation du futur ministre de l'Éducation, Paul-Gérin Lajoie, accorde en outre le droit de vote aux parents d'enfants de moins de 18 ans, qu'ils soient ou non contribuables. Ce changement traduit le mouvement pour la responsabilité parentale première en éducation proclamée à la fois par la doctrine sociale de l'Église et consacrée par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948. Cette initiative est d'une grande importance, car elle va inscrire clairement deux tendances à la fois complémentaires et concurrentielles quant au fondement démocratique de la gouvernance scolaire malgré l'instauration du suffrage universel en 1973.

Au total, la pleine démocratie scolaire est relativement jeune : elle n'a que 43 ans. Auparavant, elle n'a été toujours que très partielle puisque les citoyens de Montréal et de Québec en furent exclus pendant 132 ans et qu'ailleurs, seuls les contribuables, probablement minoritaires au total, le furent aussi.

II. Facteurs politiques

La démocratie scolaire se caractérise historiquement encore par un trait très particulier : sa culture apolitique. Dans son rapport à Durham sur l'état de l'éducation, son secrétaire Arthur Buller écrivait : «L'école doit se situer au-dessus et en dehors de la politique⁸». L'énoncé de ce principe n'était certes pas étranger au conflit entre l'Assemblée législative et le Conseil législatif qui avait mené, deux ans plus tôt, à l'abolition des écoles publiques. Il découlait surtout de la conviction de Buller que l'école des syndicats avait été un nid de patronage des députés⁹ !

Ce même apolitisme a servi ensuite à justifier la prise en charge progressive de l'école publique par les Églises. Du reste, la tradition remontait même à l'époque des écoles de syndicats. En 1831, on modifia la loi de 1829 pour permettre aux curés de se faire élire, même s'ils n'étaient pas

⁸ Cité par Louis-Philippe AUDET, *Histoire de l'enseignement au Québec, 1608-1971*, t. 2 «1840-1971», Montréal, Holt, Rinehart et Winston, 1971.

⁹ J.-P. PROULX, préc., note 4.

propriétaires fonciers. Même l'agnostique Louis-Joseph Papineau reconnaissait au clergé une responsabilité dans l'éducation morale des citoyens. Au surplus, dans un Bas-Canada presque totalement analphabète, le clergé constituait dans les communautés locales une ressource indispensable.

Mais, pour la hiérarchie catholique, il y avait davantage. Depuis toujours, elle soutenait haut et fort que l'éducation relevait de ses prérogatives parce que pour elle la religion devait servir de fondement à l'éducation. De fait, à compter de 1858, l'Église conquiert progressivement le pouvoir de régir l'éducation publique, aussi bien centralement que localement. Ailleurs qu'à Montréal et Québec, plusieurs prêtres se faisaient déjà élire à la commission scolaire¹⁰. Pourtant, le droit canon interdit aux prêtres de se porter candidats aux élections provinciales ou fédérales. Bref, se faire élire commissaire n'était pas faire de la politique¹¹ !

Montréal (et Québec) échappait au régime électoral depuis toujours. Un prêtre a présidé la commission scolaire jusqu'en 1909 et au moins deux se sont fait élire après 1973. En 1905, l'archevêque Paul Bruchési a combattu vivement, et avec succès, un projet de loi visant à permettre aux Montréalais d'élire leurs commissaires¹².

Cette idéologie a fini par modeler la culture politique. Cela s'observe de plusieurs façons. Ainsi, la loi sur les Élections scolaires ne reconnaît pas la présence des partis politiques, mais parle plutôt d'« équipes ». Malgré cela, la formation de telles équipes demeure marginale au moment des élections. Dans les années 90, on a entendu aussi, des candidats montréalais, aussi bien du côté catholique que protestant, protester farouchement qu'ils ne faisaient pas de politique¹³. À la même époque d'ailleurs, 55 % de Québécois se déclaraient contre la présence de partis politiques

¹⁰ Gérard FILION, *Les confidences d'un commissaire d'écoles*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1960, raconte avec humour comment son curé présidait la commission scolaire locale.

¹¹ Pour des raisons tout à fait différentes, cette idéologie de l'apolitisme marque aussi la démocratie scolaire étatsunienne depuis la fin du 19^e siècle : L. HARMON ZEIGLER, Harvey J. TUCKER et L.A. WILSON, « How School Control Was Wrested from the People », (1977) 58 *Phi Delta Kappan* 534. Dans la plupart des États, la loi interdit de faire campagne au nom d'un parti politique.

¹² Ruby HEAP, *L'Église, l'État et l'enseignement primaire public catholique au Québec, 1897-1920*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1986, p. 253-276.

¹³ Jean-Pierre PROULX, « Le système électoral scolaire : place à la démocratie des usagers », (1997) 16 *Politique et Société* 144.

ou d'équipe sur la scène scolaire¹⁴. Rien n'indique que l'opinion ait substantiellement changé depuis, même si la Fédération des commissions scolaires du Québec s'emploie maintenant à dire que les commissaires exercent un rôle politique.

Cette culture d'apolitisme produit un effet concret : l'absence d'enjeux au moment des élections. Le signe le plus manifeste est la proportion très élevée de postes, soit les deux tiers, sauf en 2014, historiquement pourvus par acclamation. Le second, là où il y a contestation, est l'absence de véritable programme électoral. Les candidats se présentent en invoquant essentiellement leurs expériences et leurs engagements civiques et communautaires, et pour plusieurs d'entre eux, au sein des conseils d'établissement.

Par ailleurs, les fonctions qu'exercent les commissions scolaires ne touchent pas l'essentiel de la mission éducative : le cadre général de l'organisation des écoles et les programmes sont en effet fixés par le gouvernement et le ministère de l'Éducation. Leur rôle principal est d'organiser les services éducatifs sur leur territoire qui sont déjà largement normés par la loi et de le faire avec équité. En conséquence, il est fort difficile de dégager des enjeux significatifs autour de ces fonctions au moment des élections. Au surplus, le législateur a opéré en 1998, une certaine décentralisation vers les établissements, dont les conseils sont formés de parents, d'enseignants et de professionnels. C'est là que se vivent les enjeux les plus immédiats susceptibles de mobiliser les parents-citoyens. Mais même à ce niveau, la participation au moment d'élire les parents au conseil d'établissement demeure très faible, signe probable encore de l'individualisme qui marque la relation des parents à l'éducation.

Au total donc, les élections scolaires locales apparaissent comme un exercice sans enjeu réel : il n'y a rien à perdre ou à gagner, aussi bien en votant qu'en ne votant pas. La dépense d'énergie qu'il faut pour exercer son droit de vote n'en vaut pas la peine. Et bien que le nombre de postes où il y a eu scrutin à l'élection soit passé de 32 % en 2007 à 57 % en 2014, le taux de participation a chuté à son niveau le plus bas¹⁵. C'est dire que voter ou non ne constitue même pas un enjeu.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Jean-Pierre PROULX, « Une première manche de gagnée », *Le Devoir*, 8 octobre 2014, en ligne : <www.ledevoir.com/societe/education/420447/elections-scolaires-une-premiere-manche-de-gagnee> (consulté le 8 octobre 2016).

III. Facteurs organisationnels et psychologiques

Si à l'origine, les commissions scolaires étaient des institutions fortement ancrées dans les communautés locales, depuis les années 1970 on a assisté progressivement et inexorablement à leur régionalisation. Si au moment de la Commission Parent, on en comptait quelque 1800, il n'en reste plus que 71 en 2017. C'est dire que la gouvernance se vit dorénavant très loin des communautés et des écoles qui s'y trouvent. En même temps, les candidats représentent des circonscriptions très peuplées. Or plus la taille de l'électorat de chaque circonscription est grande, moins l'on vote¹⁶.

Ce facteur géopolitique en entraîne une autre conséquence. L'information aux électeurs devient très difficile, compte tenu des ressources financières limitées dont disposent les candidats. Ceux-ci peuvent néanmoins se prévaloir d'une disposition de la loi sur les Élections scolaires qui leur permet d'acheminer gratuitement une information minimale aux électeurs via les directeurs des élections. Mais cette disposition a été utilisée chichement au cours des deux dernières élections et n'a eu apparemment aucun effet.

La quantité d'énergie et d'efforts à déployer pour aller voter constitue aussi sans conteste un facteur qui influe sur la participation. En Ontario où les citoyens votent en même temps pour leurs conseillers municipaux et leurs conseillers scolaires, on observe un taux de participation plus élevé pour les seconds. La Fédération des commissions scolaires du Québec réclame d'ailleurs d'appliquer la même mesure au Québec. Nous en avons d'ailleurs fait nous-même la recommandation en 2011. De même, le vote par correspondance, par téléphone ou par internet peut favoriser aussi la participation¹⁷.

Par ailleurs, même si, en tant que citoyens, tous ont un intérêt objectif à l'éducation, seuls les parents sont concrètement et immédiatement intéressés. Or ceux-ci ne représentent qu'environ 30 % de l'électorat. Au surplus, cet intérêt est avant tout personnel et privé si bien que l'éducation, plus qu'un bien commun, est vécue très largement comme un bien

¹⁶ Jean-Pierre PROULX, « Démocratie scolaire et participation. Étude comparative de cinq systèmes électoraux », Faculté des sciences de l'éducation, Université de Montréal, 2001.

¹⁷ *Id.*

de consommation¹⁸. De plus en plus, les parents « magasinent » l'éducation de leurs enfants. Dans le secteur public, ils font des choix entre les programmes particuliers de plus en plus nombreux (international, sport-étude, sport-musique, etc.). À Montréal, 20 % des enfants fréquentent déjà l'école privée. Leurs parents n'ont guère d'intérêt à voter.

La recherche a par ailleurs montré qu'une part substantielle de l'électorat vote parce que cela est pour eux un devoir. Celui-ci se retrouve surtout parmi les gens les plus religieux et en même temps les plus âgés. Les Églises ont servi à cet égard d'agent de socialisation. Or la sécularisation qui a intensément touché le Québec réduit progressivement cette couche de la population qui vote par devoir. Quant à l'éducation à la citoyenneté dispensée à l'école, elle n'a pas encore fait son plein effet, les jeunes votant beaucoup moins que leurs aînés.

Enfin, si, comme on l'a vu, l'existence objective d'enjeux est susceptible d'entraîner l'électeur à voter, il faut surtout que ceux-ci deviennent des enjeux subjectifs et dont il soit conscient. Cela peut tenir aux circonstances, comme la fermeture annoncée de l'école de ses enfants ou la promesse d'un service ou l'augmentation ou la diminution du taux de la taxe. La prise de conscience de ces enjeux est évidemment liée à l'information et aux autres facteurs organisationnels dont il a été précédemment question.

Conclusion

Au total, le portrait général que l'on vient d'esquisser est plutôt sombre. Il convient cependant de le remettre en perspective. Partout en Amérique du Nord, les élections scolaires suscitent une très faible participation¹⁹. Et rien n'annonce un revirement de la situation. Dès lors, faut-il renoncer aux élections scolaires au suffrage universel et chercher une autre formule pour désigner les administrateurs scolaires ? La réponse à cette question dépend notamment du système de valeurs auquel chacun

¹⁸ Jean-Louis MIGUÉ et Richard MARCEAU, *Le monopole public de l'éducation. L'économie politique de la médiocrité*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1989, écriture de façon brutale à propos de la participation des parents : « la marche de l'école n'intéresse pas plus les parents types que le conducteur moyen ne s'intéresse au processus de fabrication de sa voiture. Il tient par contre à ce qu'elle marche bien. »

¹⁹ Terry M. MOE, *A Primer on America's Schools*, Stanford, Hoover Institution Press, 2013.

adhère. Les deux politologues américains Lutz et Lee-Yen Wang écrivaient en 1987 :

l'essence de la démocratie, c'est la liberté de participer et de changer les politiques quand les gens sont suffisamment insatisfaits, ou la liberté de ne pas participer quand ils n'en sont pas assez insatisfaits pour les changer. En conséquence, lorsque les gens sont assez malheureux du gouvernement en raison d'un manque de correspondance entre leurs demandes et ce qu'ils reçoivent, ils vont participer, changer le gouvernement et ainsi influencer sur la nouvelle politique²⁰.

Faut-il dès lors conclure que les Québécois sont généralement et de plus en plus satisfaits des écoles publiques puisqu'ils votent de moins en moins aux élections scolaires ! De fait, contrairement à l'image reçue, les parents en sont d'année en année très majoritairement satisfaits de l'école publique²¹, ce qui n'est pas le cas de la population en général qui est majoritairement insatisfaite, quoique légèrement. Cette différence entre les deux groupes s'observe constamment ailleurs. La compilation que nous avons faite en 2004 des sondages menés jusque là n'a pas été démentie depuis²². En somme, le public en général est plutôt insatisfait, mais n'a pas d'intérêt direct en éducation, et les parents qui en ont un sont globalement satisfaits. Bref, dans les deux cas, il n'existe pas de motif suffisant pour aller voter !

Cette théorie de l'insatisfaction repose évidemment sur un système de valeurs qui fait de l'éducation un objet de consommation individuel. Il s'oppose à un autre, citoyen celui-là, qui fait de l'éducation un bien certes personnel, mais aussi collectif. Le malaise ressenti par l'absence de par-

²⁰ Frank W. LUTZ et Lee-Yen WANG, « Predicting Public Dissatisfaction: A Study of School Board Member Defeat », (1987) 23 *Educational administration Quarterly* 65, 67 (traduction).

²¹ Jean-Pierre PROULX, « La satisfaction envers l'école dans l'opinion publique québécoise (1970-2000) », dans Claude LESSARD et Philippe MEIRIEU (dir.), *L'obligation de résultats en éducation*, Bruxelles, De Boeck, 2004, p. 49 ; Marc-André DENIGER (dir.), *Enquête sur les relations école-famille-communauté à la Commission scolaire de Montréal*, Faculté des Sciences de l'éducation, Université de Montréal, 2013.

²² Voir en ligne : <www.opineduq.ca> (consulté le 8 octobre 2016). Cette différence s'explique sans doute par les sources différentes d'information de chacun des groupes : les parents ont une connaissance directe de l'école, à tout le moins à travers leurs enfants ; les citoyens en général la connaissent à travers les médias, qui relaient plutôt les problèmes.

ticipation aux élections nous renvoie directement, mais inconsciemment à ce conflit de valeurs.

Est-il possible de trancher ce conflit par un aménagement nouveau de la démocratie scolaire ? C'est ce que nous avons tenté de faire en 2011 en proposant de confier dorénavant l'élection des commissaires à un collègue électoral formé des personnes qui détiennent un mandat public et qui, à un titre ou à un autre, ont un intérêt direct en éducation. Ce collègue aurait été composé des parents et des professionnels membres des conseils d'établissement, des conseillers municipaux, des administrateurs des services intégrés des services sociaux et de santé et des administrateurs des cégeps domiciliés sur le territoire de la commission scolaire. En revanche, n'importe quel citoyen ou citoyenne aurait pu se porter candidat²³. Bien que *Le Devoir* y ait fait bon accueil²⁴, la proposition n'a pas été retenue.

En déposant en décembre 2014 le projet de loi 86 sur la gouvernance scolaire, le gouvernement du Québec a voulu sonner le glas de la démocratie scolaire. Dorénavant, les conseillers scolaires auraient été choisis par les parents, les personnels, le milieu municipal et communautaire et représenteront ceux-ci. La formule s'apparentaient à celle que l'on retrouve dans les cégeps et les universités et même au sein des conseils d'établissement. Faute de consensus, ce projet de loi a toutefois été abandonné. Le projet de loi no 105 de novembre 2016 modifiant la Loi sur l'instruction publique et parrainé par le ministre Sébastien Proulx, a confirmé le statu quo moyennant quelques aménagements en faveur des parents.

Le problème de fond qu'est l'absence de participation aux élections scolaires a donc été renvoyé aux calendes grecques.

²³ Jean-Pierre PROULX, « Un collègue électoral pour sélectionner les commissaires », *Le Devoir*, 6 décembre 2015, en ligne : <www.ledevoir.com/societe/education/337670/l-avenir-des-commissions-scolaires-un-college-electoral-pour-selectionner-les-commissaires> (consulté le 13 novembre 2015).

²⁴ Antoine ROBITAILLE, « La formule Proulx ? », *Le Devoir*, 17 avril 2015, en ligne : <www.ledevoir.com/societe/education/437580/fin-des-elections-scolaires-la-formule-proulx> (consulté le 8 octobre 2016).

L'arrêt *Bombardier Aéronautique* : confusion conceptuelle, rigidité civiliste et menace à l'égalité réelle

Daniel Proulx*

I. Égalité réelle, égalité formelle	155
II. La qualification de la discrimination et ses conséquences	159
A. Faits et position de la Commission dans l'arrêt <i>Bombardier</i> <i>Aéronautique</i>	159
B. La position du Tribunal des droits de la personne	161
C. La position de la Cour d'appel.....	164
D. La position de la Cour suprême.....	167
III. La problématique de la preuve <i>prima facie</i>	173
A. En situation de discrimination directe	173
1. La preuve <i>prima facie</i> de discrimination et son interprétation.....	175
2. La norme de la prépondérance des probabilités	178
B. En situation de discrimination indirecte	182
Conclusion	186

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

La Cour suprême du Canada a rendu le 23 juillet 2015 une décision importante pour l'interprétation du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ (Charte québécoise). Alors que la Cour nous avait habitués à une jurisprudence progressiste en matière d'égalité depuis plus de trente ans et en symbiose avec celle des juridictions spécialisées comme le Tribunal des droits de la personne du Québec, l'arrêt *Bombardier Aéronautique*² marque un important pas en arrière. Signé par les juges Wagner et Côté, ce jugement est d'autant plus inquiétant qu'il a reçu l'aval de tous les autres juges de la Cour.

Il y aurait beaucoup à dire sur cet arrêt, mais je me concentrerai sur les éléments qui méritent une attention particulière parce qu'ils remettent en cause des aspects cruciaux du droit à l'égalité et de sa mise en œuvre au Québec. Ainsi, après avoir rappelé les grandes théories sur lesquelles s'appuie le droit à l'égalité et qui nous fournissent les bases de l'analyse en matière de discrimination, je me pencherai sur la trame factuelle de l'arrêt *Bombardier Aéronautique* et les positions respectives de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Commission) et des juridictions qui se sont penchées sur cette affaire. L'objectif de ce développement consiste à montrer l'état de la confusion qui règne à la Cour d'appel et, désormais, à la Cour suprême sur les notions de discrimination directe, indirecte et systémique et à faire ressortir les conséquences sérieuses de cette situation regrettable.

Puis, je m'arrêterai sur le problème chronique de l'incapacité des tribunaux judiciaires québécois et, désormais, de la Cour suprême d'adapter les règles de preuve du droit civil québécois au statut quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne* et à ses finalités spécifiques, à savoir assurer la prééminence de la dignité humaine dans une société démocratique et, en l'occurrence, combattre de manière efficiente la discrimination sous toutes ses formes.

I. Égalité réelle, égalité formelle

Malgré l'importance indéniable qu'ait pu avoir le concept d'égalité formelle entendu au sens du droit au même traitement et aux mêmes

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39.

avantages – on pense à l'accession des femmes au statut d'égalité avec les hommes et à celle des noirs avec la majorité blanche au XX^e siècle qui ont permis leur participation au marché du travail et à la vie démocratique ou leur accès aux lieux et services publics – l'expérience a montré que le droit à l'égalité, considérée dans la seule perspective formelle du droit au même statut et au même traitement, ne suffit pas et ne parvient pas à procurer aux femmes et aux minorités défavorisées une véritable égalité des chances³.

D'où l'adhésion générale, notamment de nos tribunaux, au concept d'égalité réelle et effective qui passe par la reconnaissance que le même traitement appliqué à tous engendre parfois des inégalités criantes, particulièrement à l'endroit de groupes historiquement défavorisés par les préjugés dans la société⁴. C'est ainsi par exemple que la réforme du Code civil qui, en 1964, a fait accéder l'épouse à l'égalité formelle avec son mari s'est traduite par un régime préjudiciable envers les femmes mariées. D'une part le Code conservait le régime de la communauté de biens qui ne reconnaissait qu'au seul mari le droit de gérer les biens du ménage et, d'autre part, le régime conventionnel de séparation de biens proposé par les notaires pour contourner la communauté maintenait les femmes en situation de vulnérabilité financière puisqu'elles conservaient alors la charge d'élever les enfants et, du coup, un travail non rémunéré à la maison⁵. L'égalité formelle pour des époux se trouvant dans des situations sociales et financières différentes ne pouvait donc que produire un résultat inégal, ce qui éclatait au grand jour lors d'un divorce ou d'une séparation puisque la femme se retrouvait alors démunie avec ses enfants et en

³ Sur l'évolution du droit à l'égalité, voir : Michèle RIVET et Anne-Marie SANTORINEOS, « Juger à l'ère des droits fondamentaux », (2012) 42 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 363 ; Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 63 ; Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité, pierre angulaire de la Charte québécoise ? », (2015) *Revue québécoise de droit international* 61.

⁴ Voir par exemple : *Gaz Métropolitain c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 36 ; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, par. 65 ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, par. 164-168.

⁵ Selon Statistiques Canada, le pourcentage de familles avec enfants comptant deux parents sur le marché du travail a doublé en 40 ans, passant de 36 % en 1976 à 73,2 % en 2006 au Québec : *Le Devoir*, 31 mai 2016, p. A-5. Il va sans dire que ce pourcentage était bien inférieur à 36 % en 1964.

situation de dépendance envers un ex-mari par ailleurs réfractaire, dans trop de cas, à partager son patrimoine exclusif.

Il s'ensuit que l'égalité, non pas purement théorique et formelle, mais au contraire effective et concrète, doit parfois passer par un traitement différent et adapté aux besoins ou à la situation concrète des individus et des groupes défavorisés de la société⁶. Ces derniers sont par ailleurs identifiés par nos Chartes (québécoise et canadienne) au moyen d'une énumération de caractéristiques personnelles dont l'usage est interdit parce qu'elles sont l'objet de préjugés et donnent souvent lieu à des différences de traitement arbitraires et injustes, voire à des « désavantages systémiques importants⁷ ». Ces caractéristiques constituent les « motifs » de discrimination illicites et prohibés par l'article 10 de la Charte québécoise et l'article 15 de la Charte canadienne et il s'agit par exemple de la race, de l'origine ethnique ou nationale, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la religion, du handicap, de l'âge ou de la condition sociale.

Par ailleurs, le droit n'étant pas qu'affaire de philosophie, il a fallu traduire en termes concrets et pratiques en quoi consiste, dans la perspective de l'égalité réelle, une mesure inégalitaire ou discriminatoire, et quel est en conséquence le fardeau de preuve respectif du plaignant et du défendeur dans une espèce donnée. Cet aspect technique s'avère absolument crucial pour que le but recherché par le droit à l'égalité réelle, à savoir procurer une véritable égalité des chances aux membres des groupes défavorisés dans notre société, ne se révèle pas un leurre.

C'est ainsi que, constatant tout d'abord que le droit à l'égalité se distingue par son caractère comparatif – on n'est pas inégal ou traité inégalement en soi, mais par rapport aux autres – la preuve en matière de discrimination consiste à établir l'existence d'une différence de traitement préjudiciable, c'est-à-dire qu'un groupe de personnes identifiable (ou une personne en faisant partie) est traité plus mal que les autres⁸.

⁶ Voir par exemple sur l'art. 10 de la Charte québécoise : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, par. 13 ; *Gaz Métropolitain c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 4 et sur l'art. 15 de la Charte canadienne : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 4 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

⁷ *Première nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, par. 17 (j. Abella pour la Cour).

⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*

Dans la perspective de l'égalité réelle, deux questions absolument essentielles doivent ensuite être abordées. La première consiste à déterminer si la distinction de traitement *repose directement* sur un motif de discrimination prohibé par nos Chartes ou si, au contraire, elle n'est nullement fondée sur un motif illicite et se trouve dissimulée dans des exigences neutres appliquées « également » à tous, mais *produisant indirectement un effet préjudiciable* (« adverse effect discrimination ») ou un effet d'exclusion à l'endroit de personnes ou de groupes défavorisés identifiables par une caractéristique personnelle visée par les Chartes⁹. La seconde question est de savoir s'il s'agit d'un cas isolé ou, au contraire, d'un cas de discrimination systémique, c'est-à-dire d'une situation de discrimination à grande échelle, institutionnalisée et faisant l'objet de mesures et de comportements directement et indirectement discriminatoires, de façon consciente ou non, de la part de nombreux acteurs¹⁰. Ces questions sont incontournables parce qu'elles influent sur les éléments de preuve que le demandeur doit mettre de l'avant et, par le fait même, sur ses chances de succès. C'est la réponse à ces questions préalables qui, très souvent, fait la différence entre un droit théorique ou illusoire à l'égalité et une protection réelle et effective contre la discrimination¹¹.

c. *Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 84; *Hodge c. Canada (Ministère du développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, par. 46-49; *Withler c. Canada (P.G.)*, 2011 CSC 12.

⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, par. 16-18 (ci-après « *O'Malley* »); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc. note 6.

¹⁰ Le concept de discrimination systémique a été évoqué pour la première fois au Canada dans Rosalie S. ABELLA, *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, cité avec approbation dans *C.N. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139 et par la Cour d'appel dans *Gaz Métropolitain c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 4, par. 38. L'auteure de cet important rapport est aujourd'hui juge à la Cour suprême du Canada.

¹¹ Sur les diverses formes de discrimination et leurs conséquences, voir : Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 4, 18, 19, 30 et 92-104.

II. La qualification de la discrimination et ses conséquences

Il s'ensuit que, dans la perspective de l'égalité réelle, c'est-à-dire d'un droit à l'égalité véritable permettant d'éradiquer les pratiques qui perpétuent l'exclusion des plus défavorisés, il faut d'abord distinguer entre les notions de discrimination directe, indirecte et systémique afin de procéder au processus de qualification de façon adéquate. Il importe ensuite d'interpréter les règles de preuve de manière à faciliter la mise au jour des pratiques discriminatoires et à offrir un recours effectif aux victimes de celles-ci. Or, le bât blesse à ces deux égards dans l'affaire *Bombardier Aéronautique* comme on le verra maintenant avec le rappel de ses faits saillants et un exposé succinct de la position des juridictions qui ont été saisies de ce dossier.

A. *Faits et position de la Commission dans l'arrêt Bombardier Aéronautique*¹²

Les faits de cette affaire sont assez particuliers. En 2004, un certain monsieur Latif, citoyen canadien d'origine pakistanaise faisant jusque-là une carrière sans incident comme pilote d'avion, s'inscrit au centre de formation de Bombardier Aéronautique situé à Montréal afin de se qualifier, en tant que titulaire d'une licence canadienne, pour pouvoir piloter un certain modèle d'avion et ainsi obtenir un contrat pour une compagnie aérienne. M. Latif a en effet suivi de nombreuses formations spécialisées dans sa longue carrière comme tout pilote qui se respecte. Or, Bombardier lui a refusé ladite formation spécialisée de pilotage parce que, selon les autorités *américaines* compétentes, il constituait un risque pour la sécurité nationale des États-Unis. Bombardier a en effet obtenu un certificat de formateur de la Federal Aviation Administration des États-Unis en vertu duquel notre entreprise canadienne est autorisée à offrir de la formation aux pilotes détenteurs d'une licence américaine. De plus, c'est en raison de ce certificat que Bombardier doit se soumettre au refus des autorités américaines de former un candidat, du moins sous licence américaine.

¹² Pour l'exposé complet des faits: *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16, par. 6-216.

La Commission a pris la position suivante : comme M. Latif possède une vaste expérience de pilote d'avion et un parcours professionnel impeccable depuis 40 ans, comme Bombardier a refusé une formation à d'autres pilotes étrangers (non-citoyens américains) originaires notamment de pays musulmans ou arabes à la demande des autorités américaines et comme la décision des autorités américaines s'inscrit dans un contexte social et politique marqué par l'islamophobie et l'obsession sécuritaire avec le renforcement des mesures antiterroristes visant les pilotes non-citoyens américains à la suite des attentats du 11 septembre 2001¹³, le plaignant est en toute probabilité victime de discrimination arbitraire de la part de Bombardier puisque l'entreprise canadienne s'est fait le relais d'une politique américaine de profilage racial. En d'autres termes, la Commission fait valoir que Bombardier a participé sciemment à la mise en œuvre de politiques reposant sur l'origine nationale et, partant, à l'exclusion péremptoire et discriminatoire du plaignant. Or, pour échapper à une conclusion de pratique discriminatoire, Bombardier aurait dû établir qu'elle-même ou les autorités américaines ont évalué de manière individuelle le plaignant en tenant compte non pas de son origine nationale, mais uniquement de faits objectifs et crédibles montrant qu'il constitue un véritable risque pour la sécurité nationale des États-Unis, preuve qui n'a pas été faite¹⁴.

Se posent alors les deux fameuses questions préalables dans cette affaire : s'agit-il d'un cas de discrimination directe ou indirecte ? S'agit-il d'un cas isolé ou, au contraire, l'exclusion du plaignant s'inscrit-elle dans un contexte de discrimination systémique ?

S'il s'agit d'une discrimination directe dont Bombardier s'est fait complice, le plaignant (ou la Commission) doit démontrer que la décision des autorités américaines et celle de Bombardier étaient *fondées ou reposaient*

¹³ *Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, 115 Stat. 597 (2001), art. 113 ; *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003). Ces mesures ont ensuite été resserrées avec celles-ci : *Vision 100 – Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, 117 Stat. 2490 (2003) ; *Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals ; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004). C'est en vertu de ce dernier règlement qu'a été mis en place l'*Alien Flight Student Program*, qui a été appliqué au plaignant Latif et a provoqué son exclusion.

¹⁴ *Sommaire d'argumentation* de la Commission devant le Tribunal des droits de la personne, par. 40 ; *Mémoire de l'appelante* (la Commission) devant la Cour suprême, par. 80.

sur l'origine nationale de M. Latif. Il lui faut établir que son origine pakistanaise a joué un rôle dans la décision de lui refuser une formation de pilotage. S'il s'agit au contraire de discrimination indirecte, la question de savoir si l'origine nationale a constitué un facteur dans la décision de l'exclure ne se pose pas et cela n'a pas à être prouvé. Le seul élément de preuve requis du plaignant est alors le suivant : les mesures antiterroristes américaines que Bombardier a appliquées ont-elles eu pour *effet concret* de l'exclure du fait de son origine nationale ? Quant à l'aspect systémique des choses, il signifie que la décision de Bombardier doit être située dans un contexte plus large, à savoir le contexte social, politique et sécuritaire qui prévalait aux États-Unis à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001 afin de pouvoir apprécier adéquatement le rôle joué par l'origine nationale dans la décision contestée ou encore l'effet préjudiciable des politiques antiterroristes américaines sur les non-citoyens américains.

B. La position du Tribunal des droits de la personne

Saisi en première instance de ce dossier, le Tribunal se montre ambivalent sur la juste qualification de la discrimination. Après avoir entendu une experte en profilage racial qui a démontré dans une étude approfondie les visées et l'impact discriminatoires des diverses mesures antiterroristes prises aux États-Unis à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le Tribunal en vient à la conclusion que ces mesures et programmes constituent du profilage racial « en ce qu'ils ont pour *effet* de cibler de façon discriminatoire les personnes d'origine arabe et les musulmans¹⁵ ». Parmi ces mesures à effet discriminatoire, le Tribunal fait état du « *Terrorist Listing* », à savoir une liste de terroristes potentiels confectionnée par le gouvernement américain de manière arbitraire et discriminatoire – puisqu'elle ne cible que des non-citoyens américains – et rendue accessible à l'ensemble des instances gouvernementales ayant à jouer un rôle de filtre sécuritaire aux États-Unis.

Le Tribunal fait également état du *National Security Exit and Entry Registration System (NSEERS)*, un programme qui requiert des non-citoyens américains identifiés comme étant arabes ou musulmans de s'inscrire auprès du ministère de l'Immigration à leur entrée aux États-Unis et

¹⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 304.

périodiquement par la suite. L'experte a démontré dans ses études que les musulmans étaient alors *réputés à risque* pour la sécurité nationale et que « l'ampleur des effets discriminatoires sur des personnes innocentes [...] a été sans précédent¹⁶ ». Au surplus, la preuve a fait voir qu'en 2004, une politique de resserrement des mesures antiterroristes dans le domaine de l'aviation a été adoptée par le gouvernement américain, ce qui a entraîné un transfert de responsabilités du ministère de la Justice (DOJ) à certains organismes de filtrage spécialisés¹⁷.

Le Tribunal a donc estimé que Bombardier s'est fait le relais des autorités américaines en appliquant des normes prises aux États-Unis dont les *effets* discriminatoires à l'égard de l'origine ethnique ou nationale ont été établis. Pour le Tribunal, il s'agit d'un cas de discrimination indirecte et systémique puisque « la preuve démontre que les mesures adoptées en matière d'aviation, appliquées uniquement aux non-citoyens américains, avaient pour *effet d'affecter*, dans une plus grande proportion, les personnes originaires de pays musulmans, tel le Pakistan¹⁸ ».

Cela dit, le Tribunal mentionne dans son jugement que le témoignage de l'experte appuie en outre la conclusion suivante : « le refus de [Bombardier], qui se faisait ainsi le relais des autorités américaines, *reposait sur* des considérations reliées à l'origine ethnique ou nationale de monsieur Latif¹⁹ ». Cette approche, propre à la discrimination directe, semble à première vue contradictoire avec la position du Tribunal selon laquelle la décision de refuser une formation de pilotage à M. Latif s'appuyait sur un critère neutre et non discriminatoire, à savoir le refus des autorités américaines de lui accorder un certificat de sécurité²⁰. Cependant, cette conclusion de discrimination directe du Tribunal s'est imposée par la preuve qui a démontré que, d'une part, les programmes antiterroristes américains visaient expressément des personnes et des pilotes d'avion en fonction de leur origine nationale, certains ciblant même spécifiquement ceux qui étaient d'origine arabe ou de confession musulmane et que, d'autre part, Bombardier était parfaitement au courant de ce fait puisque le cadre qui a pris la décision de refuser une formation au plaignant a confirmé

¹⁶ *Id.*, par. 306.

¹⁷ *Id.*, par. 304.

¹⁸ *Id.*, par. 313.

¹⁹ *Id.*, par. 301.

²⁰ *Id.*, par. 284 et 310.

avoir suivi des sessions de formation sur les mesures antiterroristes post 2001 aux États-Unis et que, partant, il connaissait personnellement les objectifs discriminatoires de ces mesures et le contexte de profilage racial ou ethnique dans lequel elles baignaient²¹.

Pour le Tribunal, il s'agit en somme d'un cas de discrimination systématique ou généralisée dans les instances gouvernementales américaines, lequel est caractérisé par le fait qu'il comporte à la fois des décisions et politiques fondées directement sur l'origine nationale et d'autres qui «avaient pour effet d'affecter, dans une plus grande proportion, les personnes originaires de pays musulmans, tel le Pakistan²²».

Le Tribunal a donc conclu au caractère discriminatoire du refus de Bombardier d'inscrire le plaignant à la formation qu'il avait demandée en vertu des articles 10²³ et 12²⁴ de la Charte québécoise. Il a ensuite abordé la question distincte de la justification de cette exclusion²⁵. Le Tribunal a

²¹ *Id.*, par. 309.

²² *Id.*, par. 313.

²³ Art. 10: «Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, [...] la religion, [...] l'origine ethnique ou nationale [...]. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.»

²⁴ Art. 12: «Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.»

²⁵ Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 8, où la juge L'Heureux-Dubé rappelle le cadre analytique en deux étapes de la Charte québécoise: «Quant à l'analyse de la discrimination [...], la Charte envisage une démarche à deux volets. La première étape, que prévoit l'art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé. [...] Ce n'est qu'au deuxième volet, soit en vertu de l'art. 20 de la Charte, qu'il incombe à l'employeur de démontrer que la mesure reprochée est justifiée parce qu'elle est fondée sur des aptitudes ou des qualités requises par l'emploi» (par. 65-66). Cette approche en deux étapes distinctes, retenue dans *C.U.S.M. c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, par. 50, est également approuvée par la Cour suprême dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 34-38.

analysé les deux arguments principaux de Bombardier à cet égard, à savoir le risque que présentait le dossier du plaignant pour la sécurité nationale et les conséquences financières pour Bombardier de ne pas se plier aux décisions des autorités américaines en matière de sécurité aérienne, même si elle n'était pas obligée de le faire en l'espèce puisque M. Latif voulait s'inscrire à une formation sur la base de sa licence canadienne. Rappelant que le fardeau de preuve en matière de justification d'une mesure discriminatoire relève du défendeur, le Tribunal en arrivera à la conclusion que l'exclusion du plaignant n'a pas été correctement justifiée vu l'absence totale de preuve quant au risque de sécurité que présente ce dernier et vu l'irrecevabilité de l'argument économique pour justifier une discrimination²⁶.

Le Tribunal a ensuite condamné Bombardier à des dommages-intérêts et lui a ordonné de « cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de sécurité nationale lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote canadienne²⁷ ».

C. La position de la Cour d'appel

Pour la juge Marie St-Pierre qui a rendu le jugement de la Cour, nul besoin de qualifier le type de discrimination alléguée en l'espèce ni de distinguer entre discrimination directe et indirecte comme la Cour suprême s'emploie à le faire depuis au moins trente ans dans la perspective

²⁶ Sauf en contexte d'accommodement raisonnable, où la défense de contrainte excessive posée par des coûts de mise en œuvre disproportionnés est acceptée en jurisprudence, l'argument économique ne peut justifier une discrimination : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 6, par. 544-546 ; *Zurich Insurance c. Ontario*, [1992] 2 R.C.S. 321, 349 ; *Conseil du Québec, Unité Here (FTQ) c. Roy*, 2008 QCCS 1192, par. 55 et 57. Voir aussi quant à l'application de l'article premier de la Charte canadienne : *Nouvelle-Écosse c. Martin (Workers' Compensation Board)*, 2003 CSC 54, par. 109 ; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, par. 71. Ce dernier arrêt ouvre la porte à l'argument économique si le gouvernement peut démontrer qu'il fait face à une « crise financière exceptionnelle » (par. 69 et 97).

²⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 451.

de l'égalité réelle. Se basant sur un jugement désuet de la Cour d'appel²⁸ puisqu'il est antérieur à l'arrêt *Bergevin*²⁹, elle affirme ceci :

Le lien de causalité entre l'exclusion et le motif prohibé, en l'espèce l'origine ethnique ou nationale (l'origine pakistanaise de Latif) demeure *dans tous les cas* (*discrimination directe ou indirecte*) un ingrédient essentiel à une conclusion de discrimination³⁰.

Pourtant, comme chacun le sait, une discrimination indirecte consiste par définition en une distinction de traitement *non* fondée sur un motif prohibé de discrimination et, partant, non causé comme tel par un motif prohibé. La cause réelle d'une discrimination indirecte réside plutôt dans une exigence neutre, légitime et non discriminatoire en apparence, par exemple «être disponible le samedi» ou «détenir un diplôme d'études secondaires». On conclura néanmoins à l'existence d'une discrimination indirecte si une telle exigence neutre appliquée à tous produit en réalité un effet distinct (*disparate impact*) et préjudiciable sur les membres d'un groupe identifiable protégé par nos chartes contre les mesures discriminatoires. Comment une notion aussi élémentaire du droit à l'égalité réelle et de la protection contre la discrimination peut-elle encore échapper à notre Cour d'appel en 2015 ?

Faisant ensuite fi de l'expertise du Tribunal des droits de la personne, la Cour d'appel procède à une réévaluation générale de la preuve et rejette en bloc l'analyse exhaustive effectuée par le Tribunal qui, soit dit en passant, était présidé par la juge Rivet qui cumulait alors 20 ans d'expérience dans l'administration et l'évaluation de la preuve de discrimination en plus d'être appuyée par deux assesseurs chevronnés. La Cour infirme donc sans aucune retenue les inférences et conclusions de fait du Tribunal³¹,

²⁸ *Québec (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.). Cet arrêt adoptait la même analyse que le jugement de la Cour d'appel dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, J.E. 92-1020*, qui exigeait un lien de causalité même en contexte de discrimination indirecte. Or, comme on le sait, ce dernier jugement a été infirmé par la Cour suprême en 1994 : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, préc.*, note 6.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Bombardier Aerospace Training Centre c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, par. 98 (italiques et soulignement ajoutés).

³¹ *Id.*, par. 93, 129, 139 et 140.

celles-ci devant répondre aux mêmes exigences, tient-elle à préciser, que toute autre affaire en matière civile³².

C'est ainsi que la Cour d'appel écarte la conclusion du Tribunal (et de la Commission) selon laquelle le rapport et le témoignage de l'experte en profilage racial relié aux diverses mesures antiterroristes américaines prises entre 2001 et 2004 établissait le contexte socio-politique permettant, avec d'autres éléments de preuve circonstancielle, de tirer l'inférence que l'origine pakistanaise du plaignant constituait le motif probable de son exclusion. Pour elle, la situation est simple : cette preuve portant sur l'impact et les circonstances discriminatoires des mesures antiterroristes américaines se résume à des « soupçons ou spéculations³³ » et elle s'avère non pertinente parce qu'elle porte sur de nombreux programmes américains, mais non sur le programme de sécurité spécifique en vertu duquel M. Latif s'est vu refuser une approbation de sécurité, à savoir l'*Alien Flight Student Program* (AFSP)³⁴. Par ailleurs, la Cour d'appel ne tient aucun compte non plus du fait prouvé devant le Tribunal des droits de la personne de la connaissance personnelle des objectifs et des effets discriminatoires des mesures antiterroristes par le cadre de Bombardier qui a refusé une formation au plaignant.

Bref, la plus haute juridiction du Québec écarte les éléments contextuels et circonstanciels soumis en preuve et retenus par le Tribunal alors qu'il s'agit d'éléments-clés de toute analyse en situation de discrimination systémique et, pour elle, le fait que ce programme AFSP ne vise, comme les autres mesures antiterroristes, que des étrangers n'a aucun rapport avec l'origine nationale!³⁵ Sans le réaliser sans doute, la Cour se trouve ici à adhérer au concept formel et dépassé du « *separate but equal* » selon lequel la loi respecte le droit à l'égalité lorsqu'elle exclut une catégorie de personnes (les femmes, les noirs, les étrangers) ou les traite plus mal que la population en général, dès lors que les membres de la catégorie visée

³² *Id.*, par. 131. Il s'agit bien sûr du critère des présomptions « graves, précises et concordantes » prévu à l'art. 2849 du *Code civil du Québec*.

³³ *Id.*, par. 104-106.

³⁴ *Id.*, par. 110 et 140.

³⁵ *Id.*, par. 110 : « Contrairement à certains programmes discutés par [l'experte] Bahdi qui ciblent nommément les arabes et les musulmans, le programme qui nous concerne (AFSP) s'adresse à toute personne qui n'est pas un citoyen américain, sans égard à la nationalité ».

sont tous traités également, c'est-à-dire qu'entre eux la loi ne fait pas de distinction, ils sont tous exclus ou maltraités³⁶.

Étant donné que, quelques mois plus tôt dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois*³⁷, la Cour suprême avait confirmé avec force l'expertise du Tribunal des droits de la personne tant sur l'évaluation de la preuve de discrimination que sur l'interprétation des droits et libertés protégés par la Charte québécoise, ainsi que la déférence auquel le Tribunal avait droit sur ces questions, on pouvait s'attendre à ce qu'elle corrige énergiquement les errances de la Cour d'appel dans ce dossier *Bombardier Aéronautique* comme elle a eu à le faire tant de fois en matière d'interprétation du droit à l'égalité. Cette fois, il y a lieu de le déplorer, la déception sera au rendez-vous.

D. La position de la Cour suprême

Après une introduction classique sur la nécessité d'une interprétation large et libérale, contextuelle et téléologique en matière de droits fondamentaux protégés par une loi quasi constitutionnelle comme la Charte québécoise, après avoir ensuite rappelé les diverses formes de discrimination, puis enfin après avoir précisé la notion de profilage racial qui peut découler *soit* d'une action gouvernementale préjudiciable qui, pour des raisons de sécurité, repose sur des caractéristiques comme la race, l'origine ethnique ou la religion, *soit* encore d'une action qui applique une mesure de façon disproportionnée à des groupes identifiables par leur appartenance raciale, ethnique, nationale ou religieuse³⁸, la Cour suprême va, à

³⁶ C'était l'argument de la Cour supérieure et de la Cour d'appel de l'Ontario pour rejeter une plainte de discrimination dans le contexte d'un refus de services scolaires à un élève dyslexique, argument qui a été rejeté énergiquement par la juge Abella dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61. Voir *infra*, note 52.

³⁷ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, par. 37-38.

³⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 33. La Cour adopte la définition proposée par la Commission dans un document intitulé *Le profilage racial : mise en contexte et définition*, COMMISSION DES DROITS DE LA PERRSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, 2005, p. 15. Elle fait aussi référence à un document de la Commission ontarienne intitulé *Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale*, COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERRSONNE, 2005, p. 21.

l'instar de la Cour d'appel et contre toute attente, gommer toute différence dans l'analyse juridique des diverses formes de discrimination et, du coup, dans le fardeau de preuve exigé du plaignant.

C'est ainsi qu'après avoir situé le profilage racial et la décision de Bombardier dans les « nouvelles formes de discrimination » indirecte ou systémique³⁹, les juges Wagner et Côté rappellent que l'intention discriminatoire n'est plus exigée au Canada depuis l'arrêt *O'Malley*⁴⁰ qui a été appliqué dans *Ville de Montréal*⁴¹ concernant l'interprétation de l'article 10 de la Charte québécoise⁴².

Selon les enseignements bien connus de l'arrêt *O'Malley*, cette constatation aurait dû mener la Cour suprême vers la recherche des seuls effets préjudiciables des mesures antiterroristes américaines appliquées aveuglément par Bombardier envers les personnes qui, comme le plaignant, ne sont pas d'origine nationale américaine. Il n'en sera toutefois rien. Pour la Cour, « une analyse juridique donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du même degré de preuve⁴³ ». Ce qui signifie qu'il faut, dans tous les cas de figure, et donc en discrimination directe comme indirecte, systémique ou non, qu'un motif prohibé par l'article 10 de la Charte québécoise ait contribué à la décision discriminatoire et à l'exclusion qui s'ensuit⁴⁴.

Sur quoi repose cette confusion des genres ? Pour la Cour, ce qui importe, c'est le remplacement de l'exigence du « lien causal » jugé trop strict dans le contexte de la Charte québécoise par celui d'un simple « lien » entre le motif prohibé et la distinction de traitement car, insiste-t-elle, « la jurisprudence en matière de droits de la personne s'attache aux effets discriminatoires plutôt qu'à l'existence d'une intention discriminatoire ou de causes directes⁴⁵ ».

³⁹ *Id.*, par. 32-33.

⁴⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 9.

⁴¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 8.

⁴² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 40.

⁴³ *Id.*, par. 69 (soulignement ajouté).

⁴⁴ *Id.*, par. 50-52.

⁴⁵ *Id.*, par. 49.

Cette justification hors contexte donne la pleine mesure de la confusion conceptuelle qui règne dans ce jugement. On semble ignorer que la théorie de l'effet discriminatoire se rattache uniquement aux cas de discrimination indirecte et qu'elle exclut, *par définition*, toute recherche d'un lien quelconque, qu'il soit causal ou non, entre une décision d'exclure et un motif prohibé. En pareille situation, seul compte l'effet préjudiciable sur un groupe protégé par l'article 10 de la Charte québécoise d'une exigence neutre et, partant, sans lien au départ avec un motif illicite. En revanche, si un demandeur prétend qu'il a été exclu d'un lieu public en raison de sa couleur, il ne lui est pas utile d'établir qu'il a subi un préjudice s'il ne peut pas démontrer que sa couleur constitue la cause ou le fondement de son exclusion ou qu'à tout le moins elle a joué (consciemment ou inconsciemment) un rôle dans la décision. Bref, le lien motif-exclusion se trouve au cœur d'une situation de discrimination directe alors qu'il est inexistant et non pertinent en situation de discrimination indirecte.

Néanmoins et contre toute logique, la Cour suprême va estimer, comme la Cour d'appel, que la preuve d'un « lien » entre motif et distinction est toujours requise, quelle que soit la forme de discrimination car « une analyse juridique donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du même degré de preuve⁴⁶ ».

Comment la Cour suprême peut-elle renier trente ans de jurisprudence progressiste et nier toute spécificité à la discrimination indirecte ? La reconnaissance de cette forme de discrimination dans l'arrêt *O'Malley* et,

⁴⁶ *Id.*, par. 69. Les éléments constitutifs en question étant 1) une différence de traitement ; 2) un motif énuméré à l'art. 10 ; 3) un préjudice dans l'exercice en pleine égalité de l'un des droits garantis par la Charte (par. 35). À noter que, même en recadrant les faits de *Bombardier Aéronautique* dans une perspective de discrimination directe, qui était celle de la Commission au fond (bien qu'elle l'ait situé dans un contexte systémique), l'incohérence de la Cour ne s'arrête malheureusement pas là. En effet, après avoir affirmé qu'il faut rejeter l'exigence d'un lien causal selon les normes traditionnelles du droit civil québécois (à savoir que le motif prohibé doit impérativement constituer la « cause efficiente » ou « réelle » d'une exclusion) et avoir conclu qu'il suffit au contraire que l'origine nationale ait simplement joué un rôle dans l'exclusion ou en ait été un facteur contributif (par. 50-52), la Cour conclut néanmoins que le pourvoi doit être rejeté parce que la Commission n'a pas réussi à convaincre le Tribunal de l'existence d'une preuve directe du « motif véritable » de la décision américaine (par. 84), ni de l'existence d'un « rapport tangible » entre la décision américaine et la preuve d'islamophobie et de profilage racial généralisé ayant cours aux États-Unis après septembre 2001 (par. 88-89).

plus spécifiquement dans *Bergevin* pour ce qui est de la Charte québécoise, avait pourtant pour but de garantir un droit à l'égalité plus effectif aux victimes de discrimination en les exemptant précisément d'avoir à faire la preuve d'un lien direct entre la différence de traitement dont ils sont l'objet et un motif prohibé de discrimination. Certains éléments de l'arrêt de la Cour suprême dans *Bombardier Aéronautique* permettent de penser que cette confusion conceptuelle provient d'une interprétation erronée de la portée de deux arrêts de la Cour, soit *Meiorin*⁴⁷ et, plus récemment, *Moore*⁴⁸.

Dans l'arrêt *Meiorin*, une affaire de discrimination indirecte où l'administration d'un test aérobique avait pour effet d'exclure de façon disproportionnée les femmes du poste de pompier-forestier en Colombie-Britannique, la juge en chef McLachlin a indiqué au nom de la Cour qu'il y avait lieu d'uniformiser les exigences de preuve imposées *au défendeur* et d'éliminer la dualité des moyens de défense qui existaient jusque-là selon que la discrimination prouvée s'avérait directe ou indirecte et dont l'obligation d'accommodement raisonnable constituait l'enjeu principal. La doctrine a salué avec raison cette avancée puisque la dualité des régimes de défense conduisait à des situations absurdes et à beaucoup d'incohérence⁴⁹.

Bien que la juge McLachlin affirme dans l'arrêt *Meiorin* qu'il n'y a plus lieu de distinguer entre discrimination directe et indirecte⁵⁰, il faut situer cette affirmation dans le contexte de cette affaire qui portait uniquement sur les moyens de défense appropriés et sur l'existence ou non d'une obligation d'accommodement de la part de l'employeur. La portée de cette affirmation ne peut donc pas aller au-delà parce qu'elle favorise le droit à l'égalité réelle lorsqu'on la limite aux moyens de défense, alors qu'elle réduit la protection contre la discrimination si on l'applique à la preuve de discrimination qui est à la charge du demandeur. Prétendre qu'il faut gommer toute distinction entre discrimination directe et indirecte sur la base de l'arrêt *Meiorin* constitue donc une erreur.

⁴⁷ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3.

⁴⁸ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 36.

⁴⁹ Pour un exposé détaillé de ces incohérences et l'articulation de la théorie conduisant à la fusion des moyens de défense, voir : Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 109-131.

⁵⁰ *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, préc., note 47, par. 50.

En ce qui concerne l'arrêt *Moore* rendu en 2012 par la juge Abella, il s'agit de l'impact discriminatoire d'une politique d'austérité budgétaire imposée par une loi provinciale sur des élèves ayant un handicap. Une commission scolaire a refusé des services pédagogiques à un élève dyslexique parce qu'elle s'estimait incapable de lui fournir des services adéquats dans le cadre des budgets limités dont elle disposait. Bien entendu, la juge Abella rappelle que l'égalité réelle passe par un traitement adapté pour les élèves en difficulté et que la commission scolaire a l'obligation de fournir ces services spécialisés puisque tous les élèves du secteur public ont droit d'avoir un accès véritable et concret à une éducation de qualité en pleine égalité⁵¹. Il n'est pas question, comme on l'a fait en première instance et en appel, de se limiter à comparer les handicapés entre eux ; il importe au contraire comparer ces derniers avec l'ensemble des élèves⁵².

La tentative d'uniformiser les éléments du fardeau de preuve du demandeur quel que soit le type de discrimination dont il fait l'objet semble fondée sur la phrase suivante de la juge Abella : « les plaignants doivent démontrer qu'ils ont subi un effet préjudiciable (*adverse impact*) relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable (*was a factor in the adverse impact*)⁵³ ».

Qu'on soit en discrimination directe ou indirecte, il va de soi que le demandeur a toujours le fardeau de prouver un préjudice⁵⁴. Cependant, la

⁵¹ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, préc., note 36, par. 28, 32, 34 et 36.

⁵² *Id.*, par. 30-31 : « Si Jeffrey est comparé uniquement à d'autres élèves ayant des besoins spéciaux, il n'est pas possible d'examiner dans son ensemble la question de savoir s'il a profité de l'accès véritable à l'éducation auquel ont droit tous les élèves de la Colombie-Britannique. [C]ette approche risque de perpétuer exactement le désavantage ainsi que l'exclusion de la société ordinaire que le *Code* est censé corriger [et] d'aboutir à des justifications du genre "separate but equal", principe qui a été rejeté majestueusement dans l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) ».

⁵³ *Id.*, par. 33. Cet extrait de *Moore* semble avoir fortement impressionné un auteur qui y a vu un argument en faveur de l'uniformisation des éléments du fardeau de preuve du demandeur : Alexis AUBRY, « *C.D.P.D.J. c. Bombardier inc.* : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination », (2014) 44 *Revue générale de droit* 505.

⁵⁴ Les trois éléments de base de la discrimination en vertu de la Charte québécoise étant 1) une différence de traitement, 2) un motif énuméré et 3) un préjudice (ou un effet préjudiciable). Voir note 46.

théorie de la discrimination « par l'effet préjudiciable » (ou « *adverse effect discrimination* ») correspond à celle de la discrimination indirecte. En sorte que le critère du « facteur dans l'effet préjudiciable » n'a pas le même sens selon qu'on se trouve devant une discrimination directe ou indirecte.

Au risque de me répéter, il importe de rappeler la théorie de base. En discrimination directe, le motif prohibé est un facteur contributif de type causal (lien direct motif-exclusion) : c'est en raison du handicap ou de l'origine nationale qu'une décision est prise et entraîne une différence de traitement ; le motif prohibé est alors le fondement (ou l'un des fondements) de la décision. Voilà pourquoi la Cour d'appel de l'Ontario a reformulé le critère de *Moore* dans l'arrêt *Pieters*⁵⁵ en termes d'« *adverse treatment* » (et non d'« *adverse impact* ») dans une affaire de discrimination directe où un avocat de couleur s'était fait demander, contrairement aux autres, de prouver qu'il était membre du Barreau pour avoir accès au salon des avocats d'un palais de justice.

En discrimination indirecte, le motif n'est pas un facteur de type causal : ce n'est pas en raison du handicap ou de l'origine qu'une décision est prise au départ et celle-ci ne vise pas des individus appartenant à un groupe identifiable par le handicap ou l'origine nationale. Toutefois, ces derniers subissent indirectement les contrecoups ou les conséquences de la décision, même si elle ne s'adresse pas à eux spécialement (parce qu'elle est neutre et générale). Le lien avec le motif illicite est donc indirect et ne peut être établi que postérieurement à la prise d'une décision ou d'une politique neutre et générale, d'où l'expression discrimination indirecte.

Chose certaine, le résultat de cette tentative d'uniformiser les éléments du fardeau de preuve du demandeur dans *Bombardier Aéronautique* est aussi clair que désastreux : en niant les distinctions fondamentales qui caractérisent la discrimination directe et la discrimination indirecte et qui ont pour but de permettre à une victime de discrimination indirecte d'obtenir réparation alors même qu'aucun motif prohibé n'a été un facteur dans la décision de l'exclure, la Cour suprême vient saper un pan majeur de sa jurisprudence en matière d'égalité réelle et, du coup, abandonne les groupes défavorisés qui sont les premières victimes de la discrimination indirecte. Cela s'avère d'autant plus déplorable que cette position n'était nullement requise pour régler le sort du plaignant dans *Bombardier Aéronautique*. La Commission n'ayant jamais plaidé qu'il s'agissait de discrimination indirecte, mais plutôt que le refus de formation par l'entreprise

⁵⁵ *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396, par. 59.

Bombardier *reposait sur* l'origine nationale, ce qu'un contexte général de discrimination systémique aux États-Unis venait appuyer⁵⁶, il devenait complètement inutile de déclarer que, d'une part, la preuve du demandeur est la même dans tous les cas de discrimination et que, d'autre part, ce dernier doit toujours établir l'existence d'un lien entre un motif prohibé et une différence de traitement au sens où ce motif a joué un rôle dans la décision d'exclure ou de préférer.

Cela dit, on doit admettre qu'il est parfois difficile de qualifier correctement la discrimination alléguée et l'affaire *Bombardier Aéronautique* illustre bien cette difficulté. Toutefois, éliminer ce défi en privant le demandeur de la possibilité de faire la preuve qu'une mesure ou une politique a un effet discriminatoire sur lui sans reposer sur une caractéristique personnelle visée par l'article 10 de la Charte québécoise constitue une solution bancale et contraire à l'objet même du droit à l'égalité, que ce soit dans le cadre de la Charte québécoise, de la Charte canadienne ou de la législation quasi constitutionnelle sur les droits de la personne au Canada. À cet égard, l'arrêt *Bombardier Aéronautique* constitue donc un regrettable pas en arrière, non un pas un avant.

III. La problématique de la preuve *prima facie*

A. En situation de discrimination directe

Rappelons la position de la Commission dans le dossier *Bombardier Aéronautique*⁵⁷ : d'une part, le litige ne porte pas sur la décision américaine, mais bien sur le refus de Bombardier elle-même d'offrir une formation au plaignant en tant que détenteur d'une licence de pilote canadienne ; d'autre part, malgré l'absence de preuve directe sous forme d'aveu, le contexte d'islamophobie et d'obsession sécuritaire prévalant aux États-Unis à partir du 11 septembre 2001 et l'ensemble des circonstances mises en preuve et propres au dossier du plaignant⁵⁸ permettent d'inférer que

⁵⁶ *Mémoire de l'appelante* devant la Cour suprême, par. 80.

⁵⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 1, 267 et 310-315 ; *Mémoire de l'appelante* devant la Cour suprême, par. 85-86.

⁵⁸ Parmi ces circonstances mises en preuve : le dossier sans tache du plaignant à titre de pilote depuis 40 ans prouvant sa compétence et ne montrant aucun signe de risque pour la sécurité nationale des États-Unis ; le fait que le refus d'approbation correspond

l'origine nationale a vraisemblablement joué un rôle dans la décision de l'entreprise canadienne de refuser au plaignant une formation de pilotage et, par conséquent, forçaient la défenderesse à réfuter cette présomption simple ou *prima facie* de discrimination, ce qu'elle a omis de faire.

Rappelons également la réponse de la Cour suprême (comme de la Cour d'appel) à la position de la Commission : le contexte islamophobe qui sous-tendait les politiques antiterroristes américaines et que Bombardier connaissait pertinemment est sans pertinence et doit être ignoré ; il y a lieu de procéder à une réévaluation générale de la preuve de discrimination analysée par le Tribunal des droits de la personne nonobstant l'expertise pointue qui lui a été reconnue en la matière dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois*⁵⁹ et de rejeter chacun des éléments de preuve circonstancielle présenté par la Commission⁶⁰ ; comme la Commission a échoué à établir que la décision de Bombardier ou des autorités américaines était fondée sur l'origine nationale, Bombardier n'avait pas l'obligation de présenter une preuve visant à réfuter les allégations de discrimination portées contre elle.

Les positions rigides de la Cour d'appel⁶¹ et de la Cour suprême⁶² relativement au fardeau de preuve du demandeur en matière de discrimi-

avec un resserrement des règles de sécurité antiterroristes (de décembre 2003 à septembre 2004) ; le fait que la demande de formation du plaignant ait été faite exceptionnellement à partir du Pakistan et non du Canada ; le fait que le cadre qui a piloté le dossier du plaignant chez Bombardier avait assisté à plusieurs formations aux États-Unis sur les mesures de sécurité aérienne lors desquelles les mesures antiterroristes ciblant les pilotes étrangers (arabes et musulmans surtout) étaient au programme ; l'attitude d'aveuglement volontaire dont a fait preuve Bombardier en s'abstenant de faire toute vérification élémentaire auprès des autorités canadiennes ou américaines quant aux fondements de la décision américaine de refuser d'accorder au plaignant un certificat de sécurité ; l'absence totale d'explications des autorités américaines, malgré des demandes répétées de la part du plaignant, sauf une simple affirmation : « risque pour la sécurité nationale des États-Unis ».

⁵⁹ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville de)*, préc., note 37, par. 37-38.

⁶⁰ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 81-99.

⁶¹ *Bombardier Aerospace Training Centre c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 30, par. 100-146.

⁶² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 88.

nation directe s'avèrent problématiques à au moins deux égards : celui du concept de preuve *prima facie* et celui de la norme de la prépondérance des probabilités.

1. La preuve *prima facie* de discrimination et son interprétation

En ce qui concerne le demandeur, son fardeau consiste à établir *prima facie* qu'il est victime d'une décision ou d'une politique discriminatoire. Or, que signifie l'expression « preuve *prima facie* » ? C'est l'arrêt de principe *O'Malley* qui l'exprime en ces termes et qui fait autorité à cet égard :

[...] le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire qu'il y a discrimination. Dans ce contexte la preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intime⁶³.

Or, comme la preuve directe est rarement disponible (qui avouera avoir agi par racisme, sexisme ou islamophobie ou avoir tenu compte de la race, du sexe ou de la religion pour exclure une candidature ?), le demandeur doit le plus souvent établir la discrimination par présomptions et de façon circonstancielle, c'est-à-dire par le contexte et les circonstances propres à chaque cas.

Cette preuve circonstancielle s'avère encore plus difficile à faire quand il s'agit de discrimination inconsciente, un phénomène bien connu et qui résulte souvent de pratiques institutionnelles ou systémiques⁶⁴. Bien que l'intention de nuire ou de discriminer n'est plus requise en droit anti-discrimination moderne parce qu'une telle exigence de preuve imposerait un fardeau trop lourd au demandeur et mettrait en échec la lutte contre la discrimination⁶⁵, il n'en reste pas moins que la difficulté pour le

⁶³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 9, par. 28.

⁶⁴ *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, par. 34 ; *Peart v. Peel Regional Police Services*, (2006) 43 C.R. (6th) 175 (Ont. C.A.), par. 95 ; *R. v. Brown*, (2003) 173 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), par. 44.

⁶⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 9, par. 14 : « conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code [des droits de la personne] serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation ».

demandeur en situation de discrimination directe consiste souvent à devoir faire la preuve de l'état d'esprit du défendeur⁶⁶. Se posent alors les questions suivantes : comment, de façon réaliste, un demandeur peut-il prouver *prima facie*, au moyen d'une preuve circonstancielle et contextuelle, qu'un motif illicite a contribué consciemment ou inconsciemment à son exclusion si le défendeur n'a pas à fournir d'explications sur sa décision ou sa conduite ? Quelle importance les tribunaux doivent-ils donner au contexte discriminatoire entourant la décision dont le plaignant a été victime ?

Prenons, à titre d'exemple, le rejet de la candidature d'un musulman à un poste de professeur d'université et supposons que la compétence du candidat a été bien établie. La situation est-elle la même, du point de vue du fardeau de preuve *prima facie* du demandeur si, dans l'université où il a présenté sa candidature, il existe un contexte bien documenté d'islamophobie par opposition à une autre université sans reproche à cet égard ? En d'autres termes, lorsqu'il existe un contexte général de préjugés démontré par divers éléments de preuve⁶⁷, les tribunaux ne devraient-ils pas exiger une explication convaincante de la part du défendeur, par exemple une preuve de l'incompétence du candidat, de sa sous-qualification (absence de Ph.D.), d'antécédents de harcèlement ou de violence pour *réfuter* tout lien entre la décision de rejeter la candidature et un motif discriminatoire ? Comment le demandeur peut-il faire la preuve que la religion, en raison de préjugés islamophobes, a influé sur la décision des autorités universitaires si ces dernières peuvent tranquillement se camper dans le silence ? Comme le fait remarquer avec beaucoup de justesse la Cour d'appel de l'Ontario, en matière de discrimination « the respondent's evi-

⁶⁶ *Peel Law Association v. Pieters*, préc., note 55, par. 72 : « In race cases especially, the outcome depends on the respondent's state of mind, which cannot be directly observed and must almost always be inferred from circumstantial evidence ».

⁶⁷ L'art. 2849 C.c.Q. exige des éléments de preuve « graves, précis et concordants » pour établir une présomption, un critère mal adapté, ici encore, à la réalité de la discrimination insidieuse et inconsciente qui caractérise notamment les situations de discrimination systémique. Contrairement à la Cour d'appel, qui a insisté sur l'application intégrale de l'art. 2849 « comme dans toute autre cause civile » (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 131), il est intéressant de noter que la Cour suprême n'a même pas mentionné cette disposition du Code civil, s'en tenant à la notion de prépondérance des probabilités.

dence is often essential to accurately determining what happened and what the reasons for a decision or action were⁶⁸».

Le contraste est frappant entre cette approche souple et réaliste que requiert la mise en œuvre du droit anti-discrimination et celle de la Cour suprême dans l'arrêt *Bombardier Aéronautique* : le défendeur n'est tenu de fournir des explications, c'est-à-dire de montrer qu'un motif illicite de discrimination n'est aucunement entré en ligne de compte dans sa décision, que si la preuve du demandeur est, selon la prépondérance des probabilités, « complète et suffisante⁶⁹ ». À défaut, le défendeur a droit au silence. On se croirait en matière pénale !

L'interprétation large, libérale, contextuelle et téléologique de la Charte des droits – que rappelle la Cour suprême dans *Bombardier Aéronautique*⁷⁰ – n'est-elle pas battue en brèche par l'incapacité de cette dernière d'interpréter avec souplesse la règle de la preuve *prima facie* de façon à pouvoir réaliser l'objet de cette Charte, notamment de protéger concrètement la dignité humaine et de combattre de manière efficiente les pratiques discriminatoires ?

Après tout, n'est-ce pas précisément pour cette raison que la Cour met de côté une jurisprudence québécoise bien établie requérant la preuve d'un lien causal entre le motif illicite et la différence de traitement pour lui substituer l'exigence d'une simple corrélation, d'un facteur ayant contribué, parmi d'autres, à l'exclusion d'une personne ? Exiger un rapport aussi étroit que le lien causal, affirme-t-elle, « pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur⁷¹ », une position en droite ligne avec les

⁶⁸ *Peel Law Association v. Pieters*, préc., note 55, par. 72. À noter qu'en matière fiscale, on distingue entre preuve *prima facie* et preuve concluante : « Une preuve *prima facie* n'est pas la même chose qu'une preuve concluante, qui exclut la possibilité que toute conclusion autre que celle établie par cette preuve soit vraie » : *Amiante Spec Inc. c. Canada*, 2009 CAF 139, par. 23. Dans *Hickman Motors c. V.R.*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 91, la Cour suprême précise qu'un témoignage clair offert par un témoin crédible constitue une preuve *prima facie* si aucune preuve contraire n'a été présentée par le défendeur.

⁶⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 64-65 et 69.

⁷⁰ *Id.*, par. 31.

⁷¹ *Id.*, par. 51.

enseignements de l'arrêt *Larocque*⁷² où le juge LeBel rappelait « la nécessité de la flexibilité et de la créativité » dans les recours fondés sur les droits de la personne. Ayant compris les conséquences juridiques du statut distinct et quasi constitutionnel de la Charte québécoise des droits de la personne, le juge LeBel ajoutait également que « le droit des libertés civiles peut recourir au droit de la responsabilité civile dans les conditions qui s'y prêtent », mais que « le droit de la responsabilité civile ne fixe pas pour autant les limites des applications du droit des libertés civiles⁷³ ».

Pourquoi tant de souplesse concernant la nature du lien à établir entre un motif discriminatoire et une différence de traitement et tant de rigidité à propos de la preuve *prima facie* dudit lien dans *Bombardier Aéronautique* ? Si la Cour accepte déjà, avec raison, que les règles de causalité du droit civil doivent être adaptées pour assurer la pleine réalisation des objectifs supérieurs de la Charte québécoise, alors pourquoi, en matière de preuve, ne peut-elle pas faire les adaptations qui s'imposent ? Pourquoi invoquer la nécessité de « préserver l'uniformité, l'intégrité et la prévisibilité du droit⁷⁴ » en ce qui concerne la preuve *prima facie* du lien motif-exclusion, mais non en ce qui a trait à la nature (causale ou non) de ce lien ?

2. La norme de la prépondérance des probabilités

En common law comme en droit québécois, la norme de preuve imposée au demandeur en matière civile est celle de la prépondérance des probabilités et non celle de la preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière pénale. Prenant appui sur l'arrêt *Johnstone* de la Cour d'appel fédérale⁷⁵, la Commission a cependant fait valoir devant la Cour suprême que le fardeau de preuve du demandeur devait être modulé en

⁷² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30.

⁷³ *Id.*, par. 26.

⁷⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 69.

⁷⁵ *Canada (P.G.) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, par. 83-84 : « The test is necessarily flexible and contextual because it is applied in cases with many different factual situations involving various grounds of discrimination. [...] A flexible legal test of a *prima facie* case is better able than more precise tests to advance the broad purpose underlying the *Canadian Human Rights Act*, namely the elimination in the federal legislative sphere of discrimination. »

fonction du contexte et des circonstances⁷⁶. Le Tribunal de dernier ressort a opposé une fin de non-recevoir à cette invitation en soulignant, à l'instar de la Cour d'appel⁷⁷, que le même degré de preuve est requis dans tous les cas en droit civil québécois, à savoir celui de la prépondérance des probabilités⁷⁸.

Or, il semble bien ici que la Cour suprême confond la *norme* de preuve applicable en matière civile, à savoir celle de la prépondérance des probabilités, et le *degré* de preuve. Si la *norme* de prépondérance de la preuve est uniforme, et d'ailleurs énoncée clairement à l'article 2804 du Code civil, on reconnaît depuis longtemps en doctrine comme en jurisprudence que le *degré* de probabilité exigé peut varier selon l'objet du litige, le contexte, les circonstances d'une espèce, notamment selon qu'il s'agit de la preuve de la violation d'un droit ou, au contraire, de la preuve d'une exception audit droit.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne la Charte canadienne, la Cour suprême a établi clairement dans l'arrêt *Oakes*⁷⁹ que le fardeau de preuve des parties est celui de la prépondérance des probabilités, mais qu'en ce qui concerne le gouvernement appelé à défendre une règle de droit contraire aux droits fondamentaux, il doit soumettre une preuve « forte et persuasive » dans le cadre de l'article premier, un degré de probabilité non évoqué pour le demandeur⁸⁰. La Cour a d'ailleurs fait explicitement référence au célèbre traité de Sopinka et Lederman qui affirme ceci : « La norme générale applicable en matière civile [la prépondérance des probabilités] comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce⁸¹ », en sorte que les tribunaux doivent

⁷⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 57; *Mémoire de l'appelante* devant la Cour suprême, par. 74.

⁷⁷ *Bombardier Aerospace Training Centre c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 30, par. 131.

⁷⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 65.

⁷⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁸⁰ *Id.*, par. 67-68; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2015-16, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 48.

⁸¹ John SOPINKA et Sydney N. LEDERMAN, *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 385, cité et traduit dans *R. c. Oakes*, préc., note 79, par. 67.

exiger un degré de probabilité « proportionné aux circonstances⁸² ». La Cour suprême rappelait également dans l'arrêt *McDougall*⁸³ que bien qu'il n'existe en common law qu'une seule norme de preuve, celle de la prépondérance des probabilités, il faut, dans l'application de cette norme, tenir compte du contexte, de la probabilité intrinsèque des faits allégués ou de la gravité des allégations ou de leurs conséquences et ne pas oublier qu'« aucune norme objective ne permet de déterminer que [la preuve] est suffisamment [claire et convaincante]⁸⁴ ».

Ainsi, devant les nouvelles formes de discrimination souvent inconscientes et à caractère systémique qui sont mises au jour, les tribunaux canadiens reconnaissent déjà qu'il convient de rejeter une approche rigide en matière de preuve *prima facie* et d'opter pour une interprétation souple qui permet de promouvoir l'objet des lois sur les droits de la personne⁸⁵. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de l'Ontario, consciente qu'il s'agit, en discrimination directe, de scruter parfois l'état d'esprit du défendeur, a rappelé de façon salutaire que « the standard of proof requires only that the inference be more likely than not » et statué qu'il faut tenir compte du fait que, dans bien des cas, seul le défendeur possède l'information permettant de déterminer les fondements d'une décision et qu'en conséquence, « relatively little evidence is required before the inference of discrimination is permitted⁸⁶ ».

Bref, sur la question du fardeau de preuve respectif du demandeur et du défendeur, il existe de la doctrine et de la jurisprudence assez nuancées en matière civile en général et dans le domaine des droits de la per-

⁸² Citation de Lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458, approuvée dans *R. c. Oakes*, préc., note 79, par. 67-68.

⁸³ *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, par. 40 et 49, cité avec approbation dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2010 CAF 56, par. 96.

⁸⁴ *Id.*, par. 46.

⁸⁵ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, par. 283, 299 et 302; *Commission canadienne des droits de la personne c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 154, par. 28.

⁸⁶ *Peel Law Association v. Pieters*, préc., note 55, par. 71 et 73, fondé sur *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, réaffirmé notamment dans *C.-B. (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Institute Authority*, 2016 CSC 25 (avec la dissidence de la juge Côté, qui adopte une interprétation stricte du lien causal ayant pour effet de priver sept femmes atteintes du cancer du sein de toute indemnisation).

sonne en particulier. Ces sources ont d'ailleurs été plaidées en bonne et due forme par la Commission dans *Bombardier Aéronautique*⁸⁷. La question qu'il convient de soulever ici est la suivante : pourquoi la Cour suprême a-t-elle décidé d'ignorer purement et simplement ces autorités et d'interpréter l'arrêt *O'Malley* au pied de la lettre, comme s'il n'y avait qu'un seul degré de probabilité applicable dans tous les cas en matière civile et comme si l'erreur dans un contrat était l'équivalent d'une atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Charte québécoise des droits et libertés ?

Certes, le jugement de la Cour mentionne, pour la forme manifestement, que les tribunaux doivent tenir compte des circonstances propres à chaque affaire, que la nature de la preuve à présenter peut varier d'une affaire à l'autre et qu'ils doivent adopter une approche qui tienne compte du contexte⁸⁸. On ne trouve cependant aucune volonté de mettre concrètement en application les principes de souplesse qui sont évoqués sans conviction⁸⁹ puisque les règles de preuve y sont traitées avec une rigueur extrême au nom d'impératifs d'uniformité et de prévisibilité du droit civil. On s'emploie donc à démolir, littéralement, chacun des éléments contextuels et circonstanciels⁹⁰ qui, de l'avis du tribunal expert en matière d'évaluation de la preuve de discrimination sous toutes ses formes, auraient amplement justifié, pris dans leur ensemble, que l'entreprise canadienne soit au moins tenue de présenter des éléments de preuve visant à réfuter les allégations de la Commission⁹¹.

Chose certaine, la position de la Cour suprême marquée au coin de l'inflexibilité, voire de l'intransigeance, tranche avec sa jurisprudence normalement caractérisée par la volonté de faire en sorte que la législation quasi constitutionnelle sur les droits de la personne remplisse sa promesse

⁸⁷ *Mémoire de l'appelante* devant la Cour suprême, par. 83 et suiv.

⁸⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 69.

⁸⁹ À noter que la Cour parle de « la nécessaire flexibilité qui, selon la Commission, doit caractériser l'analyse de la discrimination *prima facie* » au par. 69, mais elle refuse de prendre clairement parti en faveur d'une analyse souple de la preuve pour remplir l'objet de la Charte québécoise.

⁹⁰ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 81-97.

⁹¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 315.

de liberté et d'égalité pour tous. En fait, elle ressemble à un jugement typique de la Cour d'appel par son insensibilité à la Charte québécoise et au tribunal spécialisé que le législateur a créé pour en assurer une protection vigoureuse⁹². Ce n'est certainement pas avec l'argument traditionnel d'uniformité et de prévisibilité du droit civil que la Charte québécoise peut constituer un instrument juridique efficace pour contrer le fléau des pratiques discriminatoires dans notre société. Tant que nos tribunaux n'appliqueront pas les règles de preuve en tenant compte de la prééminence de la Charte dans la hiérarchie des normes et du rôle privilégié qu'elle occupe dans notre société, tant qu'ils ne forceront pas les défendeurs à fournir des explications crédibles pour réfuter des allégations de discrimination, en particulier lorsqu'une preuve documentée de préjugés systémiques a été présentée dans un dossier donné, ils empêcheront la Charte d'atteindre ses objectifs en matière d'égalité.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême a affirmé que les employeurs doivent être proactifs afin d'éviter les effets discriminatoires de leurs politiques⁹³. N'y a-t-il pas lieu, logiquement, de transposer cette approche dynamique en matière de preuve et d'exiger du défendeur une explication suffisante, notamment quand l'exclusion s'inscrit dans un contexte de discrimination systémique comme dans *Bombardier Aéronautique* ?

B. En situation de discrimination indirecte

La Cour suprême, on l'a vu, a d'abord situé le dossier *Bombardier Aéronautique* dans la perspective de la discrimination indirecte et systé-

⁹² C'est ce qui ressort clairement du Rapport final de la Commission des institutions, qui, en 1988, a proposé de modifier la Charte québécoise pour créer un tribunal spécialisé sur les droits de la personne « plus sensibilisé aux questions de discrimination et d'exploitation [et] mieux préparé pour statuer sur une plainte que les juges de cour ordinaire ». L'art. 101 de la Charte reflète cette préoccupation en précisant que les juges du Tribunal doivent avoir « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne » pour y être nommés. Voir : Stéphane BERNATCHEZ, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 203, 209-212 ; Sébastien SENÉCAL et Christian BRUNELLE, « Le Tribunal des droits de la personne devant la Cour d'appel du Québec : appel à plus de déférence », (2015) 60 *Revue de droit de McGill* 475.

⁹³ *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, préc., note 47, par. 55.

mique⁹⁴. Elle l'a toutefois traité selon la grille d'analyse de la discrimination directe puisqu'elle s'est demandé, comme la Cour d'appel, si la décision contestée reposait sur l'origine pakistanaise du plaignant⁹⁵. Elle a par ailleurs rejeté péremptoirement la preuve de l'experte en profilage racial présentée devant le Tribunal au motif que ses conclusions d'effet disproportionné des candidats d'origine arabe ou de confession musulmane ne portaient pas spécifiquement sur le programme en vertu duquel le plaignant a été empêché d'avoir accès à une formation à Montréal⁹⁶.

Cet arrêt pose ainsi le problème du fardeau de la preuve du demandeur en matière de discrimination indirecte et systémique. On remarque une tendance à la Cour suprême (et à la Cour d'appel⁹⁷) à se faire de plus en plus exigeante sur ce type de preuve et, par conséquent, à affaiblir la garantie d'égalité réelle contre la discrimination indirecte. À cet égard, l'arrêt *Taypotat*⁹⁸ me paraît révélateur. Il était question dans cette affaire d'une mesure législative d'une bande indienne imposant l'obligation de posséder un diplôme d'études secondaires à tout membre de la réserve voulant faire partie du conseil de bande. Un ancien chef, âgé de 76 ans, voulait se représenter, mais on a rejeté sa candidature parce qu'il n'avait que dix ans de scolarité⁹⁹. Il a alors plaidé que cette exigence neutre en apparence avait un effet discriminatoire sur les plus âgés de la bande¹⁰⁰. La Cour d'appel fédérale avait pris connaissance d'office des données de Statistiques Canada de 2006 montrant un écart considérable entre les jeunes de moins de 35 ans et les personnes de plus de 55 ans au Canada quant à la possession d'un diplôme d'études secondaires : 23 % du premier groupe détenaient un tel diplôme contre 11 % seulement pour les plus âgés¹⁰¹.

La réaction de la Cour suprême à ces données objectives ? Selon elle, de telles statistiques ne prouvent pas l'effet discriminatoire de la loi

⁹⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 32.

⁹⁵ *Id.*, par. 43.

⁹⁶ *Id.*, par. 85-89.

⁹⁷ Voir par exemple : *Québec (P.G.) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 141, par. 63-68.

⁹⁸ *Première nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 7.

⁹⁹ *Id.*, par. 3-9.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 14.

¹⁰¹ *Taypotat c. Taypotat*, 2013 CAF 192, par. 49-52.

contestée parce qu'elles portent sur la situation de la scolarité dans l'ensemble du Canada et non sur la situation spécifique prévalant dans la bande indienne concernée¹⁰². Étant donné le contexte bien connu et largement documenté de la sous-scolarisation des Autochtones au Canada, lequel a fait l'objet d'une enquête majeure et d'un volumineux rapport par la Commission royale sur les peuples autochtones¹⁰³ dans les années 1990 qui a conclu à la nécessité pour les Autochtones de miser sur l'éducation pour redresser leur situation et assurer leur développement, la position de la Cour suprême laisse pantois. Il est clair, en effet, qu'en matière de scolarité, la situation ne peut pas être meilleure dans les réserves indiennes que dans la population canadienne en général. On remarquera que le manque de spécificité de la preuve des effets discriminatoires a été celui qu'a retenu la Cour dans *Bombardier Aéronautique* également, ce qui semble annoncer une tendance peu prometteuse.

Outre la prudence extrême montrée par la Cour dans *Taypotat* et *Bombardier Aéronautique*, ce dernier arrêt soulève un questionnement quant au type de preuve requis du demandeur selon la forme que présente une discrimination indirecte. On peut, pour simplifier, identifier deux sortes de discrimination indirecte, c'est-à-dire de discrimination à fondement neutre et non discriminatoire à première vue.

D'une part, la discrimination indirecte peut s'avérer « automatique », pour ainsi dire, parce que l'exigence neutre utilisée produit nécessairement l'exclusion d'un groupe. L'impact discriminatoire sur un groupe (ou l'un de ses membres) est alors une affaire de logique et n'a donc pas besoin d'être étayé par une preuve spécifique. Ainsi, par exemple, la Cour suprême a reconnu d'emblée dans l'arrêt *O'Malley*¹⁰⁴ que l'obligation de travailler le samedi a nécessairement pour effet d'écarter tout candidat qui ne peut se présenter au travail ce jour-là pour des motifs religieux (d'où l'imposition d'une obligation d'accommodement raisonnable).

D'autre part, la discrimination indirecte peut n'avoir rien d'automatique parce qu'elle ne ressort pas d'évidence et qu'elle requiert une preuve

¹⁰² *Première nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 7, par. 31.

¹⁰³ CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3 « Vers un ressourcement », Ottawa, 1996. Mieux connu sous le nom Erasmus-Dussault, cet important rapport est d'ailleurs cité par la Cour suprême, *Première nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 7, par. 1.

¹⁰⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 9.

de l'exclusion totale ou disproportionnée d'un groupe protégé contre la discrimination, preuve qui doit s'appuyer sur des études et statistiques appropriées et expliquées par des experts reconnus. C'est ainsi que dans l'affaire *Action Travail des femmes*¹⁰⁵ qui portait sur la sous-représentation des femmes dans les emplois manuels au CN, on a démontré que les tests d'aptitude mécanique avaient pour effet de provoquer un taux d'échec de 48 % chez les femmes contre 27 % chez les hommes. De même, dans l'affaire *Meiorin*, on a mis en preuve que l'exigence de capacité aérobique minimale pour occuper le poste de pompier-forestier avait un effet discriminatoire puisqu'il entraînait l'échec de 65 % des femmes contre seulement 35 % des hommes¹⁰⁶.

Le cas *Bombardier Aéronautique* pose un défi particulier parce qu'il se situe en dehors de ce cadre classique de discrimination indirecte (ou par effet préjudiciable). En effet, la discrimination ne résulte ici ni d'un test objectif ni d'un pur raisonnement logique, mais d'un critère neutre *a priori* faisant appel, pour son application, à une évaluation individuelle subjective, en l'occurrence le risque de danger pour la sécurité aérienne. De plus, la Commission n'y attaque pas les normes et politiques américaines en tant que telles, mais bien la décision individuelle de Bombardier à l'égard du plaignant. Dès lors, même s'il existe une preuve que les candidats de telle origine sont exclus de façon disproportionnée, comment traiter la décision individuelle d'exclure un candidat considéré dangereux ?

Pour le Tribunal des droits de la personne, l'effet disproportionné des politiques américaines invalidait la décision individuelle prise en application de celles-ci (étant donné que Bombardier n'a pu surmonter son fardeau de preuve à l'étape des justifications)¹⁰⁷. En fait, il aurait été plus juste de conclure qu'un tel effet établissait une preuve *prima facie* de discrimination que le défendeur se trouvait dans l'obligation de réfuter (pour contrer la preuve de discrimination) ou de justifier.

Comme seule la décision individuelle de Bombardier était l'objet de son attaque, la Commission a plutôt choisi d'aborder la question sous

¹⁰⁵ *C.N. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, préc., note 10.

¹⁰⁶ *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, préc., note 47, par. 11-12.

¹⁰⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 12, par. 311-315.

l'angle d'une discrimination directe, c'est donc dire d'une exclusion reposant sur l'origine nationale du plaignant, l'effet disproportionné des politiques ne faisant qu'aider le Tribunal à tirer une inférence de discrimination fondée sur l'origine nationale du plaignant compte tenu de toutes les autres circonstances caractérisant ce dossier. À partir de cette inférence ou présomption, le défendeur avait la possibilité de la repousser en fournissant des éléments de preuve montrant que le dossier du demandeur n'a pas été écarté péremptoirement en raison de son origine nationale, mais qu'il a fait l'objet d'une étude individuelle qui a révélé des problèmes réels en matière de sécurité.

Dans ce genre de dossier, les deux approches étaient possibles, mais, comme on le sait, elles ont été écartées toutes les deux tant par la Cour d'appel que par la Cour suprême. Faisant abstraction de la dimension systémique de la discrimination, les deux juridictions ont d'une part refusé de conclure à un effet discriminatoire indirect à cause du manque de spécificité de la preuve et, d'autre part, ont complètement ignoré le contexte islamophobe dans lequel la décision de Bombardier a été prise. Elles n'ont donc jamais exigé de Bombardier une réfutation de la preuve circonstancielle présentée contre elle, d'où le rejet du pourvoi devant les deux cours.

Conclusion

Que conclure des jugements des différentes instances dans cette affaire *Bombardier Aéronautique* ?

Il s'agit d'une affaire singulière à plusieurs titres. Banale au départ puisqu'un citoyen canadien attaque une décision d'une entreprise canadienne basée à Montréal sur la base des articles 10 et 12 de la Charte québécoise interdisant de refuser de conclure un contrat ayant pour objet un service offert au public, cette affaire se complique et semble rendre mal à l'aise les juges de nos cours d'appel parce qu'elle met sur la sellette des politiques très controversées d'un gouvernement étranger. Se prononcer sur la décision de Bombardier de refuser d'inscrire le plaignant à une formation donnée à son centre de Montréal, n'est-ce pas aussi, indirectement, faire le procès des politiques antiterroristes qui ont été adoptées aux États-Unis après le 11 septembre 2001 et placer une entreprise canadienne considérée comme un fleuron en situation délicate puisqu'elle est chargée contractuellement d'appliquer les politiques américaines de sécurité aérienne ?

D'autre part, cette affaire de discrimination mettait en cause les rapports qu'entretiennent entre eux le droit civil québécois, dont au premier chef le Code civil, et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Elle a donc été présentée comme une affaire de preuve, à savoir de détermination du fardeau de preuve du demandeur, de la notion de preuve *prima facie*, de prépondérance des probabilités, de la preuve par présomptions et de l'importance du contexte en fonction du droit civil québécois.

Je ne peux expliquer autrement que par l'inconfort d'avoir à se prononcer sur la légitimité de politiques gouvernementales américaines le silence des deux expertes de la Cour sur les questions de droit anti-discrimination que sont les juges Abella et McLachlin dans ce dossier en ce qui concerne la confusion qui caractérise le jugement de la Cour sur les notions élémentaires de discrimination directe et indirecte. Quant à leur silence sur les questions de preuve qui s'avèrent absolument critiques pour l'effectivité du droit à l'égalité, notamment sur la confusion entre la norme de preuve de prépondérance des probabilités et le degré de probabilité applicable, on peut concevoir le malaise des juges de common law à intervenir dans un débat où des règles de droit civil québécois sont plaidées. La Cour suprême reconnaît depuis longtemps que la jurisprudence portant sur les droits de la personne ailleurs au Canada est pertinente pour analyser les concepts de discrimination et de droits de la personne qu'on retrouve dans la Charte québécoise¹⁰⁸, mais qu'en est-il pour les règles de preuve en matière civile ?

Il appartenait à la Cour de réfléchir sur lesdites règles de preuve du Code civil dans le contexte de la protection des droits fondamentaux garantis par *Charte des droits et libertés de la personne* à la lumière des arrêts de principe les plus récents sur les rapports entre le droit civil et la Charte québécoise¹⁰⁹. Déclarer péremptoirement qu'« une analyse juridique

¹⁰⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 31 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, préc., note 8, par. 45 ; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, par. 68 ; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

¹⁰⁹ *De Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51 ; *Québec c. Communauté urbaine de Montréal*, préc., note 72.

donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du même degré de preuve [parce que] cela est nécessaire pour préserver l'uniformité, l'intégrité et la prévisibilité du droit¹¹⁰ » n'est pas à la hauteur de la Cour suprême du Canada. En réalité, une telle approche déconsidère le droit civil québécois qui est traité comme un ensemble de règles figées, rigides et peu adaptables aux divers contextes et circonstances, contrairement à la common law qui, seule, serait capable de souplesse. De plus, cette position intraitable de stricte obédience civiliste que la doctrine a régulièrement dénoncée¹¹¹ révèle au grand jour une attitude traditionnelle chez trop de juristes et de juges québécois pour qui le Code civil constitue l'instrument juridique de référence auquel, contre toute logique, même la Charte est soumise. On aura noté, en effet, la prééminence accordée au Code civil par les juges Wagner et Côté puisqu'ils invoquent l'*intégrité* du droit civil, bref un corpus juridique qui aurait en quelque sorte un caractère sacré et intouchable, pour justifier leur refus d'adapter les règles de preuve de manière à mieux garantir le respect des droits et libertés proclamés par la Charte¹¹².

Quarante ans après l'adoption de la Charte, il est plus que temps que les juges québécois intériorisent et mettent pleinement en œuvre l'intention du législateur québécois de faire prévaloir ladite Charte et ses « finalités distinctes¹¹³ » de protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux qui en découlent dans les rapports privés. Ce message législatif a pourtant été énoncé clairement dans la *Disposition préliminaire* du Code civil qui rappelle d'entrée de jeu que le Code « régit, en harmo-

¹¹⁰ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 69.

¹¹¹ S. BERNATCHEZ, préc., note 92, 208 ; France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes du droit civil québécois dans une relation d'harmonie ambiguë », (2006) *Revue du barreau* 33, 73 ; Sylvie GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261, à la page 269 ; André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans S.F.P.B.Q., vol. 45, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65.

¹¹² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 2, par. 69.

¹¹³ *De Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 109, par. 44-45.

nie avec la Charte des droits et libertés de la personne [...] les rapports entre les personnes». Le législateur l'avait déjà exprimé dans le préambule de la Charte québécoise elle-même qui rappelle l'objet de celle-ci : «affirmer solennellement dans une Charte les droits et libertés fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient *garantis* par la volonté collective et *mieux protégés* contre toute violation». Au-delà du préambule, l'article 52 de la Charte a été ajouté pour donner clairement préséance aux droits fondamentaux sur toute loi québécoise, ce qui inclut le Code civil, tandis que l'article 53 prévoit que tout doute dans l'interprétation de la loi (y compris celle du Code civil) doit être tranchée en fonction des droits et principes garantis par la Charte.

Il ne suffit pas de rappeler mécaniquement les principes théoriques du caractère quasi constitutionnel de la Charte québécoise et de l'interprétation large, libérale, contextuelle et téléologique qui en découle. Il faut mettre ces principes en action en interprétant les règles de preuve du Code civil, voire en les réinterprétant au besoin, de manière à «*mieux protéger*» les justiciables contre une violation de leurs droits «*garantis*» par cette Charte. On observe plutôt, dans les jugements des deux juridictions d'appel dans l'arrêt *Bombardier Aéronautique*, une nette contradiction entre, d'une part, l'énoncé formel de principes théoriques généraux en matière d'interprétation des droits fondamentaux et, d'autre part, la mise en œuvre de ceux-ci caractérisée par une approche conservatrice, statique, sans souplesse ni imagination quant à l'application des règles de preuve. Bref, on ne trouve aucune sensibilité ni préoccupation pour l'effectivité des droits et libertés garantis par la Charte québécoise.

Il reste à espérer un retour à une jurisprudence plus dynamique en Cour suprême (et en Cour d'appel) tant sur l'interprétation de la Charte québécoise que sur celle des règles de preuve civile qui permettent de lui donner vie en contexte de droit privé. Si on arrive à adapter les règles de preuve civile à la législation sur les droits de la personne ailleurs au Canada, il n'y a aucune raison pour que les Québécois ne puissent bénéficier de la même attitude d'ouverture de la part de leurs tribunaux pour ce qui est de la protection de leurs droits fondamentaux. «L'intégrité du droit civil» ne saurait servir de faux-fuyant à cet égard.

Souhaitons également bon vent au Tribunal des droits de la personne qui, pour remplir la précieuse mission que le législateur lui a confiée, doit absolument maintenir le cap et continuer, comme il l'a fait courageusement depuis sa création, de tracer la route par une interprétation généreuse et créative de la Charte et des règles de droit qu'elle mobilise pour

son application concrète. Il y a tout lieu de penser que l'arrêt *Bombardier Aéronautique* ne constitue qu'un malheureux cas d'espèce causé par une trame factuelle inusitée qui montre, une fois de plus, la justesse du fameux obiter « *hard cases make bad law*¹¹⁴ ».

¹¹⁴ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

Partie II

POLITIQUES ET DROITS LINGUISTIQUES

Cette deuxième partie rassemble des contributions traitant des politiques et des droits linguistiques au Québec et au Canada. Tout d'abord le philosophe Daniel Weinstock présente une réflexion sur les tensions existant entre la philosophie politique libérale et les politiques linguistiques qui limitent les choix linguistiques individuels dans le but de protéger et de préserver une langue vulnérable dans les «cas de simple nombre», c'est-à-dire les cas où cette vulnérabilité ne découle pas d'injustices passées à l'égard de cette langue ou de ses locuteurs, mais seulement de l'inégalité de taille des groupes linguistiques en présence. Après avoir constaté une incompatibilité *prima facie* entre le libéralisme et de telles politiques linguistiques, Weinstock explore diverses justifications morales susceptibles d'être avancées au soutien des mesures coercitives limitant les choix linguistiques des individus.

André Braën se penche pour sa part sur les interprétations que la Cour suprême du Canada a adoptées en matière de droits et de garanties linguistiques au Canada en analysant l'affaire *Caron c. Alberta*. Dans cette affaire, on cherchait à faire dire à la Cour suprême que la promesse faite lors de l'annexion des Territoires de l'Ouest au Canada en 1867 et en 1869 de maintenir les droits existant à l'époque devait être considérée comme ayant entraîné l'apparition d'une obligation constitutionnelle pour l'Alberta (et la Saskatchewan) de rédiger les lois provinciales en anglais et en français. Dans une décision majoritaire, la Cour a plutôt jugé que le bilinguisme des lois n'ayant pas été «expressément» inscrit dans les décrets historiques en cause, il fallait en conclure que leur omission explicite était voulue et indiquait donc la volonté du Constituant de ne pas constitutionnaliser les droits existants. L'auteur montre que cette décision s'inscrit dans la logique d'une vision qui considère les droits linguistiques comme issus de compromis politiques et, pour cette raison, appelant une interprétation prudente et retenue plutôt que large et libérale.

Quant au chapitre rédigé par Geneviève Motard et Mathieu Joffre-Lainé, il a pour objectif de faire ressortir les liens entre le respect des droits territoriaux des peuples autochtones du Québec et la capacité de ces peuples d'assurer la pérennité de leurs langues d'origine. Le texte avance

qu'outre les modalités de reconnaissance de la langue dans l'espace public (bilinguisme institutionnel, usage des langues devant les tribunaux, affichage, éducation, toponymie, etc.), c'est aussi par l'accès au territoire et la capacité d'occuper ce dernier que se pourra se concrétiser la survie linguistique des peuples autochtones du Québec. Un vigoureux plaidoyer est présenté en faveur d'un meilleur financement de l'enseignement des langues autochtones et de la protection des terres ancestrales pour ainsi garantir l'avenir des Premières nations.

Suit la contribution de Linda Cardinal dont l'objectif est d'étudier le concept d'asymétrie dans la situation sociolinguistique et le statut juridique des langues anglaise et française au Canada, en s'appuyant sur les travaux de José Woehrling dans ce domaine. À cette fin, l'auteure fait une évaluation des conséquences de la politique linguistique canadienne selon qu'elle est fondée sur la symétrie ou l'asymétrie de traitement, d'une part de la situation au Québec, seule province où les francophones sont majoritaires, et d'autre part de celle dans le reste du Canada, où les anglophones sont partout majoritaires. L'analyse fait ressortir que la judiciarisation des droits des minorités de langue officielle, en lien avec l'enchéassement des droits linguistiques dans la Charte canadienne des droits et libertés en 1982, est devenue un obstacle à la solidarité entre le Québec et les minorités francophones au pays. Tout n'est cependant pas négatif puisque le Québec et les francophones dans le reste du pays ont intérêt à collaborer pour promouvoir la langue française en Amérique du Nord.

Enfin, dans sa contribution intitulée «Le fédéralisme coopératif à l'appui – ou à l'assaut – du droit des minorités linguistiques au Canada : le rôle ambigu des ententes intergouvernementales», Johanne Poirier se donne pour objectif de réfléchir à l'impact de la pratique du «fédéralisme contractuel» pour les minorités de langue officielle du Canada, le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires ayant depuis de nombreuses années recours à des ententes intergouvernementales (auxquelles s'ajoutent des ententes «avec les communautés») afin de baliser la mise en œuvre des droits linguistiques prévus dans la Constitution, les normes légiférées et la réglementation. L'auteure explore successivement le rôle que remplissent ces ententes dans la «bonification» ou la concrétisation des droits linguistiques, puis le risque que les gouvernements puissent, par ce truchement, réduire ces droits, soit délibérément, soit «par inadvertance», pour conclure à la nécessité d'une vigilance constante des minorités linguistiques face aux effets souvent imprévus des mécanismes coopératifs mis en œuvre par les gouvernements.

Le libéralisme et les politiques linguistiques à l'égard des « cas de simple nombre »

Daniel Weinstock*

Introduction	195
I. Le libéralisme et les cas de simple nombre : une incompatibilité <i>prima facie</i>	198
II. L'égalitarisme des chances et la justice linguistique	204
III. Une approche paternaliste et libérale des politiques linguistiques? Le cas du « moralisme modéré »	210
IV. Une approche paternaliste et libérale des politiques linguistiques? La langue en tant que problème d'action collective	213
Conclusion	218

* Professeur, Faculté de droit, Université McGill. Des versions précédentes de cet article ont été présentées au Colloque du Département de Philosophie et au Research Group on Constitutional Studies de l'Université McGill. Je tiens à remercier ces deux publics pour m'avoir offert ample matière à réflexion. Traduction par Yann Allard-Tremblay.

Introduction

La langue a été au centre des préoccupations de José Woehrling tout au long de sa carrière. De nombreux textes de sa plume explorent la capacité dont dispose le cadre constitutionnel canadien afin de permettre au Québec d'adopter des mesures protégeant de manière robuste son caractère francophone. Le présent texte lui est dédié, en toute amitié intellectuelle¹. Il cherche à explorer le potentiel de la pensée libérale, dont est tributaire le droit constitutionnel canadien, afin de justifier des lois modérément coercitives visant à protéger des « petites » langues du pouvoir attractif de langues voisines comptant un plus grand nombre de locuteurs.

Plusieurs langues se retrouvent menacées de par le fait que leurs locuteurs aient été sujets d'injustices. Le colonialisme et la construction nationale (*nation-building*) sont les deux forces politiques les plus importantes ayant conduit à l'imposition d'une pression considérable sur les locuteurs de langues jugées « primitives » ou « non civilisées » afin qu'ils abandonnent la langue de leurs ancêtres et adoptent celle de leurs maîtres coloniaux ou métropolitains.

J'ai maintenu ailleurs² que lorsque la disparition d'une langue est due à des projets politiques injustes tels que ceux-là, la justice réparatrice justifie une certaine forme de compensation. Ceci n'implique pas que cette compensation doive consister en un processus de revitalisation linguistique. Certains groupes pourraient très bien décider que leur langue n'est simplement plus viable et réclamer une indemnisation, pour les torts subis actuellement et par le passé, qui prendrait une forme autre. Toutefois, dans les cas où ces groupes décideraient de mettre en place des mesures qui dans d'autres contextes pourraient sembler non-libérales, visant à revitaliser ou stabiliser une langue, de telles mesures peuvent être justifiées par des raisons de justice, et cela même si elles ne pourraient l'être en l'absence d'un contexte d'injustice.

¹ Voir par exemple José WOEHLING, « La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada : conséquences juridiques et constitutionnelles », (1988) 14 *Analyse de Politiques* S43, où il est question du potentiel en ce sens de la clause de la société distincte que comprenait l'*Accord du Lac Meech*.

² Daniel WEINSTOCK, « The Complex Normative Foundations of Language Policy », (2014) 13 *Language Policy* 317.

Mon argument demeure cependant muet à l'égard (d'au moins) deux questions. Premièrement, il y a la question de la durée. À partir de quand peut-on affirmer qu'une injustice est trop ancienne pour justifier des mesures compensatoires visant à préserver une langue ? Il s'agit là d'une question difficile. Les injustices peuvent avoir des conséquences causales bien au-delà des circonstances immédiates où elles ont été commises. Par exemple, comme nous le verrons plus loin, le nombre de locuteurs d'une langue peut faire une différence en ce qui a trait à sa capacité à retenir ses locuteurs face aux attraits offerts par d'autres langues comptant plus de locuteurs et étant ainsi, du point de vue de la communication, plus efficaces. Or, la taille d'un groupe linguistique peut avoir été influencée par des injustices ayant été commises dans un passé lointain³.

Une seconde question porte sur la nature des politiques et des mesures qui peuvent être considérées comme des injustices. Le colonialisme et les formes plus agressives de construction nationale connues en Europe au 19^e siècle impliquaient l'extirpation par la force des enfants de leur communauté linguistique, l'interdiction de l'usage des langues locales en éducation, et l'inculcation parmi les locuteurs des langues des groupes opprimés d'une impression durable que leurs langues étaient en quelque sorte d'une valeur inférieure à celles de leurs maîtres. Mais que penser de l'intense asymétrie de pouvoir et d'influence qui caractérise l'arène économique mondiale contemporaine ? Pour certains, cette asymétrie est simplement la résultante des processus du marché qui sont, de façon générales, bénéfiques pour tous, incluant ceux qui se retrouvent au bas de la hiérarchie économique. Pour d'autres, les règles et traités qui forment l'arène financière et économique mondiale constituent une forme de néo-colonialisme. Pour les premiers, l'impact de l'activité économique sur les langues, bien que sans doute regrettable, n'est pas susceptible de conduire aux types d'injustices qui pourraient justifier l'application de mesures qui permettraient de contraindre les choix linguistiques de leurs membres afin de préserver une langue menacée. Pour les seconds, les pressions subies pour adopter la langue des groupes économiquement plus puissants par les groupes linguistiques économiquement plus faibles sont évocatrices des mêmes espèces d'injustices qui ont caractérisé les pé-

³ À ce sujet, voir Jeremy WALDRON, « Superceding Historical Injustice », (1992) 103 *Ethics* 4; Nahshon PEREZ, *Freedom from Past Injustices: A Critical Evaluation of Claims for Intergenerational Reparations*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.

riodes du colonialisme européen les plus ouvertement coercitives et violentes.

Une troisième question, sur laquelle nous nous pencherons dans le présent article, vise à déterminer si, dans le cadre d'une éthique largement démocratique et libérale, une justification peut être offerte pour des politiques qui limitent les choix linguistiques des membres d'un groupe donné et ayant comme objectif la préservation d'une langue pour des cas où aucune des injustices évoquées jusqu'à présent ne peut être identifiée. Nommons ces cas les « cas de simple nombre ». Le terme désigne l'idée selon laquelle lorsque des groupes linguistiques de tailles radicalement différentes interagissent dans un contexte par ailleurs juste, le nombre, c'est-à-dire la taille d'un groupe linguistique, peut par lui-même avoir pour effet d'inciter les locuteurs des groupes linguistiques comptant le moins grand nombre de membres à passer à l'utilisation de la langue du groupe linguistique le plus peuplé. La question que nous nous poserons vise à déterminer s'il peut y avoir une justification (largement) libérale qui supporte l'adoption de politiques visant à contrecarrer de tels processus.

Nous procéderons ainsi : la première section sera dédiée à la mise en place de certains éléments conceptuels. Il y sera décrit en plus grands détails ce qui est entendu par une philosophie politique largement libérale, et il y sera montré pourquoi une telle philosophie implique une opposition *prima facie* aux politiques qui visent à arrêter les dérives linguistiques par la limitation des choix linguistiques des individus dans les cas de simple nombre. Trois justifications possibles pour de telles politiques seront ensuite examinées. Une première, qui peut être nommée « égalitariste de la chance » (*luck-egalitarian*), affirme que le fait de ne pas corriger un désavantage non choisi et non mérité est en soi une injustice. La seconde fait valoir que les libéraux peuvent et devraient accepter certaines formes modérées de paternalisme ; c'est-à-dire des politiques qui vont à l'encontre des préférences des individus, dans les cas où les individus eux-mêmes peuvent ultimement être amenés à reconnaître que leurs préférences ne conduisent pas à leur bien. La troisième fait valoir que les États agissent de façon appropriée lorsqu'ils cherchent à résoudre des problèmes d'action collective qui affectent leurs citoyens. Or, les processus qui induisent les locuteurs de « petites » langues à passer aux « grandes » langues dans les « cas de simple nombre » sont précisément des exemples de ces problèmes d'action collective.

I. Le libéralisme et les cas de simple nombre : une incompatibilité *prima facie*

Il existe plusieurs façons de rendre apparente l'incompatibilité *prima facie* entre, d'une part, une moralité politique libérale et, d'autre part, des politiques qui auraient pour effet de limiter les choix linguistiques des citoyens pour les « cas de simple nombre ». Une avenue assez plausible et intuitive serait de noter que dans la plupart de ses versions, les libéraux voient le rôle de l'État comme étant en partie de protéger et de promouvoir les conditions qui permettent à ses citoyens de concevoir et de poursuivre leurs propres conceptions du bien. Les libéraux rejettent les philosophies morales et politiques qui ne représentent pas les citoyens comme des agents. Ils s'inquiètent, par exemple, du fait que les utilitaristes représentent les citoyens, non pas tant comme les artisans de leurs propres vies, mais comme des réceptacles passifs d'états agréables ou désagréables. Ils s'opposent aux perfectionnistes qui substitueraient leur propre conception du bien à celles que les citoyens définissent par eux-mêmes en fonction de leurs propres réflexions sur le bien.

Lorsque les citoyens décident de s'exprimer dans une langue plutôt qu'une autre, lorsqu'ils décident de privilégier l'enseignement à leurs enfants d'une langue plutôt qu'une autre, lorsqu'ils font des affaires dans une langue plutôt qu'une autre, ils font précisément, par l'entremise de leurs décisions, le type de choix que les libéraux croient que les agents devraient avoir la capacité d'effectuer sans l'imposition de contrainte externe et sans coercition, et *a fortiori* sans la coercition de l'État. La langue est, après tout, une dimension importante de l'existence humaine. Les politiques qui empêchent les agents individuels de prendre des décisions linguistiques pour eux-mêmes visent donc à intervenir dans une dimension de la vie qui est primordiale pour que les individus puissent vivre selon leurs conceptions du bien. Les partisans des politiques qui cherchent à interdire aux individus d'agir en fonction de certaines de leurs préférences linguistiques sont, de plus, dans une position très faible pour nier cela, puisque leurs préférences en termes de politiques sont elles-mêmes fondées sur l'importance de la langue.

Ainsi, il y a au moins un argument *prima facie* sur lequel les libéraux, qui considèrent la protection d'une sphère de choix indépendant au sein de laquelle les individus peuvent agir sur la base de leurs préférences comme l'une des principales responsabilités de l'État, peuvent s'appuyer pour s'opposer aux politiques qui empêcheraient les individus d'agir en fonction de ces préférences dans des cas de simple nombre.

Toutefois, cette opposition ne soulève peut-être que des difficultés théoriques. Après tout, pourquoi devrions-nous nous attendre à ce qu'il y ait des tensions, dans les cas de simple nombre, entre les priorités linguistiques de l'État et celles des citoyens ? Ces derniers ne seront-ils pas amenés naturellement à vouloir parler la langue dans laquelle l'État s'adresse à eux, sans qu'aucune coercition ne soit requise ?

Les mécanismes par lesquels les citoyens peuvent être amenés à abandonner leur langue pour celle d'un autre groupe ont été bien modélisés par Jean Laponce⁴. Lorsque deux groupes linguistiques de tailles différentes interagissent pacifiquement, c'est-à-dire lorsque, toutes choses étant égales par ailleurs, les membres des deux groupes désirent que leurs interactions augmentent plutôt que de diminuer, toutes les parties impliquées seront davantage motivées à utiliser la plus « importante » des deux langues afin d'augmenter leur capacité à communiquer. Cela signifie que dans des contextes où les membres des deux groupes interagissent, la langue comptant le plus grand nombre de locuteurs aura tendance à éclipser la plus petite. Celle-ci aura tendance à n'être utilisée que dans des contextes « privés », et ainsi à devenir « folklorique », et au fil du temps, à disparaître.

Ce sont là les types de mécanismes qui ont amené Philippe Van Parijs, dans son livre fondateur sur la justice linguistique, à défendre l'idée selon laquelle les groupes linguistiques qui verraient leurs langues menacées dans un tel contexte d'interactions (amicales) libres devraient établir leur juridiction sur un territoire. Van Parijs soutient que la souveraineté sur un territoire prémunira les locuteurs de plus petites langues contre l'effet corrosif des interactions amicales entre membres de groupes linguistiques de tailles radicalement différentes⁵.

Deux remarques semblent pertinentes à la lumière de la proposition de Van Parijs. Premièrement, la validité de l'affirmation selon laquelle le statut d'État peut constituer un rempart suffisant contre l'érosion linguistique pour les groupes linguistiques de très petite taille dépend d'une évaluation empirique des faits. Par exemple, le statut d'État n'a pas empêché l'anglais d'être adopté par les États scandinaves en tant que langue seconde *de facto*, et d'y avoir atteint une position dominante dans certains

⁴ Jean LAPONCE, *Langue et territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984.

⁵ Philippe VAN PARIJS, *Linguistic Justice for Europe and for the World*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [chapitre 5].

contextes. (Les thèses de doctorat sont par exemple écrites en anglais de manière standard dans plusieurs pays d'Europe.) Bien que pour le moment cela n'ait conduit qu'au bilinguisme plutôt qu'à l'abandon des langues plus « petites », il n'y a aucune garantie que le « bilinguisme asymétrique » qui vient d'être décrit demeurera stable, et cela même dans le contexte d'un État-nation pleinement souverain⁶.

Autrement dit, il y a deux manières d'interpréter l'injonction de Van Parijs en faveur de l'« appropriation d'un territoire » par les groupes linguistiques. Selon une première interprétation, plus modérée, le simple fait d'être en mesure de contrôler les leviers de l'État représenterait un contrepoids suffisant à la force attractive de la *lingua franca* mondiale afin de prémunir les groupes linguistiques contre les changements linguistiques qui pourraient se produire en l'absence de la protection offerte par le statut d'État. Ainsi, le fait que l'État s'adresse à ses citoyens dans la langue locale, et le fait qu'il accorde le statut de langue « officielle » à cette langue, avec tout le bagage symbolique associé à un tel statut, seraient, selon cette interprétation faible, suffisants afin de protéger les plus petites langues contre l'érosion.

Selon une seconde interprétation, plus forte, la raison pour laquelle les petits groupes linguistiques devraient « s'approprier un territoire » est précisément afin d'être en mesure d'adopter des lois visant à protéger leur langue. Le statut d'État permettrait à un groupe linguistique de petite taille, qui serait devenu un groupe linguistique localement majoritaire du fait de s'être approprié un territoire, d'utiliser son contrôle des institutions démocratiques afin de mettre en place des législations coercitives visant à empêcher ses membres d'utiliser toute autre langue dans des institutions publiques.

Un penseur libéral, tel que nous l'avons décrit ci-haut, n'aurait aucun problème avec la première interprétation de la position de Van Parijs. Après tout, le principe libéral selon lequel les agents devraient bénéficier d'un espace de liberté suffisant pour vivre selon leur conception du bien n'implique pas qu'ils devraient également pouvoir vivre dans un environnement social dépourvu de tout incitatif engendré par l'État. Lorsque l'État choisit de s'adresser à ses citoyens par l'entremise des institutions publiques dans une langue plutôt qu'une autre, il crée un puissant incita-

⁶ Voir par exemple E. Cathrine BERG, Francis HULT et Kendall A. KING, « Shaping the Climate for Language Shift: English in Sweden's Elite Domains », (2001) 20 *World Englishes* 305.

tif en faveur de la maîtrise de cette langue, et en faveur de son utilisation par les citoyens dans leurs interactions avec l'État. La tension *prima facie* entre les principes libéraux et la protection de la langue dans un contexte de simple nombre ne devient apparente que lorsqu'un groupe linguistique utilise son contrôle des leviers de l'État afin d'interdire d'emblée certains choix linguistiques.

Toutefois, les présupposés empiriques requis afin que l'interprétation faible du principe d'« appropriation d'un territoire » soit suffisante pour protéger les langues sont plutôt optimistes. Il est donc peu probable que la proposition de Van Parijs réussira à dissiper la tension⁷.

Une seconde remarque vaut tout de même la peine d'être faite dans le contexte actuel. Comme Van Parijs le sait très bien, il n'y a pas suffisamment d'espace institutionnel sur la planète pour que chaque langue vulnérable puisse s'approprier un territoire. La faisabilité empirique de l'autodétermination politique pour les groupes linguistiques requiert, premièrement, que l'on cesse de s'attendre à ce que les quelque 6000 langues qui existent actuellement soient en mesure de survivre et, deuxièmement, que certains groupes linguistiques exercent l'autodétermination non pas grâce à la pleine souveraineté, mais grâce à des arrangements fédéraux appropriés⁸.

J'évite de discuter de cette première exigence en grand détail. Qu'il suffise de dire que de nombreux groupes qui sont linguistiquement vulnérables, et qui seraient dès lors présumément sacrifiés à l'autel de la faisabilité en fonction du principe de Van Parijs, sont ceux qui ont souffert les injustices les plus graves – il suffit de penser aux Premières Nations de l'Amérique du Nord dont les langues, dans presque tous les cas, se tiennent précairement aux limites de la viabilité.

Comme beaucoup de philosophes politiques l'ont fait remarquer ces dernières années, le fédéralisme rend possible une forme significative

⁷ Je développe davantage ce point dans Daniel WEINSTOCK, « Can Parity of Self-Esteem Serve as the Basis of the Principle of Linguistic Territoriality? », (2015) 18 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 199.

⁸ Van Parijs discute du problème de l'impossibilité de la survie de toutes les langues dans le dernier chapitre de son livre. Voir de façon plus générale : Victor GINSBURGH et Shlomo WEBER, *How Many Languages Do We Need?*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

d'autodétermination tout en tenant compte des contraintes de faisabilité⁹. Il faut noter toutefois que les fédérations sont de façon générale des lieux de contestation linguistique. Malgré quelques exceptions (le cas de Belgique vient à l'esprit), les fédérations sont constituées d'unités de tailles différentes. Qui plus est, dans plusieurs fédérations, l'histoire et la taille conspirent souvent pour rendre possible une situation où l'une des entités fédérées peut se comporter comme un membre privilégié au sein de la fédération, avec tous les effets linguistiques connexes auxquels on peut s'attendre. Même dans un contexte où tous les acteurs fédéraux se comportent d'une manière parfaitement juste, il est difficile d'imaginer que l'anglais n'exerce pas une force attractive importante sur les citoyens de l'Amérique du Nord et du Royaume-Uni. Il en va de même pour ce qui est de l'espagnol en Espagne. L'autodétermination au sein d'un contexte fédéral aura donc pour conséquence d'offrir aux locuteurs de langues de plus petite taille une protection moindre que le ferait le plein statut d'État. Il s'en suit que les groupes linguistiques de plus petite taille, au sein d'une fédération, ressentiront davantage le besoin d'utiliser toutes les compétences (*jurisdiction*) à leur disposition afin de limiter les choix linguistiques de leurs membres. Il est donc presque certain qu'il y ait une tension comme celle que nous avons mentionnée ci-haut avec les principes libéraux.

Les penseurs libéraux sont largement unis par l'idée que les individus devraient bénéficier d'un espace de liberté dans lequel ils peuvent vivre leur vie comme ils l'entendent, et que l'une des principales responsabilités de l'État est de protéger cet espace de liberté. Les politiques linguistiques qui limitent les choix des individus, dans un contexte de simple nombre, posent donc d'emblée problème du point de vue des préceptes libéraux. Il est de surcroît peu probable que cette tension demeure purement théorique, du fait des dynamiques sociolinguistiques qui, dans les contextes où des groupes linguistiques de tailles différentes coexistent, incitent fortement les locuteurs des langues les plus petites à devenir compétents et à utiliser la langue du plus grand groupe. Une forme hautement instable de bilinguisme asymétrique en résulterait. Cela pourrait nécessiter l'utilisation de législation coercitive afin de protéger la langue comptant un nombre moins important de locuteurs.

⁹ À propos des fondations normatives du fédéralisme, voir : Wayne NORMAN, *Negotiating Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Jusqu'ici, il a été question d'une incompatibilité *prima facie*. Est-il possible de la modérer ou de la faire disparaître en analysant la question un peu plus en profondeur, c'est-à-dire au-delà du conflit de principes exprimés dans leur forme la plus abstraite ? Après tout, les États libéraux ne s'en remettent pas systématiquement aux préférences de leurs citoyens. Dans plusieurs contextes, les États passent outre ces préférences. Qui plus est, les justifications offertes pour ces infractions en sont que les libéraux peuvent en certaines circonstances et à l'intérieur de certaines limites accepter.

Par exemple, les États se livrent à des formes modérées de paternalisme lorsqu'ils refusent d'agir en fonction des préférences de leurs citoyens qui, si elles étaient prises en compte, leur causeraient des torts considérables. Les États imposent que les citoyens portent leur ceinture de sécurité en voiture et des casques en motocyclette. Ils subventionnent les arts et taxent les cigarettes et l'alcool. Bien que chacune de ces mesures puisse sans doute être justifiée par des motifs non paternalistes, l'avenue la plus plausible afin d'interpréter et de justifier le large ensemble de mesures que des États aussi libéraux que les États-Unis mettent en place pour protéger leurs citoyens contre l'impact de leurs propres choix est d'invoquer un paternalisme modéré.

Ensuite, plusieurs interactions sociales, si elles étaient laissées à elles-mêmes, donneraient lieu à des problèmes d'action collective. Tout le monde a un intérêt à ce que la communauté à laquelle il appartient lui permette d'être immunisé contre les maladies mortelles ; mais chacun préfère pouvoir profiter de cette immunité sans devoir subir le sacrifice modéré d'être vacciné. Laisser libre cours à ces calculs individuels aurait pour effet pervers de faire baisser l'immunité du groupe. Autre exemple : quiconque a déjà conduit une voiture à une intersection où les feux de circulation ont cessé de fonctionner sait à quel point les agents humains, lorsqu'ils sont laissés à eux-mêmes, peuvent être collectivement la source de leur propre malheur, du fait de ce qu'ils interprètent être leur intérêt personnel dans le cadre de contextes stratégiques. Il est approprié que le gouvernement intervienne afin de résoudre de tels problèmes d'action collective. S'il ne le faisait pas, la production de « biens publics », c'est-à-dire de biens qui sont à la fois non exclusifs (*non-excludable*) et non rivaux (*non-rival*), et auxquels les agents individuels ont en conséquence un intérêt à ne pas contribuer, serait impossible. Comme Hobbes l'a bien vu il y a plusieurs siècles, la résolution des problèmes d'action collective nécessite qu'un agent coercitif rende la stratégie de défection inéligible.

Troisièmement, les États agissent souvent pour compenser les désavantages qui ne sont ni choisis ni mérités, et cela même lorsqu'ils ne sont pas dus aux actions injustes d'une tierce partie. Pour certains théoriciens libéraux, l'intuition phare guidant l'approche de l'État libéral à l'égard de la justice distributive est que, bien que les agents doivent être tenus responsables des conséquences de leurs actions librement entreprises, les avantages et désavantages qui découlent de la chance brute ne devraient pas pouvoir demeurer là où ils se déposent. Autrement dit, les gens devraient être indemnisés lorsque, sans aucune faute de leur part, ils se retrouvent désavantagés, et l'État agit injustement lorsqu'il ne les indemnise pas. Cette idée est au cœur de ce qui est venu à être connu sous le nom, en philosophie politique, d'« égalitarisme des chances » (*luck egalitarianism*)¹⁰.

Il y a donc une variété de raisons pour que l'État se mette en travers des choix des individus, et cela même dans le contexte d'une éthique largement démocratique et libérale. L'État peut se livrer à une forme douce de paternalisme. Il peut (en effet, selon certains, il doit) résoudre les problèmes d'action collective. Et il peut (et une fois encore, selon certains, il doit) corriger les effets de la chance brute. Est-ce qu'une de ces avenues peut permettre de justifier des politiques linguistiques coercitives pour les cas de simple nombre ? C'est la question sur laquelle nous nous pencherons à présent.

II. L'égalitarisme des chances et la justice linguistique

L'égalitarisme des chances est fondé, sur le plan éthique, sur ce qui, d'un point de vue libéral, semble être une prémisse parfaitement acceptable. Cette prémisse est qu'il est juste pour une société de tenir les gens responsables des conséquences prévisibles de choix librement entrepris, mais que les effets de la chance « brute » devraient être socialisés, du moins dans une importante mesure. La « socialisation » des effets de la chance brute a un impact à la fois sur les gagnants et les perdants. Ceux qui se retrouvent démunis sans qu'aucune faute puisse leur être attribuée doivent, suivant l'approche de l'égalitarisme des chances, être indemnisés (ou, du moins, ils ont une forte prétention (*claim*) *prima facie* à une telle indemnisation). À l'autre bout du spectre, ceux à qui la fortune sourit n'ont pas droit aux avantages qui découlent de leur chance. Les maux et les

¹⁰ Shlomi SEGALL, *Why Inequality Matters : Luck Egalitarianism, Its Meaning and Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

biens qui découlent des opérations de la chance, de ce point de vue, constituent un fonds commun devant lequel tous sont également situés, d'un point de vue éthique¹¹.

Une conséquence de l'égalitarisme des chances est qu'une injustice ne se produit pas seulement lorsque quelqu'un agit injustement à l'égard d'autrui, ou lorsque l'État manque à son devoir de corriger les résultats de telles actions injustes, mais également lorsque les effets de la mauvaise fortune ne sont pas redistribués.

On peut facilement comprendre pourquoi ceux dont les intuitions les amènent à croire que le libéralisme (tel que présenté ci-haut) offre la mauvaise réponse aux cas de simple nombre puissent être attirés par l'égalitarisme des chances. Après tout, ces cas sont ceux dans lesquels les locuteurs de certaines langues se retrouvent presque inexorablement attirés vers l'utilisation d'une autre langue, non pas parce qu'ils ont été les victimes du colonialisme ou de formes de construction nationale agressive typiques du XIX^e siècle, mais, plutôt, parce qu'ils ont simplement eu la mauvaise fortune linguistique d'être nés au sein d'un petit groupe linguistique. L'égalitarisme des chances offre à première vue une justification plausible de l'intuition selon laquelle il peut y avoir des raisons de justice (par opposition à des raisons perfectionnistes) d'indemniser de tels locuteurs malchanceux. Selon cette approche, les injustices linguistiques ne résultent pas seulement de la perpétration d'actes injustes, mais également de manquements au devoir d'indemniser les circonstances linguistiques non choisies.

Pour ce qui suit, supposons la vérité de l'égalitarisme des chances. Je voudrais suggérer que cette approche ne parvient pas à offrir l'appui théorique nécessaire à ceux dont les intuitions les amèneraient à vouloir justifier des lois qui limitent de manière coercitive les choix linguistiques des citoyens au nom de la préservation linguistique, du moins dans les cas de simple nombre. Je vois deux raisons pour penser qu'il en soit ainsi. Premièrement, l'égalitarisme des chances, prise en tant que telle, ne contient pas ce que l'on pourrait qualifier de théorie des priorités. C'est-à-dire qu'il ne parvient pas à indiquer les biens par rapport auxquels les opérations de la chance brute exigent une correction. Deuxièmement, il ne parvient pas à indiquer la « devise » dans laquelle l'indemnité devrait être versée.

¹¹ L'exposé le plus clair de ce qui supporte l'égalitarisme des chances est : Gerald A. COHEN, « On the Currency of Egalitarian Justice », (1989) 99 *Ethics* 906.

Commençons par le premier de ces deux problèmes. Il existe d'innombrables dimensions suivant lesquelles les individus sont différemment situés par l'effet du hasard. Par exemple : certains hommes maintiennent une chevelure luxuriante tout au long de leur vie, tandis que d'autres (comme le présent auteur) succombent à la calvitie masculine tôt dans leur vie. Certaines personnes sont grandes, d'autres petites. Certaines personnes sont nées dans des climats difficiles, tandis que d'autres viennent au monde dans des climats plus cléments.

Qui plus est, tout aussi futiles que les asymétries mentionnées à l'instant puissent paraître en tant que telles¹², elles ont des conséquences mesurables sur la vie des gens. Par exemple, des études ont démontré une corrélation positive entre la taille des hommes et le revenu¹³. Ceux qui subissent des conditions climatiques difficiles doivent dépenser beaucoup de temps, d'énergie et d'argent pour faire face aux éléments en vue d'atteindre un niveau de confort comparable à celui que ceux qui vivent dans des conditions modérées peuvent atteindre, pour ainsi dire, gratuitement.

Deux questions se posent à la suite de cette observation. Tout d'abord, y a-t-il une manière de différencier les asymétries non choisies qui requièrent une correction ou une indemnisation de celles qui n'en requièrent pas ? Ensuite, en ce qui concerne une asymétrie quelconque, est-ce que les indemnités ou corrections sont dues en fonction des propriétés intrinsèques des dimensions par rapport auxquelles les gens sont asymétriquement situés, ou bien en fonction de l'impact de cette distribution asymétrique sur la distribution d'autres biens ?

Dans un article récent qui tente avec soin et perspicacité de décrire les implications de l'approche de l'égalitarisme des chances pour la justice linguistique, Helder De Schutter et Lea Ypi énumèrent les impacts

¹² De peur que je sois accusé d'insouciance à l'égard des questions de justice climatique, je m'empresse de noter que les remarques ci-haut supposent, pour les besoins du raisonnement, l'absence de causes anthropiques au fait que certaines personnes se retrouvent dans des situations climatiques désastreuses. Dans les cas où la désertification est causée par la hausse des températures associées aux gaz à effet de serre, il y a décidément une injustice qui doit être indemnisée, et cela même suivant les conceptions plus traditionnelles de la justice, celles qui fondent le devoir de compensation sur les actions injustes posées par certains agents.

¹³ Une partie de ces recherches est résumée dans : THE ECONOMIST, « Walk tall », 25 avril 2002, en ligne : www.economist.com/node/1099333 (consulté le 8 octobre 2016).

multiples que peut avoir le fait d'être né dans une communauté linguistique relativement petite. Cette liste inclut des biens tangibles comme le statut socioéconomique (les locuteurs de langues plus petites peuvent être désavantagés pour se trouver un emploi bien rémunéré dans une économie mondialisée où la capacité à communiquer largement est un important atout concurrentiel) et des biens plus difficiles à quantifier comme le prestige social et la dignité (les gens dont la langue maternelle souffre d'un désavantage concurrentiel, en raison du petit nombre de locuteurs qui la parlent en tant que langue maternelle, peuvent se sentir personnellement dénigrés par l'humble statut de leur langue)¹⁴. Elle inclut également les divers obstacles politiques qui peuvent résulter d'un statut linguistique moindre. Ainsi, à leur avis, le problème avec l'asymétrie linguistique n'est pas qu'elle place les individus dans une situation défavorisée par rapport à la langue en soi, mais plutôt qu'elle le fait par rapport aux divers aspects (économique, politique, rang social et dignité, etc.) qui sont causalement liés à l'asymétrie linguistique. Ces aspects sont en outre structurés autour de biens qui sont considérés de manière standard être au cœur du développement d'une société juste.

Toutefois, dans leur considération des types de corrections ou de compensations qui sont dues aux membres des minorités linguistiques, De Schutter et Ypi se concentrent sur des solutions qui sont exclusivement linguistiques. Ils imaginent, tout d'abord, une « solution de langue universelle », qui mettrait en place un genre d'esperanto mondial, et optent finalement pour ce qu'ils nomment des « avantages linguistiques pour tous » (*language advantages for all*), une solution au problème de l'inégalité linguistique qui verrait de tels groupes recevoir des ressources de divers types, incluant des ressources financières, avec lesquels ils pourraient renforcer leurs marchés et financer leurs systèmes d'éducation de langue maternelle.

Mais si ce qui importe réellement à propos de l'asymétrie linguistique est son impact sur la distribution des biens comme le succès socioéconomique, les droits politiques, la sécurité, la dignité, etc., alors ces biens peuvent certainement aussi bien être obtenus par l'utilisation des ressources qui sont dues, selon l'approche de l'égalitarisme des chances, à un groupe linguistiquement défavorisé afin de mettre en place des mesures qui permettraient à ses membres de devenir compétent dans une plus « grande » langue. On peut assurer l'épanouissement socioéconomique

¹⁴ Helder DE SCHUTTER et Lea YPI, « Language and Luck », (2012) 11 *Politics, Philosophy & Economics* 361.

de ses citoyens en protégeant son marché, ou bien en surmontant les obstacles linguistiques à l'inclusion de ses citoyens dans de plus gros marchés.

En fin de compte, par conséquent, l'argument selon lequel le désavantage linguistique nécessite un remède linguistique est fondé sur une position qui rend compte de la priorité accordée à la capacité d'exercer ses droits, de compétitionner dans le marché, et ainsi de suite, dans sa langue maternelle plutôt que dans une autre langue. Un autre argument que celui de l'égalitarisme des chances est nécessaire afin de justifier le privilège accordé à ce type de solution.

De Schutter et Ypi maintiennent que bien qu'une solution de dérive linguistique puisse mitiger l'impact sur les biens tangibles que peut avoir le fait d'être un membre d'une minorité linguistique, cela pourrait en fait empirer la situation en ce qui concerne le « prestige/rang social » et la « dignité ». Présumément, l'argument serait que l'on est, en quelque sorte, poussé à se sentir inférieur aux autres d'une manière assez fondamentale lorsque les circonstances sont telles que l'on peut seulement exercer ses droits politiques de manière efficace et participer aux activités du marché qu'en utilisant la langue d'un autre.

On peut dire, cependant, que le lien langue/dignité dans les cas de simple nombre est établi non pas par une connexion naturelle entre la langue et l'identité, mais plutôt par des réponses institutionnelles asymétriques. Comme De Schutter et Ypi le font eux-mêmes remarquer, ce qui pose problème du point de vue de la dignité, ce n'est pas l'asymétrie linguistique en soi, ni le système d'incitatifs (du point de vue des langues plus petites) hautement centripètes que l'asymétrie numérique met en place. Il s'agit plutôt de l'utilisation du statut majoritaire pour transformer la langue la plus « grande » en une langue « officielle », une langue qui est imposée obligatoirement par le biais du système d'éducation, des tribunaux, et ainsi de suite, et qui est accompagnée de tout le bagage symbolique qui accompagne le statut de langue « d'État »¹⁵.

Dans la mesure où une telle utilisation du statut majoritaire en tant qu'outil d'affirmation de la domination politique affecte de manière prévisible et nocive le rang social et l'impression de dignité des membres des minorités linguistiques, ce qui n'était au départ qu'un cas de simple nombre se transforme en un cas d'injustice. On peut cependant imaginer

¹⁵ *Id.*, 362.

une situation dans laquelle les faits d'asymétrie linguistique (et plus généralement culturelle) ne sont pas traités ainsi par la majorité. Dans une telle situation, de nombreuses asymétries numériques existent et génèrent des incitatifs, mais ceux-ci ne sont pas consacrés par des politiques de langue officielle et des lois coercitives. Dans une telle situation, on peut bien imaginer que les membres des minorités linguistiques ne souffriraient pas de déficit de dignité, comme aucun geste ne serait posé susceptible de conforter la croyance que la langue des minorités ne mérite pas un respect égal. Là où l'État n'est pas occupé à distribuer les bases sociales du respect de soi sur la base de facteurs telle que la langue, alors les gens ne seront pas amenés à croire que le statut numérique de leur langue connote d'une quelconque manière leur valeur en tant que personnes.

Les égalitaristes des chances sont donc confrontés à un dilemme. Ils peuvent soit affirmer que *toute* distribution inégale non choisie entre les individus par rapport à n'importe quelle dimension constitue une injustice. Il s'agirait d'une position très difficile à justifier. Ou bien, ils peuvent reconnaître qu'une injustice ne se produit que lorsqu'une inégalité se produit par rapport à un ensemble plus restreint de biens qui ont traditionnellement été ceux dont s'occupent les théories de la justice (par exemple, les ressources socioéconomiques, les droits politiques, etc.), n'est pas indemnisée. L'argument de De Schutter et de Ypi consiste à s'attaquer à la seconde branche de ce dilemme, mais en affirmant qu'il y a un lien contingent très fort entre la langue et l'un de ces biens plus traditionnels, à savoir le bien du « prestige/rang social » ou de la « dignité ». Mon argument est qu'ils seraient en terrain plus ferme en affirmant un lien fort entre la dignité et l'enchâssement symbolique et institutionnel d'une langue majoritaire. Mais dès lors, leur argument n'en est plus un qui permettrait de reconforter ceux qui pensent qu'une injustice se produit dans les cas de simple nombre.

Attaquons brièvement la seconde question formulée lors de la mise en place de cette discussion des arguments possibles offerts par l'égalitarisme des chances pour la justice linguistique. Même si l'on met de côté les préoccupations qui viennent d'être soulevées et que l'on accepte, pour les fins de l'argument, que les cas simplement numériques justifient une forme d'indemnité ou de correction, et que cette indemnité doit être versée dans une « devise » linguistique, la question se pose toujours quant à la nature des ressources linguistiques qui sont dues à un groupe linguistique qui se retrouve dans une situation d'infériorité numérique. C'est une chose

d'affirmer que le désavantage linguistique justifie des « ressources » qui pourraient permettre à un groupe de renforcer le contexte au sein duquel la langue est utilisée par ses membres – par exemple des subventions pour les écoles et la production culturelle, ou un appui financier aux marchés locaux.

Il en est une toute autre, cependant, de justifier des mesures coercitives. Les subventions du genre qui viennent d'être évoquées changent simplement l'espace des incitatifs au sein duquel les gens font leurs choix linguistiques. Comme Sunstein et Thaler l'ont montré, cependant, les espaces au sein desquels les gens font des choix à propos d'à peu près n'importe quoi ne sont jamais totalement dépourvus d'incitatifs qui structurent la situation de choix dans un sens ou dans l'autre¹⁶. En « incitant » l'utilisation d'une langue plus petite, les acteurs qui cherchent à protéger une langue ne font rien qui n'est pas déjà fait par d'autres forces. Dans les cas de simple nombre, cependant, dans lesquels par hypothèse personne ne commet d'actes injustes qui pourraient être interdits de manière coercitive, des prémisses additionnelles sont nécessaires afin de justifier les types de mesures qui sont envisagées dans le cadre de cet essai, à savoir les mesures qui contraignent les individus à utiliser une langue plus petite du fait que les incitatifs pour le faire sont insuffisants.

Un tel argument pourrait être offert par une forme de paternalisme modéré. Brièvement formulé, l'argument pourrait être qu'il existe des raisons, même pour une autorité politique qui adhère à une philosophie politique largement libérale, de ne pas s'en remettre aux préférences des gens qui décident d'abandonner la langue de leurs ancêtres. C'est vers un tel argument que nous nous tournons maintenant.

III. Une approche paternaliste et libérale des politiques linguistiques ? Le cas du « moralisme modéré »

Le paternalisme politique est l'idée que l'État peut, ou même plus fortement qu'il doit, adopter des lois forçant les citoyens à faire ce que les autorités politiques considèrent être bon pour eux, sans égard aux préférences qu'ils expriment¹⁷. Il existe une forte présomption libérale à

¹⁶ Cass SUNSTEIN et Irving THALER, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

¹⁷ Pour une version de paternalisme libéral, voir : Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986. Une forme plus robuste de paternalisme

l'encontre du paternalisme politique. Comme indiqué ci-haut, l'État témoigne de considération et de respect égaux pour tous ses citoyens en évitant de leur imposer une conception particulière de la vie bonne, une conception qui conduirait les citoyens qui ne la partagent pas à ressentir avec raison qu'ils ne sont pas les égaux des autres. Pour répéter le maintenant célèbre slogan (certes vague) de John Stuart Mill, les États devraient seulement interdire aux gens d'agir selon leurs propres préférences et valeurs que si en faisant cela ils causaient des « torts à autrui ».

Malgré leurs préjugés anti-paternalistes, aucun État libéral n'est parfaitement anti-perfectionniste. Les États se mêlent constamment de la vie des gens pour des prétextes dont on rend mieux compte si l'on suppose une certaine forme de paternalisme. Ils promulguent des « taxes contre le péché » (*sin taxes*) pour rendre plus coûteux certains comportements jugés nuisibles aux individus, et ainsi les rendre hors de portée de certains citoyens. Ils interdisent parfois certaines formes d'activité sexuelle, et cela même entre adultes consentants. Et peut-être plus important encore, ils nous permettent d'agir sur des préférences qui sont rendues inéligibles de par les contextes stratégiques dans lesquels nous nous trouvons souvent par rapport à nos concitoyens. Ce sont là des contextes dans lesquels nous préférons X à Y si un nombre suffisant de personnes choisirait également X, mais où nous préférons Y à X si cette condition n'est pas remplie. Les États agissent de façon paternaliste, mais d'une manière que les libéraux peuvent tolérer, lorsqu'ils retirent Y des options éligibles en l'interdisant.

Commençons par étudier à quel point un État ou une autorité politique peut faire appel à un « paternalisme modéré » en imposant une langue à ses locuteurs en prescrivant d'importantes limites à leur accès à de plus grandes langues. Par un paternalisme modéré, référence est faite aux justifications d'interventions paternalistes qui, bien qu'elles passent outre aux préférences des gens, le font sur la base de jugements assez incontestables à propos du bien. (Dans le cadre du présent argument, il n'est pas nécessaire d'être plus précis à l'égard de cette condition plutôt vague.) Un éminent « paternaliste libéral », Joseph Raz, a fait valoir par exemple que le rôle de l'État n'est pas de promouvoir un ensemble de buts valables, mais plutôt d'écarter ceux qui sont sans valeur. Bien qu'il faut soigneusement examiner à quel point les jugements d'« absence de valeur »

lisme a récemment été défendue par Sarah CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

ne masquent pas en fait des jugements de valeur contestables, il est possible d'accepter qu'il existe certaines activités qui sont tellement incompatibles avec toute conception de l'épanouissement humain qu'il est approprié que les autorités politiques les rendent hors de portée. Qui plus est, pour autant que de telles actions politiques n'empêchent pas aux gens de faire des choix parmi une pluralité de conceptions du bien acceptables, elles ne sont pas contraires à l'éthique libérale.

Quoi que l'on puisse dire au sujet de la décision d'adopter une autre langue, il est très clair qu'il est difficile de l'associer avec le genre d'actions qui sont si incompatibles avec les conditions de base de l'épanouissement humain qu'elles justifient une intervention de l'État pour les interdire. Après tout, ceux qui décident d'utiliser une langue avec un plus grand nombre de locuteurs que leur langue maternelle le font afin d'augmenter le nombre de personnes avec qui ils peuvent interagir dans la poursuite de biens humains importants. Ils augmentent le nombre de personnes avec qui ils peuvent faire des affaires, avec qui ils peuvent tomber amoureux, avec qui ils peuvent communiquer par la poésie, les romans, les pièces de théâtre, etc.

Y a-t-il, malgré les premières impressions qui viennent d'être exprimées, une manière quelconque de représenter la décision d'adopter une autre langue comme une cible appropriée pour le paternalisme modéré ? Une avenue possible, qui a historiquement été prise, est d'invoquer des notions telles que l'authenticité. L'argument serait que l'identité des gens est profondément constituée par leur langue maternelle, et donc que la décision de tourner le dos à sa langue leur fait violence. Abandonner sa langue est, selon ce point de vue, incompatible avec l'égalité des conditions d'estime de soi¹⁸.

Le défi est d'arriver à une explication du fait que des actions que beaucoup de gens semblent poser d'une manière pleinement volontaire sont en dépit des apparences incompatibles avec les conditions sociales qui assurent leur statut en tant que citoyens égaux. Une manière possible d'articuler cette idée fait appel à la notion de « fausse conscience » (*false consciousness*). Ce terme dénote le phénomène de changement de préférences qui permet à un agent de s'adapter à des circonstances injustes. Les exemples paradigmatiques incluent celui de la ménagère traditionnelle (habituellement une femme) qui finit par former des préférences qui

¹⁸ Cf. P. VAN PARIJS, préc., note 5, chapitre 4.

sont fonctionnelles pour le maintien du système patriarcal de domination auquel elle participe, ou l'esclave qui finit par aimer ses chaînes. S'en remettre à de telles préférences revient à être complice d'un système injuste plutôt que de respecter l'autonomie des agents¹⁹.

Cette justification permettant de passer outre aux préférences des gens n'est toutefois pas applicable dans le présent contexte. Les cas de simple nombre sont par hypothèse des cas où il n'y a aucun système de domination auquel les gens peuvent s'adapter.

Ainsi, une justification fondée sur des motifs modérément paternalistes pour passer outre aux préférences linguistiques des gens dans les cas de simple nombre ne peut pas se prévaloir de l'affirmation que l'adoption d'une autre langue est incompatible avec une quelconque conception de l'épanouissement humain, ni ne peut-elle reposer sur l'idée que les gens peuvent légitimement être protégés contre leurs propres choix par des supérieurs politiques lorsque leurs préférences les rendraient complices de la perpétuation d'un système de domination qui les opprime. Il est difficile de voir comment une telle justification ne serait pas ultimement forcée de dépasser ce qui a été nommé le « paternalisme modéré », par exemple en ayant recours à une notion comme celle d'« authenticité », où l'authenticité référerait à un présumé « vrai » soi.

Mon intention ici n'a pas été de me livrer à une critique systématique du paternalisme modéré²⁰. Elle a plutôt plus modestement été de suggérer qu'un recours au « vrai » soi ou au soi « authentique » en vue de justifier les préférences linguistiques des individus implique de dépasser les limites du « paternalisme modéré », dont les grandes lignes ont été esquissées ici, et qu'une éthique *grosso modo* libérale pourrait en théorie admettre.

IV. Une approche paternaliste et libérale des politiques linguistiques? La langue en tant que problème d'action collective

Il a été remarqué ci-haut qu'il y a deux avenues possibles vers une justification du paternalisme modéré, qu'une théorie politique largement libérale pourrait accepter. La première appréhende l'individu de manière

¹⁹ Pour une approche systématique récente, voir: Serene KHADER, *Adaptive Preferences and Women's Empowerment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²⁰ Pour une critique acerbe de l'idée d'authenticité, voir: Andrew POTTER, *The Authenticity Hoax. How We Get Lost Finding Ourselves*, Toronto, Emblem Editions, 2011.

isolée, et se demande s'il y a des options que l'État peut retirer de son répertoire sans affecter son statut d'agent autonome capable de choix. La seconde appréhende l'individu dans un contexte social plus large, et reconnaît que les préférences sur lesquelles les gens agissent sont souvent dépendantes des choix faits par d'autres.

Par exemple, la création de biens publics, c'est-à-dire de biens qui sont à la fois non rivaux et non exclusifs, et donc qui génèrent des incitatifs considérables de resquillage, serait difficile, sinon impossible, sans l'intervention de l'État. En effet, si chacun succombait à la logique du resquilleur, alors le bien en question ne serait tout simplement pas produit. L'État doit intervenir avec son monopole de la force coercitive légitime pour rendre inéligible l'option du resquillage.

La sécurité, la qualité de l'air et l'immunité collective contre certaines maladies infectieuses sont des cas paradigmatiques de biens publics, du fait que tous préféreraient être en mesure d'en profiter sans devoir les payer plutôt que d'en profiter tout en ayant à payer. La langue ne semble pas correspondre à cette description, du fait que ceux qui abandonnent une « petite » langue ne cherchent pas à profiter d'un bien, à savoir une langue vulnérable sans avoir à en payer le prix. Au contraire, ils cherchent à se passer complètement du bien en question. Pour le dire d'une autre manière, les transfuges n'abandonnent pas le langage, ils abandonnent une langue *en particulier*. Ceci n'est pas aussi manifestement irrationnel et contestable que le serait, disons, la revendication d'une personne de se retirer du bien de la sécurité, de la qualité de l'air, de l'immunité contre les maladies infectieuses. Un tel choix serait irrationnel parce qu'il placerait l'individu dans une position où il lui serait impossible de s'épanouir (l'État peut donc agir à l'encontre de telles décisions sur la base du type de justifications « modérément paternalistes » invoquées ci-haut). Ce serait également un choix auquel les autres pourraient raisonnablement s'opposer, du fait que, d'une part, leur atteinte du bien dépend du fait que le resquilleur potentiel fasse sa part dans la production du bien, et d'autre part, l'intérêt que les gens ont dans le bien est suffisamment considérable pour justifier qu'ils imposent aux resquilleurs potentiels de contribuer à sa production²¹.

²¹ Pour une examination très complète de l'argument de « l'échec du marché » en faveur de l'intervention de l'État dans l'arène linguistique, voir David ROBICHAUD, « Justice et politiques linguistiques : pourquoi les laisser-fairistes devraient exiger des interventions de l'État », (2011) 38 *Philosophiques* 419.

Beaucoup plus pourrait être dit à propos des conditions dans lesquelles l'État peut, ou en effet doit, contribuer par son autorité coercitive à la production de bien publics. Le point, plus limité, que je voulais avancer dans le présent contexte est que le maintien d'une langue plus petite ne peut pas être interprété comme un bien public au sens strict, qui dans le contexte d'une éthique largement libérale, justifierait une action de l'État visant à interdire aux gens d'agir en fonction des préférences linguistiques qui pourraient les pousser à abandonner une « petite » langue, quitte à ce que leur choix contribue à rendre cette langue moins viable que l'aurait autrement été.

Mais peut-être ai-je mal interprété la structure du problème d'action collective créé par le problème du choix linguistique ? Le problème de la préservation de la langue n'est pas que les gens pourraient former l'idée qu'ils seraient en mesure de profiter de l'usage d'une langue indépendamment de s'ils se comportent ou non d'une manière propice à sa survie. Plutôt, le problème est peut-être qu'ils souhaitent continuer de profiter du bien en question, et sont prêts à « payer » pour le bien (c'est-à-dire, à participer dans n'importe quel comportement coopératif qui conduira de manière stable à sa création ou à sa maintenance), mais seulement à condition qu'un nombre suffisant d'autres se livrent également à un tel comportement. Il s'agirait donc dans le vocabulaire des théoriciens des jeux davantage d'un jeu d'assurance que d'un dilemme du prisonnier.

La représentation de la situation des locuteurs de petites langues vulnérables en tant que problème d'assurance nous conduit à interpréter la défection de schèmes coopératifs d'une manière différente. Le comportement problématique n'est pas celui d'un locuteur qui, en fin de compte, n'a pas à cœur la langue dans laquelle elle communique, pour autant qu'il y ait une autre langue qu'elle peut utiliser. Elle n'est pas non plus le fait des calculs stratégiques d'individus qui chercheraient un avantage stratégique par rapport à ses concitoyens en utilisant un bien que ces derniers ont produit. Au contraire, la situation troublante est celle d'une personne qui désire simplement ne pas pâtir de son choix du fait qu'il n'est pas partagé par un assez grand nombre de locuteurs pour rendre sa préférence viable.

Il ne me semble pas invraisemblable de supposer que plusieurs personnes, peut-être presque tous ceux qui ont été élevés dans une langue, toutes choses étant égales par ailleurs, préféreraient pouvoir vivre dans cette langue plutôt que d'avoir à adopter une autre langue. Un usage continu de la langue leur permet de rester en contact avec une tradition qui

prend en grande partie une forme linguistique. Cela leur permet également, dans de nombreux cas, de maintenir la communication avec des ancêtres vivants. De plus, cela leur permet d'éviter les coûts associés à l'adoption d'une nouvelle langue. Ils auront donc tendance à voir les interventions de l'État qui rendent inéligibles les options non coopératives comme une forme de mécanisme d'autodiscipline (*self-binding mechanism*), un mécanisme qui augmente leur capacité d'agent autonome plutôt qu'il la court-circuite. De tels mécanismes d'autodiscipline sont communs, et ne posent pas un problème particulier pour les libéraux. En effet, le constitutionnalisme libéral est fondé sur l'idée que les normes libérales, comme les droits, nécessitent parfois pour leur maintien la prise de conscience que les gens peuvent parfois dans l'excitation du conflit politique être tentés de les abandonner, et donc que leurs mains doivent être liées de peur qu'ils succombent à cette tentation²². Une politique linguistique visant à lier les gens à leur préférence linguistique pour leur langue maternelle face au chant des sirènes d'une plus grande langue est structurellement similaire à de tels mécanismes constitutionnels.

L'asymétrie entre le constitutionnalisme libéral, et les politiques linguistiques visant la préservation de langues minoritaires par la limitation des choix linguistiques des gens est bien sûr que les types de droits que les constitutions libérales, et en particulier leurs chartes et déclarations des droits, ne sont pas seulement des préférences, ce sont des obligations. Nous avons l'obligation de respecter les droits de chacun, et les mécanismes constitutionnels placent de telles obligations au-delà de la portée des simples préférences. À moins que l'on invoque le type d'argument fondé sur l'authenticité que nous avons exclu comme étant indisponible dans le cadre d'une éthique libérale démocratique, le choix d'une langue plutôt qu'une autre ne peut pas être perçu de manière identique comme une obligation.

Ainsi, lorsque les autorités politiques agissent pour maintenir la viabilité d'une langue en interdisant certains choix linguistiques, elles aident les gens à accomplir une chose à laquelle ils aspirent, plutôt qu'elle ne les encourage à faire quelque chose (le respect des droits des uns et des autres) qui est moralement requis d'eux.

²² Stephen HOLMES, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1987.

Maintenant, imaginons une communauté linguistique constituée de plusieurs profils de préférences linguistiques différents. Certains membres désirent préserver la viabilité de leur langue, et sont prêts à agir d'une manière coopérative pour réaliser cette fin, à condition qu'un nombre d'autres personnes suffisant pour atteindre la viabilité y soit également prêt. Nommons-les les « puristes ». D'autres préféreraient continuer d'utiliser la langue de la minorité, mais sont disposés à profiter (*free ride*) du comportement coopératif des autres. Nommons-les les « resquilleurs potentiels ». La différence entre les « puristes » et les « resquilleurs » est que la coercition n'est pas requise pour que ceux-là agissent coopérativement et réalisent le bien désiré, alors qu'elle l'est pour ceux-ci.

D'autres dans notre communauté imaginée sont indifférents entre la plus petite langue et la plus grande, mais sont sensibles aux incitatifs créés par les considérations de nombre. Leurs préférences linguistiques auront tendance à varier comme une fonction. Nommons-les les « indécis ». D'autres encore désirent activement adopter la plus grande langue afin d'étendre leur capacité de communication. Nommons-les les « transfuges ».

Les puristes peuvent certainement forcer les resquilleurs à agir coopérativement, du fait que l'intention de ceux-ci est de récolter un avantage injuste du comportement coopératif de ceux-là. Des considérations d'équité entre les personnes qui partagent tous les mêmes objectifs militent donc en faveur de forcer les resquilleurs à faire leur juste part dans l'atteinte du bien de la préservation de la langue. Pour autant que le comportement coopératif des puristes et la conformité forcée des resquilleurs augmentent le nombre de personnes qui utilisent la petite langue menacée, ceci pourrait avoir un impact sur le nombre d'indécis qui décident également d'utiliser la langue.

Y a-t-il une quelconque justification pour contraindre les transfuges ? Imaginons deux scénarios. Dans le premier, un seuil de viabilité est atteint grâce à la coercition des resquilleurs et par l'incitation des indécis. Dans ce cas, il ne semble y avoir aucune raison de contraindre les transfuges. Aucun bien additionnel n'est atteint pour qui que ce soit d'autre du fait qu'ils se conforment. On pourrait maintenir que des considérations d'équité plaident en faveur de la coercition. Mais rappelons-nous que contrairement au type de coercition qui a lieu dans le cas de la poursuite d'un but obligatoire tel que le respect des droits des individus, les puristes tels que définis ici poursuivent un but optionnel.

Dans le second, la viabilité de la langue dépend de la conformité contrainte des transfuges. Dans ce dernier cas, il y a des raisons pour que les

puristes contraignent les transfuges, bien que ces raisons nécessitent que les puristes aillent au-delà du répertoire libéral. C'est-à-dire qu'ils ont un objectif perfectionniste qui ne peut pas être justifié par une forme de « paternalisme modeste » décrit ci-haut. En d'autres mots, ils contraignent les transfuges en fonction de fins que ces derniers n'ont pas à partager. La question de savoir si, tout bien considéré, il est préférable de poursuivre la fin perfectionniste de préservation de la langue ou de s'en tenir aux contraintes libérales démocratiques en est une qui, heureusement, se trouve bien au-delà des limites de cet article. La résolution de cette question dépend ultimement de nos réponses aux questions qui ont à voir avec la valeur de la préservation de la langue qui est irréductible aux préférences et intérêts et individus, et avec la question de l'intensité à laquelle et des conditions sous lesquelles l'on croit que le bien de la *diversité* linguistique est suffisamment grand pour justifier une coercition modérée.

Ainsi, considérer les choix linguistiques dans le cadre d'un contexte stratégique nous permet d'identifier au moins un type de situation où les législations coercitives concernant la langue peuvent être justifiées sur la base de fondements largement libéraux et démocratiques même pour les cas simplement numériques. Cela nous permet également d'identifier avec une plus grande précision les dilemmes moraux qui accompagnent les locuteurs de petites langues qui se retrouvent dans des situations où ils doivent contraindre des indécis et des transfuges afin de protéger ces langues.

Conclusion

Dans cet article, j'ai soutenu que dans les cas que j'ai nommés « de simple nombre », il est difficile, voire impossible, de justifier des mesures visant à limiter les choix linguistiques des individus dans le but de réaliser l'objectif de préserver une langue. J'ai fait valoir qu'il y a un cas de figure pour lequel de telles limites pourraient être justifiées – celui où ceux qui sont disposés à agir coopérativement en vue de réaliser cet objectif contraignent les resquilleurs à agir conformément. Je ne m'avance pas au sujet de la fréquence réelle de ce cas de figure.

Je ne m'avance guère plus à propos de la fréquence de ce qui a été appelé tout au long les cas « de simple nombre ». Souvenons-nous d'avoir fait abstraction de la question visant à déterminer si les cas simplement numériques qui sont causalement liés à des injustices ayant été commises dans un passé lointain devraient effectivement être traités comme des cas

simplement numériques. Cette question, c'est-à-dire la question de savoir pour combien de temps les tares morales du passé entachent le présent, en est une parmi les plus profondes et difficiles à laquelle nous devons faire face en philosophie politique postcoloniale. J'espère pouvoir être en mesure de m'y consacrer au cours de travaux futurs.

L'affaire *Caron* : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu !

André Braën*

Introduction	223
I. Rappel	226
A. La chronologie	226
B. L'arrêt <i>Mercury</i>	230
II. L'arrêt <i>Caron</i>	233
A. Analyse	233
B. Commentaires	239
1. L'incidence de l'arrêt <i>Mercury</i>	239
2. Quel compromis ?	242
3. Les langues autochtones et le français	247
4. Question de droit ou question politique ?	249
Conclusion	251

* Professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

Introduction

1. Généralement et sauf dans le domaine des droits judiciaires, la Cour suprême du Canada a interprété de manière libérale et généreuse les droits ou les garanties linguistiques inscrits dans la constitution ou dans un texte de loi. L'analyse contextuelle adoptée par la cour¹ a permis, en se fondant sur le principe de l'égalité des langues officielles et sur celui du maintien et du développement des minorités de langue officielle, d'identifier un contenu favorable aux membres de ces minorités. Même s'ils n'en sont pas, la Cour suprême a assimilé les droits linguistiques constitutionnels à des droits fondamentaux et a jugé qu'outre leur caractère réparateur, ces droits constituent un minimum auquel le législateur peut certes ajouter, mais non retrancher². Si cette approche généreuse a prévalu à l'égard des dispositions traitant de bilinguisme parlementaire et législatif ainsi que des droits scolaires et de la prestation de services gouvernementaux aux minorités de langue officielle, le même tribunal a aussi jugé que, dans le domaine des droits judiciaires, les garanties linguistiques devaient plutôt faire l'objet d'une interprétation restrictive puisqu'elles étaient le résultat d'un compromis politique et qu'elles devaient être distinguées des autres garanties juridiques³. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter à

¹ Dans *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194, 207, la cour rappelle de la manière suivante les principes qui doivent régir l'interprétation des droits linguistiques : « Les tribunaux sont tenus d'interpréter ces droits de façon libérale et téléologique. À cette fin, les dispositions pertinentes doivent être interprétées d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langues officielles au Canada [...]. D'ailleurs, la Cour a plusieurs fois réaffirmé que le concept de l'égalité en matière de droits linguistiques doit recevoir son sens véritable » (j. Charron).

² Voir Michel DOUCET, Michel BASTATARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1.

³ Ainsi, le droit d'utiliser le français ou l'anglais devant un tribunal s'entend du droit du rédacteur d'une pièce de procédure, plaidoirie ou d'un jugement, et non de son destinataire, d'utiliser la langue de son choix et il ne confère pas le droit à celui qui utilise la langue de son choix d'être compris directement par un juge qui comprend la langue utilisée. Si le droit d'être entendu existe, c'est plutôt en vertu du principe de « procès équitable » tel qu'élaboré par la common law. Voir *MacDonald c. Montréal (Ville de)*, [1986] 1 R.C.S. 460 et *S.A.N.B. c. Association of Parents for Fairness in*

ce compromis ou de le modifier. L'égalité des deux langues officielles n'est plus une préoccupation judiciaire. À ce niveau, tout est question de progression et la logique du compromis politique veut donc qu'il revienne au législateur compétent⁴ d'intervenir pour conférer des droits linguistiques additionnels s'il y a lieu⁵. Longtemps, cette ambivalence caractérisa les interventions des tribunaux canadiens dans le domaine linguistique et on pensa bien que la cour y avait mis un terme dans l'arrêt *R. c. Beaulac*⁶. La majorité des membres de la Cour suprême⁷ jugeaient alors qu'une interprétation généreuse et libérale est de mise *dans tous les cas* lorsqu'un tribunal est saisi d'une question de droits linguistiques.

Education, [1986] 1 R.C.S. 549. On pourra lire aussi Mark POWER et Marc-André ROY, «De la possibilité d'être compris directement par les tribunaux canadiens, à l'oral comme à l'écrit, sans l'entremise de services d'interprétation ou de traduction», (2015) 45 *Rev. gén. droit* 403. À toutes fins pratiques, ce genre d'interprétation annihile les droits conférés : à quoi peut servir le droit d'utiliser une langue si rien ne garantit que l'on sera compris ?

⁴ En tant que telle, la langue n'est pas un sujet de compétence législative énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui est attribué de façon exclusive à un ordre de gouvernement. C'est plutôt un sujet de concurrence législative et chaque législateur, fédéral et provincial, peut adopter des lois relatives à des sujets qui relèvent de sa compétence et en réglementer les aspects linguistiques qui y sont reliés en autant toutefois de ne pas porter atteinte aux garanties linguistiques inscrites dans la Constitution. Voir *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182 et *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

⁵ D'autant plus qu'il s'agit d'attribuer des droits qui sont de nature litigieuse dans la mesure où ils ne recueillent pas l'assentiment populaire. Voir par exemple ce qu'en dit le juge Slatter dans *R. c. Caron*, 2014 ABCA 71, par. 91 : «Les droits linguistiques s'inscrivent parmi les concepts historiques et politiques fondamentaux qui définissent le Canada. Par ailleurs, comme pourrait en témoigner quiconque vit au Canada depuis les 40 dernières années, les droits linguistiques sont également susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde. En ce qui touche les droits linguistiques, la stabilité et la prévisibilité sont particulièrement importantes ».

⁶ Préc., note 4.

⁷ Deux juges dissidents, même s'ils partageaient la même interprétation à donner à la disposition linguistique en cause, à savoir l'art. 530 C.cr. qui confère à un accusé le droit à un procès criminel dans la langue officielle de son choix, ont jugé qu'il n'était pas opportun de réexaminer l'interprétation constitutionnelle des droits linguistiques et de revoir la position de la cour dans les arrêts *MacDonald c. Montréal (Ville de)*, préc., note 3 et *S.A.N.B. c. Association of Parents for Fairness in Education*, préc., note 3.

2. Mais l'ambivalence subsista, du moins dans les dossiers linguistiques n'impliquant pas des droits scolaires constitutionnels⁸. Ainsi, c'est une interprétation restrictive qui caractérisa l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Charlebois*⁹, et récemment dans les arrêts *Conseil scolaire francophone de Colombie-Britannique*¹⁰ et *Thibodeau*¹¹. Appelée à la retenue judiciaire, la cour constate, sans le déplorer, l'inaction du législateur à qui il revient selon elle de faire progresser le statut de la langue française au Canada. Et si le législateur est intervenu, il convient alors, toujours selon la cour, de s'en remettre à une interprétation littérale des textes et sans besoin de recourir aux valeurs constitutionnelles dont celles de la dualité linguistique à moins d'imprécision notable¹². La récente décision de la Cour suprême dans *Caron c. Alberta*¹³ cristallise-t-elle de cette approche ? Cette affaire est particulièrement importante en ce qui concerne le statut juridique actuel et futur du français dans l'Ouest canadien. Elle nous permet également de vérifier si la retenue doit dorénavant caractériser l'approche de la cour dans le domaine linguistique. Nous proposons donc une analyse critique de cette décision afin d'en comprendre les impacts éventuels. Mais dans un premier temps, un rappel de la chronologie pertinente ainsi que de l'arrêt *R. c. Mercure*¹⁴ s'impose en vue d'une meilleure compréhension de la décision *Caron*.

⁸ Voir *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139. En particulier, s'il s'agit de l'accès à l'école anglaise du Québec, l'approche de la Cour suprême du Canada semble ne faire preuve d'aucune retenue et encadre étroitement la compétence de l'Assemblée nationale. Voir *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201 et *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208, ainsi que les commentaires de André BRAËN, « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 453.

⁹ *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563.

¹⁰ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774.

¹¹ *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340.

¹² Voir nos commentaires, *supra* note 8.

¹³ [2015] 3 R.C.S. 511.

¹⁴ [1988] 1 R.C.S. 234.

I. Rappel

A. La chronologie¹⁵

3. L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 (*Loi constitutionnelle de 1867*) établit la fédération canadienne et son article 133 introduit le bilinguisme parlementaire et législatif¹⁶ au sein du Parlement canadien et de la Législature du Québec et rend le bilinguisme judiciaire¹⁷ applicable devant les tribunaux établis par l'un ou l'autre. L'article 146 prévoit quant à lui l'admission éventuelle de la Terre de Rupert ainsi que du Territoire du Nord-Ouest dans l'union canadienne¹⁸. En décembre de la même année, le Parlement canadien présente à la Reine une

¹⁵ Une preuve historique a longuement été débattue au niveau de toutes les instances de l'affaire *Caron*. La décision de la Cour suprême elle-même laisse une grande place à l'analyse historique tant de la part de la majorité que des juges dissidents. Voir *supra* note 13.

¹⁶ Par bilinguisme parlementaire et législatif, l'art. 133 s'entend du droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les débats des chambres du Parlement canadien ou de la Législature du Québec et il s'entend aussi de l'obligation de procéder à la rédaction des archives, procès-verbaux et des journaux de celles-ci dans les deux langues. Il prévoit spécifiquement l'impression et la publication bilingue des lois adoptées par les deux législateurs. Les dispositions de cet article seront l'objet d'une interprétation libérale et très généreuse de la part de la Cour suprême du Canada. Voir Michel DOUCET, «Le bilinguisme législatif», dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 2, p. 179.

¹⁷ Par bilinguisme judiciaire, on entend l'utilisation du français ou de l'anglais devant ces tribunaux ainsi que dans toutes plaidoiries ou pièce de procédure émanant desdits tribunaux. On sait que ces dispositions ont été l'objet d'une interprétation restrictive, *supra* note 3. Voir Vanessa GRUBEN, «Le bilinguisme judiciaire», dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 2, p. 301.

¹⁸ L'article se lit comme suit : «Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou aucune d'elles dans l'union, et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément à la présente; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande».

première adresse (l'*Adresse de 1867*) requérant du Parlement impérial qu'il unisse ces territoires au Canada nouvellement formé et lui accorde le pouvoir de légiférer à leur égard. Il promet qu'en cas de transfert, « les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions »¹⁹ seront respectés. Ces territoires étaient à ce moment gouvernés et administrés par la Compagnie de la Baie d'Hudson qui y exploitait un monopole des fourrures en vertu d'une charte royale. La demande est refusée et on invite plutôt les autorités canadiennes à entamer des discussions avec les populations des territoires concernés qui semblent résister à cette initiative ainsi qu'avec la Compagnie de la Baie d'Hudson. Après une entente avec la compagnie, une seconde adresse au monarque est adoptée par le Parlement canadien en mai 1869 (l'*Adresse de 1869*)²⁰ demandant l'autorisation d'annexer les territoires aux conditions approuvées par la compagnie. Le Parlement autorise le gouverneur en conseil à régler les détails de l'annexion.

4. Mais le projet est mal reçu par les populations métis et autochtones et un groupe de Métis dirigés par Louis Riel s'insurgent et forment un gouvernement provisoire. Dans les négociations avec les autorités canadiennes, les représentants métis mettent de l'avant plusieurs revendications exprimées sous forme de « Listes des droits », d'abord en décembre 1869, puis en février et mars 1870. Une revendication énonce que « l'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues »²¹, ce qui correspondait à ce moment à l'usage en cours dans les territoires. On veut également que les deux territoires entrent dans le Canada à titre de province (de l'Assiniboine).

5. Pour apaiser les tensions, le gouverneur général, sir John Young, signe le 6 décembre 1869 une proclamation royale rédigée tant en français qu'en anglais afin de rassurer la population et énonçant « que sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit

¹⁹ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 14. En anglais, l'expression « droits acquis » ou « droits légaux » est traduite par « *legal rights* ».

²⁰ *Id.*, par. 17.

²¹ *Id.*, par. 21.

de la justice britannique»²². Une délégation de représentants des territoires entamera alors des négociations avec les autorités canadiennes et une entente sera convenue pour créer à partir d'une (petite) portion des territoires la nouvelle province du Manitoba²³. Le reste des territoires sera annexé au Canada à titre de territoires relevant du Parlement canadien. Toujours en 1869, le Parlement adopte une loi sur l'administration des nouveaux territoires²⁴. Puis le Parlement canadien adopte la *Loi de 1870 sur le Manitoba*²⁵ qui sera sanctionnée le 12 mai de cette année et dont l'article 23 reprend la formulation de l'article 133 de *Loi constitutionnelle de 1867* en rendant applicables au Manitoba le bilinguisme parlementaire et législatif de même que le bilinguisme judiciaire devant ses tribunaux. En juin 1870, le gouvernement impérial adopte le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*²⁶ lequel ordonne l'admission des deux territoires au sein du Canada selon les termes et conditions énoncés dans les *Adresses de 1867 et 1869*. Les deux documents sont annexés au *Décret de 1870* lequel est inscrit avec ses annexes à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷.

6. Incertaines de pouvoir ainsi créer une nouvelle province, les autorités canadiennes demandent au Parlement impérial de ratifier cette législation, ce qu'il fera avec l'adoption de la *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord Britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1871*)²⁸. En 1875,

²² Pour une analyse de la nature juridique de la *Proclamation de 1869* et du contexte de son adoption, voir : François LAROQUE, « La proclamation du 6 décembre 1869 », (2010) 33 *Man. L.J.* 298. Voir aussi : Pierre FOUCHER, « Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869 », dans Sophie BOUFFARD et Peter DORRINGTON (dir.), *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 177.

²³ Pour visualiser les frontières de ces territoires, voir Jean-Claude ROBERT (dir.), *La transformation du territoire, 1800-1891*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1993.

²⁴ *Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert*, S.C. 1869, c. 3. Cette loi ne sera jamais appliquée puisque l'administration des nouveaux territoires sera confiée à la nouvelle province du Manitoba jusqu'en 1875.

²⁵ S.C. 1870, c. 3.

²⁶ 1870, R.-U., reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 9.

²⁷ Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 52 (2) b).

²⁸ 34-35 Vict., c. 28 (R.-U.) (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1871*). Ce texte confirme le pouvoir du Parlement canadien de créer ainsi de nouvelles provinces.

le Parlement canadien adopte l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*²⁹ lequel est modifié en 1877³⁰ afin d'y insérer des dispositions semblables aux articles 133 et 23 rendant applicables aux institutions des territoires fédéraux les modalités relatives au bilinguisme législatif et judiciaire. En 1905, deux nouvelles provinces sont créées à même les territoires lorsque le Parlement canadien adopte la *Loi sur l'Alberta*³¹ et *Loi sur la Saskatchewan*³². Les deux lois prévoient le maintien dans les nouvelles provinces du droit en vigueur dans les territoires jusqu'à leur modification ou abrogation par la législature compétente³³. À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercur*³⁴ qui décrète invalide leur législation adoptée en anglais seulement depuis leur création, l'Alberta et la Saskatchewan adoptent une législation linguistique afin de valider rétroactivement cette pratique et pour permettre, mais non imposer, l'usage du français³⁵.

²⁹ S.C. 1875, c. 49.

³⁰ *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.C. 1877, c. 7, art. 11 qui se lit comme suit : « Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil ; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues ». Cette disposition deviendra l'art. 110 des S.R.C. 1886, c. 50. Il sera abrogé et remplacé par l'art. 18 des lois de 1891, 54-55 Vict., c. 22 pour se lire comme suit : « L'article 110 de la loi est par le présent abrogé et remplacé par le suivant : "Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice ; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée ; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues ; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier ; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur" ».

³¹ S.C. 1905, c. 3.

³² S.C. 1905, c. 42.

³³ Voir l'art. 16 des deux textes de loi.

³⁴ Préc., note 14 et aussi *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

³⁵ *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-6 et *Loi linguistique*, L.S. 1988-89, c. L-6.1. Voir *infra*.

B. L'arrêt *Mercure*

7. Dans l'arrêt *R. c. Mercure*³⁶ rendu en 1988, la Cour suprême avait été appelée à vérifier s'il existait au plan constitutionnel une obligation pour la Saskatchewan d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais et garantissant le bilinguisme judiciaire. Le père Mercure fut en effet poursuivi pour avoir enfreint le code de sécurité routière et il réclama un procès en français ou du moins le droit d'utiliser le français devant le tribunal. Il plaida l'invalidité de la législation invoquée³⁷ au motif qu'elle n'avait pas été adoptée en français. Au moment de sa création en 1905, la Saskatchewan faisait partie des Territoires du Nord-Ouest. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*³⁸ y imposait le bilinguisme législatif et judiciaire et au moment de la création de la province, la loi constitutive³⁹ y maintenait le droit en vigueur dans les territoires jusqu'à ce qu'il soit modifié ou abrogé par le législateur compétent. Or, ces dispositions n'avaient jamais été modifiées ou abrogées par la Législature même si, par ailleurs et depuis sa création, les lois avaient été adoptées et publiées en anglais seulement.

8. La cour s'est livrée à une analyse historique, beaucoup plus succincte que celle qui sera examinée plus tard dans l'arrêt *Caron*, afin de vérifier si l'obligation au bilinguisme législatif était toujours applicable et si elle avait été enchâssée dans la constitution du Canada. Au nom de la majorité⁴⁰, le juge Laforest a noté que le bilinguisme a constitué un enjeu important à l'époque de la création du Manitoba et qu'il avait conduit à des affrontements. Il a aussi noté que les premiers textes législatifs concernant les territoires du Nord-Ouest adoptés en 1875 ne contenaient aucune disposition sur le bilinguisme contrairement à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Ce ne sera qu'en 1877 que la législation territoriale sera modifiée pour y inclure l'article 110⁴¹. Pour le juge Laforest, cette modification n'est pas liée à l'article 23. Selon lui, on croyait à

³⁶ *R. c. Mercure*, préc., note 14.

³⁷ Il s'agissait du *Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3 et du *Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. 1978, c. S-63.

³⁸ Préc., note 30.

³⁹ *Loi sur la Saskatchewan*, préc., note 32, art. 16.

⁴⁰ Les juges Dickson, Beetz, Lamer, Wilson et LeDain ont souscrit à l'opinion du juge Laforest.

⁴¹ *Acte des territoires du Nord-Ouest*, préc., note 30.

l'époque qu'il valait mieux laisser aux autorités locales le soin de décider des questions linguistiques. Mais le juge constate, sans l'expliquer, que le Parlement a quand même légiféré sur la question en adoptant l'article 110 et qu'il a refusé par la suite de l'abroger. Le juge Laforest n'est pas certain que l'article 110 soit une réponse aux revendications de la population et il est d'avis que cet article ne résulte pas du même compromis que celui à la base de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si on cessa pratiquement d'utiliser le français dans les territoires à partir de 1892, l'usage ne peut effacer la loi. En 1905, le bilinguisme législatif et judiciaire était toujours reconnu législativement et c'est ce droit qui a été maintenu. Selon le juge Laforest, même si l'histoire reste utile, l'interprétation de la loi doit se faire dans le contexte présent et en fonction des termes utilisés par législateur. La Législature de la Saskatchewan possède le pouvoir de modifier ou d'abroger les dispositions linguistiques applicables, mais elle ne l'a pas fait et l'article 110 est donc toujours en vigueur. Ces dispositions ne font pas partie de la constitution du Canada, mais plutôt de la constitution de la province. À l'époque, le Parlement canadien savait en effet comment enchâsser les droits linguistiques dans la constitution d'une nouvelle province pour les protéger d'une intervention de la Législature comme il l'avait fait pour le Manitoba. Mais ce ne fut pas le cas et la Saskatchewan doit aujourd'hui adopter une loi bilingue afin de modifier ou d'abroger l'article 110 et de déclarer rétroactivement valides toutes les lois unilingues anglaises adoptées depuis 1905 ou les traduire... Pour les juges dissidents⁴², l'équilibre démographique des territoires a changé radicalement à la fin du vingtième siècle et ce changement est à l'origine des caractéristiques linguistiques qui existent toujours. Un texte législatif destiné à avoir un effet constitutionnel doit clairement exprimer cette intention et ce n'est pas le cas. Le Parlement canadien s'est abstenu de créer des droits linguistiques et l'article 110 n'a pas été en conséquence incorporé dans le droit de la nouvelle province. Et à supposer qu'il l'ait été, il a cessé d'exister instantanément quand les institutions territoriales ont été remplacées par celles de la nouvelle province.

9. L'arrêt *Mercury* traitait du statut du français en Saskatchewan, mais compte tenu des textes législatifs applicables, ses conclusions s'appliquent également au cas de l'Alberta, ce qui sera confirmé formellement

⁴² Il s'agit du juge Estey à l'opinion duquel a souscrit le juge McIntyre.

dans l'arrêt *R. c. Paquette*⁴³. La Saskatchewan et l'Alberta ont donc légiféré pour valider leur législation adoptée uniquement en anglais depuis 1905. Ainsi la *Loi linguistique*⁴⁴ adoptée par la Saskatchewan valide les lois et règlements adoptés en anglais uniquement (art. 2) et prévoit que les lois et règlements pourront dorénavant être imprimés et publiés en anglais seulement ou en français et en anglais (art. 3). Le gouvernement peut par règlement désigner les lois et les projets de loi qui pourront être adoptés en français et en anglais (art. 6)⁴⁵. Il en est de même en ce qui concerne les règlements existants ou à édicter (art. 8-9). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux⁴⁶ et ces derniers peuvent établir des règles à cet effet (art. 11). L'anglais et le français peuvent être utilisés dans les travaux de l'Assemblée législative, mais les archives, procès-verbaux et journaux décrétés uniquement en anglais dans le passé sont déclarés valides ; ces derniers pourront être dans l'avenir rédigés en anglais seulement sauf résolution contraire permettant l'utilisation du français et de l'anglais (art. 12). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Saskatchewan (art. 13). Quant à la *Loi linguistique*⁴⁷ adoptée par l'Alberta, elle valide rétroactivement les lois et règlements adoptés en anglais seulement (art. 2) et elle précise que les lois peuvent être imprimées et publiées en anglais (art. 3). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux⁴⁸ et le gouvernement peut adopter un règlement à cette fin (art. 4)⁴⁹. Le français et l'anglais peuvent être utilisés à l'Assemblée législative et ses règlements, procès-verbaux et journaux adoptés uniquement en anglais sont déclarés être valides ; il est permis d'établir, imprimer et publier ces derniers en français et en anglais si l'Assemblée le désire (art. 5). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Alberta (art. 7).

10. En résumé et au plan du bilinguisme législatif, la législation adoptée par les deux provinces n'impose plus l'emploi obligatoire du français

⁴³ Préc., note 34.

⁴⁴ Préc., note 35 (Saskatchewan).

⁴⁵ À notre connaissance, aucun règlement n'a été adopté à ce jour.

⁴⁶ Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du Banc de la Reine, de la Cour d'appel et du tribunal de la sécurité routière de la Saskatchewan.

⁴⁷ S.A. 1988, c. L-7.5, maintenant *Loi linguistique*, préc., note 35 (Alberta).

⁴⁸ Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel de l'Alberta.

⁴⁹ Un règlement a été adopté en 2013. Voir le *Languages in the Courts Regulations*, Alta. Reg. 1581/2013. L'utilisation du français requiert un avis.

lequel devient facultatif et soumis à la discrétion des autorités. Même si la législation de la Saskatchewan semble un peu plus généreuse envers les français, à toutes fins pratiques celui-ci est aujourd'hui rarement utilisé dans les deux provinces. Il faut donc souligner que l'intervention législative de ces provinces en 1988 a eu pour objet non seulement de valider l'unilinguisme, c'est le choix qui a été fait à ce moment, mais aussi de diminuer substantiellement les droits conférés auparavant à la minorité francophone. Il est ironique de constater que le chemin pour y parvenir au plan juridique leur fut tracé par la Cour suprême du Canada elle-même.

II. L'arrêt Caron

A. Analyse

11. L'affaire Caron met aussi aux prises deux personnes poursuivies pour infractions à la législation sur la sécurité routière de l'Alberta imprimée et publiée en anglais exclusivement⁵⁰. Ils plaident l'invalidité de la législation unilingue et l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta et donc, l'inconstitutionnalité de la *Loi linguistique*⁵¹ adoptée en 1988. En effet, la promesse de protéger les « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869* et surtout celle de respecter les « droits acquis » (ou « droits légaux ») énoncée dans l'*Adresse de 1867* qui est annexée au *Décret de 1870*, lequel est un texte constitutionnel⁵², fondent au plan constitutionnel une obligation à la charge de l'Alberta d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais. Après une preuve historique très développée⁵³ et un long procès, ils sont acquittés par la Cour provinciale de l'Alberta⁵⁴. Le juge constate que la pratique du bilinguisme existait dès 1845 dans les territoires. Dans la

⁵⁰ Il s'agit du *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6 et du *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta. Reg. 304/2002.

⁵¹ Préc., note 47.

⁵² En vertu de l'art. 52 (2) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes.

⁵³ Des auteurs ont soulevé des doutes quant à l'exactitude de la trame historique qui fut retenue par le juge Laforest dans l'arrêt *R. c. Mercure*, préc., note 14, contrairement à la preuve qui fut présentée au procès de Gilles Caron et Pierre Boutet. Voir Mark C. POWER, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ, « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects », (2012) 17 *Rev. Const. Stud.* 1.

⁵⁴ *R. v. Caron*, 2008 ABPC 232.

proclamation royale de 1869, il est énoncé que les droits civils et les privilèges de la population seront respectés et puisque, selon le *Décret de 1870*, le gouvernement canadien était autorisé à régler tous les détails pour sa mise en exécution, une valeur constitutionnelle se rattache à l'obligation au bilinguisme législatif. La Cour du Banc de la Reine infirma cette décision⁵⁵ et jugea que ni la *proclamation royale de 1869* ni le *Décret de 1870* et les deux adresses qui y sont annexées n'ont eu pour effet de constitutionnaliser l'obligation au bilinguisme et autres droits linguistiques dans l'actuelle province de l'Alberta. La Cour d'appel⁵⁶ confirma cette décision. Même si une interprétation libérale est de mise et même si le principe constitutionnel de la protection des minorités doit être considéré, il reste que la réalité doit être tenue en compte et à cet égard, si le Parlement britannique et celui du Canada avaient clairement voulu protéger les droits linguistiques de la population des territoires, ils auraient fait comme dans le cas du Manitoba. Le *Décret de 1870* n'a-t'il pas été adopté à la même époque que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*? Or, ils ne l'ont pas fait pour ce territoire qui est aujourd'hui l'Alberta. De plus, la pratique du bilinguisme dans les territoires n'avait pas dépassé les limites du district d'Assiniboia (le territoire original de la province du Manitoba). En tous les cas, les promesses au plan linguistique n'ont pas été enchâssées dans des textes constitutionnels. Dans des motifs concordants, le juge Slatter après avoir rappelé le caractère contentieux des droits linguistiques⁵⁷ fut d'avis que c'est l'arrêt *Mercury* qui fait autorité. Aucun texte constitutionnel n'englobe une obligation au bilinguisme législatif imposée à l'Alberta qui, d'ailleurs, n'a jamais publié ses lois en français... Les promesses s'il y en a eu, n'ont pas été intégrées dans le *Décret de 1870*.

12. La décision de la Cour suprême du Canada n'est pas unanime. Deux questions constitutionnelles sont formulées et soulève (a) le caractère *ultra vires* de la *Loi linguistique* de l'Alberta compte tenu de l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif et (b) en cas de réponse affirmative, l'invalidité des lois et règlements imprimés et publiés en anglais seulement. La majorité⁵⁸ confirme la décision de la

⁵⁵ *R. v. Caron*, 2009 ABQB 745.

⁵⁶ *R. c. Caron*, préc., note 5.

⁵⁷ Voir *supra* note 5.

⁵⁸ Les juges Cromwell et Karakatsanis rendent l'opinion majoritaire à laquelle souscrivent les juges McLachlin, Rothstein, Moldaver et Gascon.

Cour d'appel de l'Alberta ainsi que son interprétation du contexte historique. On peut résumer son analyse de la façon suivante :

– Dans son introduction, la majorité rappelle tout de go que l'affaire *Caron* se situe au carrefour des droits linguistiques et des pouvoirs législatifs des provinces. Les prétentions des appelants à l'effet que le droit au bilinguisme législatif est constitutionnel doivent être rejetées parce que les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » (« legal rights » en anglais) n'ont jamais été interprétées comme conférant des droits linguistiques. Ces derniers ont toujours fait l'objet de dispositions spécifiques. Compte tenu des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 133) et de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (art. 23), il est inconcevable qu'on ait voulu protéger des droits linguistiques dans l'*Adresse de 1867* et le *Décret de 1870*. Tant le contexte historique, le texte utilisé et les objets des documents invoqués au soutien de la garantie au bilinguisme législatif s'opposent aux prétentions des appelants. On ne peut donc inférer l'existence d'une telle garantie qui l'emporterait sur la compétence de l'Alberta de légiférer sur la langue de sa législature. La *Loi linguistique* est *intra vires*⁵⁹.

– Le dualisme et la protection des minorités sont des valeurs constitutionnelles importantes tout comme le fédéralisme et l'autonomie des provinces sont aussi des principes importants. La cour ne peut permettre que la poursuite des droits linguistiques empiète sur des matières de compétence clairement provinciale. Une interprétation large et téléologique et compatible avec le maintien et le développement des minorités de langue officielle est de mise, mais ces principes ne peuvent avoir préséance sur un texte écrit de la constitution. Il faut examiner le sens ordinaire des mots utilisés dans les documents, le contexte historique et la philosophie ou objectifs à la base des garanties invoquées. Si le tribunal doit donner une interprétation généreuse des droits linguistiques, il ne doit pas en créer de nouveaux⁶⁰.

– L'interprétation historique des appelants quant à l'existence d'une obligation au bilinguisme législatif doit donc être rejetée. La promesse de respecter des droits acquis contenue dans le l'*Adresse de 1867* repose sur un compromis politique différent de celui du bilinguisme législatif. À l'époque, les représentants ont distingué entre des droits linguistiques et

⁵⁹ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 1-7.

⁶⁰ *Id.*, par. 35-38.

des droits acquis. Ils croyaient que les droits linguistiques à proprement parler avaient été conférés à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La *proclamation de 1869* faisant état du respect des droits et privilèges civils ne vise pas le bilinguisme et constitue une promesse non exécutoire⁶¹.

– Toujours au plan historique, les représentants de la population croyaient que leurs droits linguistiques avaient été protégés par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les termes de l'*Adresse de 1867* ne visaient pas des droits linguistiques. Le bilinguisme s'est effectivement appliqué dans les territoires de 1870 à 1875 alors qu'ils étaient sous une administration combinée avec la nouvelle province, mais cela ne signifie pas qu'il s'agissait de la mise en œuvre d'une obligation constitutionnelle. Les lois relatives aux territoires de 1875 et de 1877 confirment cette interprétation et aucun des représentants de la population ne croyait vraiment que le bilinguisme législatif avait été garanti pour les territoires hors Manitoba en 1870. S'il existe un compromis sur le bilinguisme législatif, c'est celui qui a été consacré à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et non dans le *Décret de 1870*. Certaines revendications dont celle relative à l'admission de l'ensemble des territoires à titre de nouvelle province ont été rejetées et le compromis à cet égard fut d'accepter qu'une petite portion de ces territoires soit érigée comme province. Celles relatives au droit vote, à la représentation au Sénat, aux subventions ou encore au bilinguisme législatif ont été inscrites dans *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Mais la population vivant en dehors de cette nouvelle province ne s'est vu quant à elle reconnaître aucun de ces droits. Comment un document rédigé en 1867 (l'*Adresse de 1867*) peut-il matérialiser un compromis qui n'interviendra que trois années plus tard ? On ne peut pas se contenter de recourir aux documents historiques faisant état de revendications et de souhaits et présumer qu'on y a accédé⁶².

– Si la cour donnait raison aux appelants, cela voudrait dire que sa décision dans l'arrêt *Mercury* est erronée et on ne peut permettre que la stabilité du droit constitutionnel soit remise en question. Dans cet arrêt, le juge Laforest alors qu'il traitait du cas de la Saskatchewan a conclu

⁶¹ *Id.*, par. 99, voici ce que conclut simplement la majorité : « Comme nous l'avons vu, il ressort du dossier historique que le gouvernement provisoire a envoyé trois délégués à Ottawa afin de négocier les droits qu'il souhaitait voir protégés. À certains égards, ils ont réussi. La province du Manitoba a été créée ».

⁶² *Id.*, par. 39-80.

qu'il n'existait aucune garantie constitutionnelle au bilinguisme législatif et judiciaire. L'opinion de l'époque était à l'effet que les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de sorte de laisser les législatures libres de légiférer à ce sujet⁶³.

– Conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif aurait des conséquences importantes au plan pratique puisqu'il en découlerait que le bilinguisme aurait été constitutionnalisé non seulement à l'égard de l'Alberta, mais aussi de toutes les terres appartenant avant l'annexion de 1870 à la Compagnie de la Baie d'Hudson à savoir les trois territoires d'aujourd'hui, puis la Saskatchewan, l'Ontario et le Québec⁶⁴.

13. Les juges Wagner et Côté ont livré une opinion dissidente⁶⁵ également très documentée et que l'on peut résumer de la façon suivante :

– Dans leur introduction, les juges dissidents constatent que les négociations entre les divers représentants ont abouti en 1870 à un compromis historique qui a permis l'annexion des territoires. Ces négociations ont eu lieu au moment de la fondation du pays, de « sa constitution »⁶⁶. L'entente à laquelle ont mené ces négociations contenait une promesse de protéger le bilinguisme législatif et cette entente a été constitutionnalisée par l'adoption de l'*Adresse de 1867* et son inclusion dans le *Décret de 1870*. La *Loi linguistique* est donc *ultra vires* et la législation sur la sécurité routière imprimée et publiée exclusivement en anglais est inopérante.

– L'*Adresse de 1867* jointe au *Décret de 1870* contient une garantie de bilinguisme législatif et elle fait partie de la constitution du Canada en vertu de l'article 52 (2) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes. Cette *adresse* doit être interprétée à la lumière du contexte historique, philosophique et linguistique et aussi tenir compte de l'essence même d'une constitution qui est d'exprimer la volonté d'un peuple et finalement, ses dispositions constitutionnelles doivent être l'objet d'une interprétation large et téléologique⁶⁷.

⁶³ *Id.*, par. 79-84.

⁶⁴ *Id.*, par. 102.

⁶⁵ À laquelle a également souscrit la juge Abella.

⁶⁶ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 116.

⁶⁷ *Id.*, par. 117.

– Les juges distinguent l'affaire *Caron* de l'arrêt *Mercur*. Ce dernier traitait de l'application de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* et il n'a pas procédé à l'analyse du compromis contenu dans le *Décret de 1870*. Ce qui est mis en cause dans l'affaire *Caron* est la validité de la *Loi linguistique* adoptée par l'Alberta. L'arrêt *Mercur* n'empêche pas la cour de conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif imputable à l'Alberta⁶⁸.

– Au plan historique, le bilinguisme existait avant l'annexion des territoires en 1870 et il constituait une pratique acquise. L'expansion de la fédération canadienne fut d'abord perçue négativement par les populations qui y habitaient. Ce sont les autorités britanniques et la résistance des populations qui ont imposé ce contexte de négociations. Les représentants ont réclamé le bilinguisme législatif comme condition d'entrée dans la fédération canadienne et l'*Adresse de 1867* contient cette garantie. Cela est confirmé par la *proclamation de 1869* et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne contredit pas cette interprétation. Le contexte démontre aussi que la population des territoires jouissait de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire et qu'à l'époque, le Canada n'était pas disposé à annexer les territoires en cas de résistance populaire. Les autorités britanniques ont fait pression pour que le Canada négocie les conditions du transfert. Pour les juges dissidents, ce contexte est essentiel pour une interprétation juste de la promesse de protéger les « droits acquis » contenue dans l'*Adresse de 1867* : « Voilà le contexte sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste »⁶⁹.

– La *proclamation de 1869* ne vise pas seulement la Colonie de la Rivière-Rouge (le district d'Assiniboia), mais l'ensemble des territoires où la population jouissait de droits linguistiques. L'administration bilingue des territoires et du Manitoba de 1870 à 1875 et l'ajout de l'article 110 à l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* en 1877 consacrent le bilinguisme existant plutôt qu'il ne confère de nouveaux droits. Le bilinguisme législatif fait partie des « droits acquis » que les autorités ont promis de respecter. Le fait qu'une promesse constitutionnelle soit bafouée pendant

⁶⁸ *Id.*, par. 132-137.

⁶⁹ *Id.*, par. 183.

plus d'un siècle ne la fait pas disparaître pour autant⁷⁰. On ne peut inférer de la création du Manitoba et de la protection explicite de droits linguistiques que de tels droits n'existaient pas dans le reste du territoire et il n'y a pas de preuve à l'effet que les délégués aient simplement capitulé et renoncé à leurs conditions pour le reste des territoires. Pour les juges, il est improbable que les Métis aient sollicité une protection constitutionnelle pour une partie seulement des territoires⁷¹.

– Enfin, les juges rappellent l'importance de la constitution laquelle est le résultat de négociations entre les peuples fondateurs. Ces négociations ont donné lieu à des concessions mutuelles de la part des acteurs impliqués et leurs intentions ainsi que leurs points de vue doivent guider l'interprétation par la cour des textes constitutionnels. Il est important de considérer la perspective de la minorité dans ces négociations et il est inconcevable que celle-ci ait consenti à l'annexion sans obtenir la promesse que ses droits linguistiques seraient garantis. La revendication ferme et continue à propos du bilinguisme législatif, l'absence d'opposition du Canada à cette revendication et le fait que l'annexion couvre l'ensemble des territoires justifie une interprétation de l'expression « droits acquis » qui reconnaît l'existence d'une promesse de bilinguisme⁷².

B. Commentaires

1. L'incidence de l'arrêt Mercure

14. Dans l'arrêt *Caron*, la majorité s'inquiète qu'une réponse positive aux arguments des appelants puisse signifier un renversement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercury*. Elle reconnaît que sa décision dans *Mercury* ne permet pas de trancher l'affaire *Caron* parce que la cour, à l'époque, n'avait pas envisagé les retombées possibles du *Décret de 1870*. Mais il reste que si les appelants ont raison, le dispositif de l'arrêt *Mercury* est manifestement erroné. Rappelons que la cour avait alors jugé qu'il n'existait pas en droit constitutionnel canadien une obligation au bilinguisme législatif et judiciaire imputable à la Saskatchewan (et par ricochet à l'Alberta). Si une telle obligation existait, c'était en vertu de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Or pour la

⁷⁰ *Id.*, par. 205.

⁷¹ *Id.*, par. 213.

⁷² *Id.*, par. 235-239.

majorité, la stabilité du droit constitutionnel est importante et elle conduit au rejet des prétentions des appelants. Les juges minoritaires s'appuient au contraire sur cette distinction pour écarter l'arrêt *Mercury*. Puisque l'affaire *Caron* traite de la validité de la *Loi linguistique* de l'Alberta et de ses obligations en matière de bilinguisme en droit constitutionnel canadien, le litige est d'une toute autre nature. L'analyse historique dans *Mercury* est moins développée en particulier en ce qui concerne la nature et l'impact du *Décret de 1870* et des deux *adresses* qui y sont annexées. Aussi, le fait que le juge Laforest ait affirmé dans l'arrêt *Mercury* que le Parlement savait comment enchâsser dans la constitution une disposition conférant des droits linguistiques constitue pour la minorité dans l'affaire *Caron* une déclaration qui ne dément pas l'existence, au plan constitutionnel, d'une promesse de bilinguisme dans les territoires. En bref, si les questions diffèrent dans les deux affaires, c'est la même conclusion qui est recherchée : existe-t-il une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta (et par ricochet à la Saskatchewan) ?

15. À cet égard, la position des juges majoritaires qui insistent sur l'incidence de l'arrêt *Mercury* nous paraît trop rigide. D'abord, ce sont les lacunes de l'analyse historique faite par le juge Laforest dans l'arrêt *Mercury* qui ressortent ici. Manifestement, l'arrêt *Caron* fait place à une étude contextuelle beaucoup plus approfondie, mais en vain puisque la majorité ne veut pas remettre en question les conclusions d'une décision antérieure ; alors que la minorité y justifie, quant à elle, sa décision de l'écarter. Selon cette dernière, «Lorsqu'un argument ne fait qu'effleurer une question, on ne saurait nier la possibilité à d'autres parties dans une instance subséquente d'en faire la question centrale de leur litige. Toute autre conclusion serait injuste»⁷³.

16. Il faut aussi rappeler qu'il est possible pour la Cour suprême d'écarter, pour des motifs sérieux, un arrêt antérieur même si cela est rare⁷⁴. Le simple fait que les juges actuels divergent d'opinion avec ceux d'hier est certes insuffisant⁷⁵ mais pour des raisons impérieuses, elle

⁷³ *Id.*, par. 135.

⁷⁴ Voir *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, en particulier l'opinion du juge Binnie aux par. 129 et suiv. et *Ontario (Proc. Gén.) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, en particulier l'opinion du juge Rothstein aux par. 129-151. Voir aussi *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.

⁷⁵ *Ontario (Proc. Gén.) c. Fraser*, préc., note 74, par. 129.

pourra écarter ses propres précédents⁷⁶. Dans l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*⁷⁷, la cour précise clairement que « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »⁷⁸. Dans l'arrêt *Ontario (Proc. Gén.) c. Fraser*⁷⁹, le juge Rothstein énonce parmi les motifs justifiant qu'un précédent soit écarté⁸⁰ les suivants :

– Des principes fondamentaux touchant aux droits des personnes et des citoyens sont-ils en cause ?

– Les valeurs justifiant que l'erreur soit corrigée ou que justice soit rendue l'emportent-elles sur celles justifiant le respect du *stare decisis* ?

Ce ne sont pas là des considérations à satisfaire, mais plutôt des principes directeurs qui guident la cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁸¹. Dans *R. c. Henry*⁸², la cour prône la prudence avant d'écarter un précédent si ce revirement a pour conséquence d'affaiblir une protection offerte par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸³ puisque cette dernière énonce les principes les plus fondamentaux de notre droit. Aussi, la justesse de son interprétation importera particulièrement⁸⁴. Or, le dualisme et l'égalité des deux langues officielles sont des principes inscrits dans la *Charte canadienne* et des valeurs constitutionnelles. Les droits

⁷⁶ *Id.* Le juge Rothstein énonce : « Le tribunal appelé à décider s'il convient ou non d'écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s'il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l'intérêt de la certitude ou corriger l'erreur. Comme cette pondération suppose l'exercice du pouvoir discrétionnaire, des tribunaux et auteurs ont proposé l'application d'une pléthore de critères » (par. 133). Dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1353, le juge en chef Lamer déclare : « Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d'un précédent – comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle – l'emportent-ils sur la nécessité d'écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu'il ne soit ni confirmé ni perpétué ? ».

⁷⁷ [1988] 2 R.C.S. 680.

⁷⁸ *Id.*, 704.

⁷⁹ Préc., note 74.

⁸⁰ *Id.*, par. 134-137. Les motifs énumérés ne sont pas exhaustifs (voir par. 139).

⁸¹ *Id.*, par. 141.

⁸² Préc., note 74.

⁸³ *Id.*, par. 44.

⁸⁴ *Id.*, par. 141.

linguistiques inscrits dans d'autres textes sont aussi des droits touchant aux droits des personnes et des citoyens. Par analogie et dans la mesure où l'utilisation de l'arrêt *Mercur* sert à affaiblir le dualisme et la protection offerte au français et à la minorité francophone, la majorité de la Cour suprême aurait dû, plutôt que d'insister sur la stabilité du droit constitutionnel, accepter sa remise en question sinon l'écarter.

2. *Quel compromis ?*

17. Les droits linguistiques ne sont pas édictés dans l'abstrait. Contrairement à des droits fondamentaux qui s'appuient sur des principes universels, les droits linguistiques sont des droits créances qui découlent généralement d'un compromis politique⁸⁵. Les tribunaux sont invités lorsqu'ils interprètent des dispositions linguistiques à adopter une approche contextuelle. La relation des faits est donc essentielle pour permettre un examen des questions pouvant découler de l'interprétation de dispositions, dans notre cas des expressions «droits acquis» dans l'*Adresse de 1867* et «droits civils» dans la *proclamation de 1869*. Le tribunal, plutôt que de s'en remettre à des règles d'interprétation mécanistes, doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances pertinentes afin d'identifier l'objet de la loi et les principes sous-jacents. Et il est donc possible, par exemple, qu'un droit ou une liberté puisse avoir une différence selon le contexte applicable⁸⁶. Il faut noter d'emblée que dans l'arrêt *Caron*, autant les juges majoritaires que les juges minoritaires s'entendent sur les principes directeurs d'interprétation qui sont applicables. Mais comment expliquer qu'ils en arrivent à des conclusions divergentes ?

18. Pour la majorité, les textes constitutionnels doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale. S'agissant de droits linguistiques, une interprétation téléologique s'impose, c'est-à-dire qu'ils sont interprétés de manière compatible avec le maintien et le développement des communautés de langue officielle et à cet égard, la compréhension du

⁸⁵ Voir à ce sujet José WOEHLING, «Les droits linguistiques dans l'usage officiel et la liberté linguistique dans l'usage privé : l'apport à la réflexion de la Cour suprême du Canada», dans Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDIA (dir.), *Humanisme et droit*, Paris, Pedone, 2013, p. 447, à la page 462.

⁸⁶ Voir les propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureure Générale)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355.

contexte est essentielle⁸⁷. Mais du même coup, la cour met en garde dans la mesure où on ne peut au moyen de cette approche créer de nouveaux droits. Aussi ces principes d'interprétation ne sauraient avoir préséance sur un texte constitutionnel écrit⁸⁸. Même si la dualité linguistique et la protection des minorités sont des principes constitutionnels importants, il en va de même en ce qui concerne le fédéralisme et l'autonomie des provinces et les premiers ne sauraient faire échec aux seconds. En l'absence de garanties consacrées, comme les articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces sont donc libres de décider de la langue de leur législation. Les juges majoritaires semblent vouloir opposer, plutôt qu'harmoniser, le principe de la protection des minorités à celui du fédéralisme et ils nous paraissent plutôt réservés dans leur évaluation du contexte historique et factuel. L'épisode est perçu comme en étant strictement un de négociations. En acceptant la création de la province du Manitoba et l'annexion du reste des Territoires du Nord-Ouest au Canada, les représentants de la population métis ont effectivement fait des sacrifices concernant les régions éloignées en ce qui concerne le bilinguisme législatif. Celui-ci n'a été garanti que dans le cas du Manitoba et au moyen de l'insertion de l'article 23 dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. C'est là le compromis. *L'Adresse de 1867* ne matérialise pas ce compromis qui est effectivement intervenu en 1870. Si ce compromis a eu pour effet de restreindre la compétence du Manitoba de légiférer sur la langue de sa législation, ce n'est pas le cas pour l'union des territoires à la fédération canadienne (et des provinces qui ultérieurement s'en détachèrent) laquelle s'est effectuée sans garantie de bilinguisme et même si le bilinguisme était largement pratiqué. Dans une négociation, une partie peut réaliser des gains, mais elle s'attend aussi à ce que d'autres revendications restent lettre morte⁸⁹. L'article 110 de *l'Acte des Territoires*

⁸⁷ Dans Mélanie SAMSON, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? », (2009) 49 *C. de D.* 297, l'auteure est d'avis que « les éléments contextuels doivent être pris en considération pour déterminer l'objet de la disposition à interpréter et que une fois cet objet établi, le principe de l'interprétation large et libérale commande qu'il y soit donné pleinement effet ». C'est davantage l'objet que le contexte de la disposition qui déterminera alors sa portée large ou étroite.

⁸⁸ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 35-38.

⁸⁹ *Id.*, par. 70 : « Le fait est qu'en acceptant la création de la province du Manitoba ainsi que du Territoire du Nord-Ouest, les représentants et les négociateurs ont effectivement fait des sacrifices en ce qui concerne les régions éloignées. Loin de manquer

du Nord-Ouest adopté en 1877 ne vise pas à mettre en œuvre une garantie constitutionnelle qui n'existe pas. Puisque les garanties linguistiques ont toujours été l'objet de dispositions spécifiques, l'expression « droits acquis » dans l'*Adresse de 1867* ne peut être interprétée comme garantissant le bilinguisme législatif. D'ailleurs, la majorité se demande comment cette adresse peut matérialiser un compromis qui surviendra trois ans plus tard. À cet égard, il convient selon nous de répondre que l'*Adresse de 1867* ne matérialise pas un compromis qui surviendra trois ans plus tard, mais plutôt que c'est ce compromis (le *Décret de 1870*) qui en intégrera simplement les termes. Quant à la *proclamation de 1869* protégeant les « droits civils », la majorité juge que c'est une simple promesse non exécutoire⁹⁰. Son approche est donc empreinte de réserve et c'est la retenue qui caractérise son intervention : la retenue dans l'appréciation du contexte historique, mais aussi la retenue dans l'interprétation des textes.

19. En effet, la majorité affirme à plusieurs reprises⁹¹ que les droits linguistiques sont des droits conférés de manière spécifique et donc que l'expression « droits acquis » ne peut faire référence à des garanties de cette sorte. Mais l'affirmation n'est pas appuyée par un précédent. Elle découlerait simplement du fait que les garanties linguistiques qui ont fait à l'époque l'objet d'un compromis ont été explicitement énoncées aux articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le bilinguisme législatif est perçu différemment des

de plausibilité, cette conclusion reflète l'essence même de toute négociation : faire des compromis pour parvenir à une entente, et, d'autant plus que les représentants avaient formulé ainsi leur revendication : "L'usage des langues anglaise et française sera facultative dans la législature...". Comme nombre d'autres contenues dans les Listes des droits, cette revendication était tributaire de la première demande formulée en tête de la troisième Liste, soit celle sollicitant l'entrée dans la Confédération en tant que province, avec la création d'une assemblée législative provinciale pour l'ensemble des terres annexes. Il s'ensuit donc que l'accord sur le bilinguisme a été consacré dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ».

⁹⁰ *Id.*, par. 95-99.

⁹¹ *Id.*, par. 4, 40-44, 97 et 103. Dans ce dernier paragraphe, elle énonce : « Il n'est jamais arrivé dans l'histoire constitutionnelle que le droit au bilinguisme législatif soit constitutionnalisé par le jeu d'une inférence fondée sur l'emploi des termes "droits acquis" ou "droits légaux". [...] Le législateur savait comment garantir les droits linguistiques et c'est ce qu'il a fait dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pas dans l'*Adresse de 1867* ».

« droits acquis » et il a été traité de façon distincte⁹². Il y a pourtant un précédent judiciaire à cet égard où le raisonnement du tribunal est similaire et une référence aurait pu y être faite. C'est l'affaire *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*⁹³. On sait que l'Ontario adoptait en 1912 le fameux Règlement 17 lequel bannissait le français comme langue d'instruction et de communication dans les écoles de cette province. Les franco-ontariens ont bien pensé que le français et leurs écoles étaient protégés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ils ont donc contesté la validité du règlement. Le comité judiciaire du Conseil privé leur a répondu en 1917 que seul l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traite spécifiquement de droits linguistiques⁹⁴. Quant à l'article 93, celui-ci ne protège pas la langue d'instruction, mais bien les catégories de personnes unies par une même confession ; il ne limite pas la compétence des provinces de faire lois sur les autres aspects de l'instruction dont la langue d'enseignement. Bref, l'article 93 n'offre aucunes garanties de nature linguistique, ces dernières étant énoncées spécifiquement à l'article 133. Mais aujourd'hui, on pourrait comprendre facilement les hésitations des tribunaux canadiens à appuyer leur raisonnement sur l'affaire *Mackell*⁹⁵.

20. Pour la minorité, les mêmes principes d'interprétation prévalent. Une interprétation large et téléologique et qui tienne compte du contexte est de mise, mais puisqu'il s'agit de « constitution », ils ajoutent que la volonté d'un peuple doit être aussi considérée puisque par essence elle en est l'expression⁹⁶. C'est la distinction principale qui explique le désaccord

⁹² *Id.*, par. 97.

⁹³ *Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62. On pourra consulter sur le sujet Pierre CARIGNAN, *Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario : un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

⁹⁴ Dans *Trustees v. Mackell*, préc., note 93, le tribunal déclare : « In this connection it is worthy of notice that the only section in the BNA Act 1867, which relates to the use of the English and French languages (sec. 133) does not relate to education, and is directed to an entirely different subject-matter... ».

⁹⁵ Particulièrement à l'heure où la première ministre de l'Ontario a offert officiellement les excuses du gouvernement à la population franco-ontarienne pour ce sombre épisode (le 22/02/16). Voir ONTARIO, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 41^e légis., 22 février 2016, en ligne : www.ontla.on.ca/house-proceedings/transcripts/files_pdf/22-FEB-2016_L138.pdf (9 octobre 2016).

⁹⁶ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 117.

avec l'interprétation que la majorité fait quant à elle du contexte historique. En effet, le contexte analysé est celui qui a prévalu au moment de la création de la Confédération ainsi que de l'annexion des territoires qui est intervenue quelques années plus tard. C'est donc une période de revendications et de négociations entre les nouvelles autorités canadiennes et les populations visées. Pour la minorité, il s'agit donc de considérer la volonté des peuples fondateurs et ce n'est donc pas une simple affaire de négociations avec son lot de gagnants et de perdants. Tenir compte uniquement de la perspective du gouvernement canadien tronque l'interprétation des concessions faites au moment des négociations⁹⁷. Selon elle, « l'annexion s'est faite non par conquête, mais par négociation »⁹⁸. À cet égard, il lui apparaît donc inconcevable qu'on ait voulu garantir le bilinguisme législatif et judiciaire aux seuls habitants de la nouvelle et petite province du Manitoba (même si une majorité de francophones y habitaient) et laisser pour compte le reste de la population francophone vivant à l'extérieur dans l'ensemble des territoires. La garantie de protéger les « droits acquis » ou les « droits civils » est certainement incluse dans le contenu visé d'autant plus que la preuve a révélé qu'avant l'annexion, tous les habitants jouissaient de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire⁹⁹. C'est le contexte qu'il faut considérer et qui explique la nature du compromis intervenu¹⁰⁰. L'expression « droits acquis » renvoie à ce compromis. L'*Adresse de 1867* contient donc une garantie constitutionnelle, compte tenu de son incorporation au *Décret de 1870*, de bilinguisme législatif. Quant à l'expression « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869*, elle réitère cette promesse de bilinguisme.

⁹⁷ *Id.*, par. 236.

⁹⁸ *Id.*, par. 213.

⁹⁹ *Id.*, par. 164 : « Bref, la preuve démontre clairement qu'avant l'annexion, tous les habitants de la Terre de Rupert et du TNO jouissaient de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire. Ce contexte est essentiel à une interprétation juste de la promesse faite par le Parlement de protéger les "droits acquis" des habitants ».

¹⁰⁰ *Id.*, par. 183 : « Il est clair que le Canada n'est pas disposé à annexer les territoires tant que durera la résistance de la population. Toutefois, il ne peut toutefois se contenter d'attendre que la population renonce à ses revendications. Le gouvernement britannique exerce des pressions importantes sur le Canada pour qu'il négocie des conditions de transfert raisonnables. Voilà le contexte sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste ».

L'ajout de l'article 110 à l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* en 1877 ne fait que consacrer et la pratique et la garantie de bilinguisme.

21. L'histoire est la relation d'événements ainsi que l'interprétation qu'on en fait. La diversité caractérise évidemment cette interprétation et il n'est pas rare que les mêmes faits donnent lieu à des interprétations divergentes. Il est donc tout à fait normal que les membres d'un même tribunal puissent diverger d'opinions et apprécier différemment les relations factuelles établies devant eux. Pour la majorité, le récit établit l'existence d'un compromis linguistique concernant le Manitoba et de simples promesses sans suite concernant le reste du territoire. Un compromis perdu ! Pour la minorité, c'est au contraire l'histoire de promesses non tenues et de droits constitutionnels bafoués. La différence est de taille parce que s'agissant de droits, une réparation au plan judiciaire aurait été possible. C'est à cet espoir que la majorité met fin.

3. *Les langues autochtones et le français*

22. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme les droits existants ou issus de traités des peuples autochtones du Canada et les Métis forment l'un des trois peuples autochtones du Canada¹⁰¹. Le contenu de ces droits n'a pas été identifié tel quel par le constituant au moment du rapatriement de la constitution, mais ce dernier a plutôt laissé aux tribunaux le soin d'y procéder cas par cas¹⁰². Les droits dont il est question s'entendent des droits territoriaux et aussi des autres droits coutumiers et liés à la culture autochtone comme par exemple les activités liées au mode de vie traditionnel (chasse, pêche, trappage ou certaines

¹⁰¹ Avec les Indiens et les Inuits. Voir le paragraphe 35 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670. Récentement dans *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, la Cour suprême a jugé que le mot « Indiens » visé au par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* englobe tous les peuples autochtones, y compris les Indiens non-inscrits et les Métis et elle a confirmé la compétence législative fédérale à leur endroit.

¹⁰² Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 131-138 et 530-531 ; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727 et Brian SLATTERY, « The Constitutional Guarantee of Aboriginal Treaty Rights », (1982-1983) 8 *Queen's L.J.* 232.

activités commerciales)¹⁰³. À ce jour, les tribunaux ne sont pas prononcés sur l'inclusion des langues autochtones à titre de droits ancestraux¹⁰⁴. Compte tenu de l'approche applicable dans ce domaine¹⁰⁵, on peut certes avancer que les langues autochtones constituent un élément important de la culture des premiers habitants puisqu'elles sont l'expression sous toutes ses formes du mode de vie d'un peuple et qu'elles en sont aussi l'expression privilégiée de transmission. Le respect de l'article 35 imposerait donc à l'État au moins l'obligation négative de ne pas entraver l'exercice de ce droit à défaut de lui imposer un devoir, positif, cette fois, de les promouvoir. La Cour suprême a déjà reconnu que les autochtones forment des peuples souverains ou des sociétés uniques¹⁰⁶. Également et dans le contexte de la protection et de la promotion des deux langues officielles, la Cour suprême a maintes fois insisté sur le rôle essentiel que joue la langue dans la vie de l'individu qui est aussi membre d'une communauté¹⁰⁷. Ce raisonnement vaut aussi selon nous pour toutes les langues, y inclus les langues autochtones. Une interprétation qui de plus concorde avec le principe de la protection des minorités¹⁰⁸.

¹⁰³ *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901 ; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

¹⁰⁴ Des auteurs plaident en faveur de cette inclusion. Voir Jeffrey RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada », dans Paul PUIPIER et José WOEHRLING (dir.), *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 258 ; Brian SLATTERY, « Aboriginal Language Rights », dans David SCHNEIDERMAN (dir.), *Langue et État : droit politique et identité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; Fernand De VARENNES, « L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones », (1994) 4 *R.N.D.C.* 265 ; Naiomi METALLIC, « Les droits linguistiques des peuples autochtones », dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 2, p. 891. Voir aussi André BRAËN, « Le statut des langues autochtones au Canada : le cas de l'inuit au Nunavut », (2009) 87 *R. du B. can.* 739.

¹⁰⁵ Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, la Cour suprême déclare que l'art. 35 doit s'interpréter en fonction de trois objets qui sont (a) la préservation des cultures autochtones et la reconnaissance de la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire, (b) la conciliation de cette présence antérieure avec la souveraineté du Canada et (c), la nécessité de réparer les préjudices historiquement subis par les peuples autochtones.

¹⁰⁶ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

¹⁰⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 ; *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

¹⁰⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79-82.

23. La majorité dans l'arrêt *Caron* est d'avis que les droits linguistiques ont toujours fait l'objet de dispositions explicites de la part du constituant. Si cette approche est retenue, il serait donc impossible d'argumenter que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège, même passivement, les langues autochtones. L'expression « droits ancestraux », compte tenu de son caractère général et par analogie avec l'expression « droits légaux » contenue dans l'*Adresse de 1867*, ne pourrait donc être interprétée comme protégeant une langue autochtone contre, par exemple, une interdiction d'utilisation décrétée par les autorités. L'absence de dispositions dans l'article 35 traitant spécifiquement de droits linguistiques serait donc fatale ? De même et dans la mesure où le français¹⁰⁹ est une langue qui était historiquement la langue parlée par les Métis¹¹⁰, pourrait-on affirmer qu'au plan juridique, il est une langue autochtone qui jouit d'une protection constitutionnelle et que son emploi ne pourrait être interdit par une mesure contemporaine ?

4. *Question de droit ou question politique ?*

24. De façon surprenante et dans leur conclusion, les juges de la majorité insistent brièvement sur les conséquences « d'une portée considérable » d'une décision qui statuerait sur le caractère constitutionnel d'une obligation au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta¹¹¹. Conclure de la sorte signifierait que cette obligation constitutionnelle serait applicable non seulement à l'Alberta, mais aussi aux terres qui, à l'époque, appartenaient à la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ressortent maintenant aux provinces de la Saskatchewan, de l'Ontario, du Québec, et aux territoires du Yukon, du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest. Pour la minorité, une décision contraire n'entraînerait pas le chaos et ses répercussions seraient limitées puisqu'à l'exception de la Saskatchewan (et de l'Alberta ajoutons-nous), ces provinces et territoires publient déjà leurs lois en français. Selon eux, la cour est saisie fondamentalement d'une question de droit et non d'une question politique pouvant être laissée au bon vouloir des autorités gouvernementales¹¹².

¹⁰⁹ Et l'anglais.

¹¹⁰ Avec le Métchif.

¹¹¹ *Caron c. Alberta*, préc., note 13, par. 102.

¹¹² *Id.*, par. 243.

25. Cette préoccupation de la part de la majorité est surprenante. Ce qui est en cause ici n'est pas le caractère politique des questions soumises à l'examen de la cour¹¹³, mais plutôt ses répercussions en cas de réponses positives. Le droit n'est pas abstrait et c'est de l'angélisme de croire que les aspects politiques d'une décision ne sont pas considérés par un tribunal, du moins implicitement. Dans le domaine des droits linguistiques, les répercussions éventuelles au plan politique des interventions de la Cour suprême ne l'ont pas empêchée dans le passé de rendre des décisions marquantes et libérales au point où l'on s'est légitimement interrogé sur un certain activisme de sa part¹¹⁴. La langue a toujours fait partie de l'histoire politique canadienne et on peut se demander si, implicitement, la majorité ne fait pas ici écho aux inquiétudes du juge Slatter de la Cour d'appel de l'Alberta pour qui les droits linguistiques sont des « droits susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde »¹¹⁵. La stabilité et la prévisibilité de l'ordre linguistique au Canada seraient-elles donc de mise pour la majorité qui ne voudrait pas y déroger ?

26. Quant aux juges minoritaires, ils ont raison de rappeler qu'à part la Saskatchewan, les autres territoires procèdent déjà à la publication en français de leur législation. On ignore si une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif est imputable aux territoires fédéraux¹¹⁶, mais quoiqu'il en soit, la législation du Yukon¹¹⁷, du Nunavut¹¹⁸ et des Territoires du Nord-Ouest¹¹⁹ est adoptée en français et en anglais (et même dans une langue autochtone le cas échéant) et les deux versions font

¹¹³ Voir *supra* au paragraphe 12 de notre texte. Et même dans un tel cas, un tribunal est justifié d'intervenir quant une question comporte un aspect suffisamment juridique ; voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1999] 2 R.C.S. 525, 545. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, préc., note 108, par. 28, la Cour suprême déclare que « [p]our ce qui est de la nature "juridique" des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques ».

¹¹⁴ A. BRAËN, préc., note 8, aux pages 455-456.

¹¹⁵ *Supra* note 5.

¹¹⁶ Voir André BRAËN, « Le régime linguistique des territoires fédéraux au Canada », dans *Renverser Babel. Économie et écologie des langues régionales et minoritaires*, Rome, Aracne, 2011, p. 165.

¹¹⁷ *Loi sur les langues*, L.R.Y. 2002, c. 133, art. 4.

¹¹⁸ *Loi sur les langues officielles*, L.Nun. 2008, c. 10, art. 5.

¹¹⁹ *Loi sur les langues officielles*, L.R.T.N.-O. 1988, c. O-1, art. 7.

pareillement autorité. Au Québec, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose le bilinguisme dans le processus d'adoption, d'impression et de publication des lois de l'Assemblée nationale. L'égalité des deux versions découle de ce principe. En Ontario, et même si la province a toujours refusé d'être liée par une obligation constitutionnelle au bilinguisme, la *Loi sur les services en français*¹²⁰ prévoit la traduction en français de la législation à « caractère public et général » ainsi que son adoption par l'Assemblée législative ; la réglementation « appropriée » est aussi traduite. En Alberta et en Saskatchewan, on a vu que la législation permet un emploi discrétionnaire du français dans le domaine législatif¹²¹. Il faut noter que l'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif va plus loin que la simple impression et publication de la législation dans les deux langues et se répercute sur le processus de son adoption, de l'égalité des versions française et anglaise ainsi que de l'inclusion de la réglementation gouvernementale et elle est associée au bilinguisme parlementaire¹²². En fait, on ne saurait nier le caractère éminemment symbolique qui se rattache à l'adoption de la législation au sein de l'État. Comme on ne saurait nier l'opposition catégorique de certaines provinces canadiennes à être liées par une obligation constitutionnelle de la sorte. Il est navrant que des perspectives politiques aient ainsi freiné la cour dans son évaluation objective du dossier et elles expliquent peut-être en partie sa réserve ou sa retenue.

Conclusion

27. La décision de la majorité dans l'arrêt *Caron* est empreinte de retenue. C'est sa caractéristique principale. D'abord, l'appréciation qu'elle fait de l'histoire constitutionnelle assimile la naissance de la Confédération canadienne et ses premiers pas à une simple joute de négociations politiques avec des gagnants et des perdants et dans laquelle la protection des minorités a peu à voir. L'histoire du Canada qui est ici racontée par la majorité nous apprend que c'est la francophonie qui en a fait les frais. Un compromis linguistique existe bel et bien, mais il se limite au Manitoba.

¹²⁰ L.R.O. 1990, c. F.32, art. 4.

¹²¹ *Supra* paragraphes 9 et 10 de notre texte.

¹²² Voir M. DOUCET, préc., note 16 et André BRAËN, « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 807.

Quant au reste des territoires du Nord-Ouest, il y eut tout au plus des promesses, mais aucune garantie constitutionnelle et donc, le compromis linguistique s'entend ici de l'absence... de compromis ! Puis, la retenue s'exprime également dans l'interprétation restrictive qu'elle donne par la suite aux valeurs et aux termes constitutionnels eux-mêmes.

28. Cette approche s'inscrit tout à fait dans la logique du compromis linguistique qui commande cette réserve judiciaire dans l'interprétation des textes. Mais il y a plus puisque dans l'arrêt *Caron*, on constate que la retenue s'est d'abord manifestée dans l'appréciation contextuelle et dans les conclusions que la majorité en a tirées. Il reste que cet arrêt vient confirmer l'approche restrictive adoptée antérieurement par la Cour suprême du Canada et qui semble maintenant devenir sa marque de commerce dans les dossiers linguistiques, mis à part peut-être en matière scolaire. L'arrêt *Caron* refuse la réparation judiciaire et renvoie les communautés de langues officielles dans l'arène politique là où, selon la majorité, doit se réaliser la progression des droits linguistiques. À ce jeu exclusif, c'est la francophonie canadienne qui risque de perdre compte tenu de son poids minoritaire et de l'hostilité que soulève bien souvent dans l'opinion publique la question linguistique.

28. À cette lecture, la minorité dans l'arrêt *Caron* oppose, en termes vigoureux et qui ne laissent aucun doute quant à la division existant au sein du tribunal, une conclusion inverse fondée sur l'importance de la volonté des peuples fondateurs. L'insistance sur l'enjeu du bilinguisme qui est à la base de l'union des territoires au Canada, à « sa constitution », ne s'est jamais démentie. Ici, il y eut bel et bien un compromis, mais qui, selon les juges minoritaires, fut bafoué et c'est pourquoi une réparation judiciaire devrait émaner du tribunal. L'arrêt *Caron*, comme plusieurs décisions antérieures, n'a pas donné lieu à une opinion unanime de la part des membres de la cour et la solution préconisée est vivement contestée par une minorité. L'approche qui doit prévaloir dans l'interprétation des droits linguistiques constituerait-elle une question qui ne serait donc pas résolue de manière définitive ? Il y aurait lieu à espérer.

Territoire, espace public et langues autochtones : le cas du Québec

Geneviève Motard* et Mathieu-Joffre Lainé**

Introduction	255
I. La protection juridique des langues autochtones au Québec	261
A. Les mesures politiques ou non contraignantes	264
1. La reconnaissance symbolique	264
2. Les mesures de soutien et les programmes gouvernementaux ..	268
B. Les mesures légales ou contraignantes	272
1. Le bilinguisme institutionnel	272
2. Le respect des droits linguistiques individuels	274
II. Les droits territoriaux des peuples autochtones et la survie des langues vernaculaires	278
A. Les divers rapports langue, culture et territoire	279
1. Les rapports démographiques entre groupes locuteurs dans une région donnée.....	279
2. Le recours à la langue vernaculaire marque le lien avec le territoire ancestral	281
3. Les rapports entre la territorialité et la langue	283
4. La cartographie et la toponymie	284
5. La transmission des connaissances traditionnelles et la langue.....	285
B. Les droits territoriaux des peuples autochtones au Québec.....	286
1. Une reconnaissance judiciaire limitée : un état des lieux sur les décisions portant sur les droits territoriaux des peuples autochtones au Québec	287
2. Une reconnaissance politique limitée : l'échec généralisé des négociations territoriales au Québec.....	289
3. La reconnaissance législative des droits territoriaux au Québec	291

* LL.B., LL.M., LL.D. Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université Laval et membre du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales.

** M.A. Anthropologie, Ph.D. Philosophie, membre de la Nation Huronne-Wendat.

Conclusion 292

Introduction

Le Québec et les Québécois comprennent depuis déjà longtemps la nécessité d'assurer la pérennité de la langue commune, reflet de la culture et de l'identité nationale, mais aussi facteur d'épanouissement personnel. C'est d'ailleurs pourquoi la langue française, langue de la société majoritaire, fait, au Québec, l'objet d'une certaine protection depuis la naissance de l'union fédérale canadienne¹. Cette protection s'est accrue à la fin des années 1970 à la suite de l'adoption, par le Parlement québécois, de la *Charte de la langue française*². Comme le rappelle José Woehrling, cette charte avait expressément pour but de faire du français la « langue principale – ou parfois la seule langue – de la législation et de la réglementation, de la justice et de l'administration publique »³. Cela explique sans doute pourquoi les limites imposées par la suite par le constituant et les tribunaux canadiens ont autant été contestées par les acteurs politiques québécois⁴.

Les peuples autochtones et leurs citoyens partagent pour la plupart cette sensibilité des Québécois à l'égard de leurs langues vernaculaires. Au Québec, comme au Canada, les langues autochtones n'ont jamais bénéficié des mêmes protections juridiques que les langues dominantes, anglaises et françaises. Les autorités étatiques ont au contraire cherché à éteindre ces langues, à les étouffer ou à les détruire⁵. Au XIX^e siècle, les

¹ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 93 et 133.

² RLRQ, c. C-11.

³ José WOEHLING, « L'évolution de la politique linguistique québécoise », dans Michel DOUCET (dir.), *Le pluralisme linguistique : l'aménagement de la coexistence des langues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 62.

⁴ Voir par exemple la déclaration du premier ministre Robert Bourassa à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, disponible en ligne : bilan.usherbrooke.ca/voutes/callisto/dhsp3/lois/Declaration_Bourassa.html (consultée le 29 novembre 2015).

⁵ Mark FETTES et Ruth NORTON, « Voices of Winter : Aboriginal Languages and Public Policy in Canada », dans Marlene B. CASTELLANO, Lynne DAVIS et Louise LAHACHE (dir.), *Aboriginal Education : Fulfilling the Promise*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2000, p. 29 ; Jean A. LAPONCE, *Langue et territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 54 ; Gabriel POLIQUIN, « La protection d'une vitalité fragile : les droits linguistiques autochtones en vertu de l'article 35 », (2013) 58 *R.D. McGill* 604. Les peuples autochtones n'ont cependant jamais renoncé à

autorités étatiques se félicitaient ouvertement de la disparition inévitable, ou prétendument inévitable, des langues autochtones et l'adoption de la langue française ou de la langue anglaise était considérée comme un indice ou un jalon important du développement civilisationnel des populations autochtones du Canada⁶. En effet, à cette époque, les Autochtones étaient « considérés comme plus primitifs que les Blancs et donc plus près de la nature. Les Indiens, tout comme la nature elle-même, devaient céder la place à la civilisation »⁷. Et le droit a été un des outils utilisés par les autorités étatiques pour atteindre cet objectif.

L'adoption de mesures juridiques visant la destruction des structures traditionnelles autochtones (sociales, culturelles, politiques, économiques et communautaires) a contribué à la rupture linguistique⁸. La mise en place des pensionnats indiens, dont le but avoué était de civiliser et d'assimiler les enfants autochtones à la société canadienne afin d'éliminer le « problème indien » et de prendre le contrôle des terres résulte du droit étatique et de ses lacunes⁹. Il suffit ici de rappeler l'état de survie dans lequel se trouve un nombre important de langues autochtones au Québec¹⁰

leurs droits linguistiques dans le cadre de traités : James Y. HENDERSON, *Treaty Rights in the Constitution of Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 634.

⁶ Par exemple, dans un rapport du Département des Affaires indiennes daté de 1856, on peut lire : « I would reiterate that the most civilized Indians are those who speak the English or French languages. Indeed no degree of improvement ever takes place in an Indian's condition and mode of life till he learns the language by which he is surrounded. I venture humbly to suggest to your Excellency that in any modification of our present system, a knowledge of the English language should have a more prominent place than it has at present » : Henri LABOUCHÈRE et Viscount GODERICH, *Indian Department (Canada) return to an address of the Honourable the House of Commons, dated 28 April 1856, for copies or extracts of recent correspondence respecting alterations in the organization of the Indian Department in Canada*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1856, p. 30.

⁷ Bruce G. TRIGGER, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal, Boréal, 1992, p. 57.

⁸ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, La Commission, 1996.

⁹ COMMISSION VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, notamment p. 1-7.

¹⁰ Voir Aurélie HOT et Jimena TERRAZA, « Résistance et résilience linguistiques chez les Autochtones du Québec », dans Lynn DRAPEAU (dir.), *Les langues autochtones du Québec : un patrimoine en danger*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 19, aux pages 23-25. Selon les définitions retenues, on compte de 53 à

(notamment l'innu, le mohawk, le huron-wendat (langue « endormie »), l'abénaquis, l'algonquin) ce qui découle principalement du régime des pensionnats :

L'enseignement dans les pensionnats vise à éliminer toute trace de la culture autochtone, notamment la langue. Le français au Québec et l'anglais, ailleurs au Canada, sont les seules langues autorisées, et les enfants sont sévèrement punis quand les règles ne sont pas respectées.

[...]

En plus de conséquences sociales et psychologiques néfastes, le passage par un pensionnat implique d'avoir dû rejeter sa propre langue. Non seulement les enfants perdent la capacité de s'exprimer dans leur langue, en raison du simple fait de ne pas pouvoir l'utiliser pendant dix mois par année, mais ils sont aussi forcés à accepter le bien-fondé d'une assimilation à la culture euro-canadienne. Ainsi, on considère généralement que ce système est le principal responsable de la rupture intergénérationnelle de transmission de la langue, car les enfants dans les pensionnats qui ont arrêté de parler leur langue n'ont pas appris celle-ci à leurs descendants¹¹.

Établis pendant plus de cent ans au Canada, les pensionnats indiens sont reconnus pour avoir permis la perpétration d'un génocide culturel¹². Enlèvements, séquestrations, privations multiples, abus physiques et psychologiques, négligence menant à la mort de nombreux enfants, les pensionnats indiens sont largement responsables des maux contemporains des membres des communautés autochtones au Québec et au Canada¹³. La rupture linguistique, quant à elle, résulte de l'interdiction faite aux enfants, sous peine de châtement corporel, de parler la langue de leurs parents

70 langues autochtones distinctes au Canada. Hormis quelques exceptions, telles que la langue crie (≈ 80 000 locuteurs), la langue ojibwée (≈ 45 000 locuteurs) ou encore l'inuktitut (≈ 25 000 locuteurs), ces langues peu usitées, peu enseignées et peu valorisées sont toutes menacées d'extinction plus ou moins imminente. Malgré la diversité des langues autochtones au Canada, ces trois langues – crie, ojibwée, inuktitut – représentent aujourd'hui les deux tiers de la population ayant pour langue maternelle une langue autochtone : Stéphane LANGLOIS et Annie TURNER, *Les langues autochtones au Canada : recensement de la population de 2011*, Ottawa, Statistiques Canada, 2012.

¹¹ *Id.*, p. 28.

¹² COMMISSION VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, préc., note 9, p. 1.

¹³ *Id.*

dans ces pensionnats¹⁴. Dans son rapport, la Commission vérité et réconciliation montre notamment que ces interdictions ont eu pour effet de réduire les langues autochtones à l'espace restreint des communications privées, lorsqu'elles n'ont pas été complètement éteintes. En effet, l'enseignement rudimentaire offert dans ces pensionnats mal outillés et mal dirigés dénigre, sauf exception, les langues autochtones, ce qui a en largement enrayé la transmission intergénérationnelle au Canada¹⁵. Et pour cause : plus du tiers de tous les enfants autochtones du Canada est passé par les pensionnats entre le milieu du XIX^e siècle et le milieu du XX^e siècle¹⁶. Il y a d'ailleurs peu de temps encore de nombreux Autochtones hésitaient à admettre publiquement qu'ils maîtrisaient l'une ou l'autre de ces langues et étaient souvent réticents à la transmettre à leurs enfants¹⁷.

¹⁴ *Id.*, p. 83-87. Cette rupture s'illustre aussi, comme l'explique Patricia Shaw, par l'intériorisation chez certains membres des communautés autochtones que leur langue ne vaut rien et qui doutent, par exemple, de la nécessité de mettre en place des programmes de revitalisation menant dès lors à d'autres conflits intracommunautaires. Voir Patricia SHAW, «Language and Identity, Language and the Land», (2001) 131 *BC studies* 39, 41 : «The relentless external message – that these languages are worthless, futile, inconsequential, and undoubtedly detrimental to one's children's potential for success in life – has, over the past three generations, successfully infiltrated the belief system of many parents in many First Nations communities».

¹⁵ Jeremy WEBBER, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, Montréal, McGill-Queens University Press, 1994, p. 54 ; François TRUDEL, «La politique des gouvernements du Canada et du Québec en matière de langues autochtones», dans Jacques MAURIS (dir.), *Les langues autochtones du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1992, p. 155 : Dans certains cas, l'usage de ces langues était toutefois toléré. Les autorités des pensionnats allaient parfois «jusqu'à apprendre aux Indiens à lire, à écrire et à prier dans leur propre langue, mais ils en restreignaient l'usage au catéchisme et aux offices religieux». Joy HENDRY, *Reclaiming Culture: Indigenous People and Self-Representation*, New York, Palgrave, 2005, p. 109.

¹⁶ Ernie CREY et Suzanne FOURNIER, «Killing the Indian in the Child: Four Centuries of Church-Run Schools», dans Martin J. CANNON et Lina SUNSERI (dir.), *Racism, Colonialism and Indigeneity in Canada*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 173.

¹⁷ Eung-Do COOK, «Aboriginal Languages: History», dans John EDWARDS (dir.), *Language in Canada*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 137. Cette situation semble avoir changé au cours des dernières années et on valorise davantage aujourd'hui l'apprentissage ou la maîtrise des langues autochtones : Jim FRIDERES, «Continuity or Disappearance: Aboriginal Languages in Canada», dans Frank TROVATO

Au Québec, il y a eu dix-huit pensionnats, ouverts pendant environ 40 ans chacun entre les années 1931 et 1991 dans les régions du Saguenay-Lac-St-Jean et de la Côte-Nord (*Nitassinan*), de l'Abitibi (*Tanakiwin*), de la Mauricie (*Nitaskinan*), de la Baie-James (*Eeyou Istchee*) et du Nord-du Québec (*Nunavik*). Ces pensionnats ont accueilli des membres de toutes les communautés autochtones, parfois après un voyage de centaines de kilomètres. La volonté d'assimiler, de sédentariser et de déposséder les peuples autochtones de leurs terres existait, faut-il le rappeler, autant dans les politiques du Bas-Canada, que dans celles qui les ont suivies. En effet, les premières lois portant sur la civilisation et la mise de côté de terres ont été, au Québec, adoptées par la législature du Bas-Canada. Ces politiques ont été confirmées dans les différentes versions de l'*Acte des sauvages* adoptées après 1867 par les autorités fédérales¹⁸. Elles étaient complétées par toute une structure juridique de nature coloniale (par exemple : art. 91 (24), 109, 146 LC1867).

Le gouvernement du Québec ne peut nier aujourd'hui sa participation historique à la dépossession territoriale des peuples autochtones. Cela ressort notamment de sa volonté d'occuper et de coloniser les terres, ce qui est mis en lumière par plusieurs éléments et notamment – pour ne citer qu'un exemple flagrant – de la mission qui était celle du ministère de la colonisation. Ce ministère du gouvernement du Québec, qui œuvra entre 1888 et 1973, était chargé de l'ouverture des terres à l'agriculture¹⁹.

et Anatole ROMANIUK (dir.), *Aboriginal Populations: Social, Demographic and Epistemological Perspectives*, Calgary, University of Alberta Press, 2014, p. 303.

¹⁸ Voir notamment *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre cinquante-deux*, S.C. 1869, c. 6; *Acte pour amender certaines lois relatives aux Sauvages et pour étendre certaines lois concernant les affaires se rattachant aux Sauvages, aux provinces de Manitoba et de la Colombie-Britannique*, S.C. 1874, c. 21; *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, c. 18; *Acte à l'effet d'amender "l'Acte des Sauvages, 1876"*, S.C. 1879, c. 34; *An Act to amend and consolidate the laws respecting Indians*, S.C. 1880, c. 28; *Acte pour amender "l'Acte des Sauvages, 1880"*, S.C. 1881, c. 17; *Acte pour amender de nouveau "l'Acte des Sauvages, 1880"*, S.C. 1882, c. 30.

¹⁹ Jacques LACOURSIÈRE, Jean PROVENCHER et Denis VAUGEOIS, *Canada-Québec : synthèse historique 1534-2000*, Sillery, Septentrion, 2000, p. 368 : « Pour coloniser, le Canadien français désire la présence d'un prêtre. Ainsi, souvent, la chapelle ou le clocher précède le colon en pleine forêt. Mais il y a aussi le fait que cette activité s'inspire de l'idéologie du Bon Pasteur, doublée de patriotisme. Une nationalité doit s'enraciner sur un sol et elle ne peut s'épanouir que dans l'agriculture ». Le ministère

Mais encore, au Québec comme ailleurs, ni les autorités fédérales ni les autorités québécoises, dans leurs champs de compétence respectifs, n'ont jugé bon accorder une protection juridique suffisante aux langues autochtones²⁰. Ce texte souhaite mettre en exergue les mesures de protec-

de l'Agriculture et de la Colonisation est bel et bien constitué en 1888, par Honoré Mercier. Ce dernier décide d'occuper lui-même la direction du ministère. C'est le curé Labelle qui est nommé sous-ministre. Plusieurs mesures ont été mises de l'avant afin de contribuer à la colonisation et à l'occupation du territoire. Parmi les projets de ce ministère, on compte entre autres la construction du chemin de fer du lac Saint-Jean, le prolongement « jusqu'à Saint-Gabriel de Brandon [de] la ligne reliant Saint-Félix de Valois à Montréal » (p. 370). De plus, les familles dont les parents ont 12 enfants et plus reçoivent une terre de 40,5 hectares. L'arrivée d'Honoré Mercier au gouvernement s'inscrit dans la foulée de l'affaire Riel (1885). En 1886, le gouvernement conservateur est élu de peu. L'arrivée de Louis-Olivier Taillon à la tête du gouvernement, au mois de janvier de la même année, ne dure que quelques jours, celui-ci n'arrivant plus à rallier la majorité au Parlement. C'est ensuite Honoré Mercier qui sera élu, en tant que chef du parti libéral qui prônait « l'idée d'un parti national qui unirait toutes les forces de la nation ». Cette affirmation, en matière de colonisation, s'est notamment traduite par la création du ministère de l'Agriculture et de la Colonisation, division du précédent ministère de l'Agriculture et des Travaux publics. Lacoursière affirme également que « [s]elon Mercier, le Québec doit s'affirmer comme nation française et catholique. Et il faut sauvegarder les éléments de cette nationalité. Aussi adopte-t-il à l'égard du gouvernement fédéral une attitude fortement autonomiste » (p. 370-371). Voir aussi John A. DICKINSON et Brian J. YOUNG, *Brève histoire socio-économique du Québec*, Québec, Septentrion, 2009, p. 305 : « L'idéologie catholique conservatrice et des initiatives gouvernementales, telles que le plan Vautrin de 1935 qui subventionnait la colonisation, encouragèrent l'implantation de nouvelles communautés » ; ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Les titulaires de ministères depuis 1867. Colonisation*, en ligne : www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/ministitulaires1.html#colonisation (consultée le 30 novembre 2015) : le *ministère de la colonisation* a subi plusieurs modifications au fil des années. Le 8 mai 1888 est formé ce que l'on appelle le ministère de l'Agriculture et de la Colonisation. Le concept de *colonisation* en tant que ministère disparaît en 1973. On peut voir, sur cette page web, les dénominations qu'a eu le ministère, ainsi que les différents titulaires de celui-ci.

²⁰ D'ailleurs, il faut relever que la situation linguistique du Canada n'a en soi rien d'exceptionnelle : « rares sont les pays effectivement unilingues et la règle restant davantage celle des situations hiérarchisées de contacts de langues, c'est aussi par rapport à cette idée d'aménagement légal du fait linguistique et de ses solutions que va se situer la question de la reconnaissance des langues minoritaires » : Alain VIAULT, « Reconnaissance légale et représentation de la langue en situation de contact linguistique », dans Hervé GUILLOREL et Geneviève KOUBI (dir.), *Langues et droits : langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 31.

tion et de valorisation que l'on trouve à l'heure actuelle en droit québécois et tenter d'y apporter une contribution en établissant des liens avec les droits territoriaux des peuples autochtones. Dans une première partie, nous aborderons la question de la protection contemporaine des langues autochtones par l'État québécois. Nous nous intéresserons dès lors à la place des langues autochtones dans l'espace public. Puis, dans une seconde partie, nous traiterons du rapport entre le territoire et la langue, ce qui nous mènera à réfléchir sur le lien entre l'accès des peuples autochtones à leurs territoires et leur capacité de transmettre les connaissances linguistiques. Au final, l'objectif de ce texte est de contribuer au processus de décolonisation du droit québécois :

La décolonisation est un processus par lequel des peuples réclament les espaces, les corps et la langue qui leurs ont été volés, ont été violés ou exploités ou qui a été opprimée lors du processus de colonisation. La décolonisation constitue un procédé qui se traduit par des efforts qui sont faits individuellement et collectivement et qui visent à solliciter la collaboration des colons dans les processus coloniaux, à questionner la reproduction des idéaux colonialistes à l'intérieur et à l'extérieur des communautés autochtones et à résister aux efforts de colonisation futurs²¹.

Si les peuples autochtones doivent jouer un rôle de premier plan pour la revitalisation et la protection de leurs langues, il demeure que l'État québécois a aussi, à notre avis, un rôle à jouer sur ces questions.

I. La protection juridique des langues autochtones au Québec

D'emblée, il convient de rappeler que le Parlement fédéral est, en vertu de la Constitution du Canada, le premier responsable de la protection des langues autochtones à travers l'État canadien. Le paragraphe 91 (24) LC1867 rend en effet le Parlement fédéral responsable de l'adoption des lois portant sur l'*indianité* ou la *quiddité indienne*²². Cette compétence

²¹ GROUPE DE RECHERCHE D'INTÉRÊT PUBLIC D'ONTARIO, Université d'Ottawa, en ligne : www.opirg-grippo.ca/a-propos-de-nous/pijashig-ondje-anishnabe-aki/?lang=fr (consultée le 29 décembre 2015).

²² *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256. Les dispositions suivantes ont notamment été adoptées par le Parlement fédéral afin d'assurer une certaine protection aux langues autochtones : 1) *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. 1984, c. 18, art. 30, 31, 32 et 80 ; 2) *Loi sur les langues officielles*,

n'empêche pas, à notre avis, les provinces d'assurer une protection juridique aux langues autochtones par le biais de ses propres compétences (par exemple : par. 92 (13), (14), (16) et art. 93 LC1867). Les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ainsi que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* peuvent en effet être appliqués de manière à assurer l'exercice des droits linguistiques par les Autochtones, dans la mesure où une province ne cherche pas à légiférer directement et spécifiquement pour les « indiens »²³. Le paragraphe 91 (24) de la LC1867 n'empêcherait donc pas, par exemple, une province d'exempter les autochtones de l'application de ses lois en matière linguistique. Ce faisant les provinces s'appuieraient sur leurs pouvoirs accessoires, puisque les tribunaux ont jugé que les questions linguistiques font partie de la compétence des provinces et du fédéral en tant qu'accessoire aux compétences énumérées²⁴. On peut également considérer les droits linguistiques comme des droits ancestraux ou issus de traités protégés par l'article 35 LC1982. L'interprétation que les tribunaux canadiens ont jusqu'à maintenant donnée des droits ancestraux enchâssés dans cet article permet, à certains auteurs, de conclure que le gouvernement fédéral a l'obligation de fournir aux populations autochtones les ressources nécessaires à l'appren-

L.R.C. 1985, c. 31 (4^e supp.), art. 3 (1), 7 (3) b), 31, 32 et 80; 3) *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. 1985, c. 24 (4^e supp.), art. 2 (2); 4) *Règlement sur la radio* (1986); 5) *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982 (Gaz. Can. II), art. 2 (voir « émission à caractère ethnique », « émission dans une troisième langue » et « station autochtone »); 6) *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11, art. 1 d) et o); 7) *Loi référendaire*, L.C. 1992, c. 30, art. 3 (5); 8) *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut*, L.C. 2002, c. 10, art. 2 (1) (voir « inuktitut ») et 106; 9) *Loi sur la compétence des premières nations en matière d'éducation en Colombie-Britannique*, L.C. 2006, c. 10, art. 19 (2) b) et c); *Loi référendaire*, art. 5. Pour une étude exhaustive de cette question, voir Caroline BAILLAIRGÉ, *Les droits linguistiques des peuples autochtones au Québec et en Ontario*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa, 2012.

²³ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 22.

²⁴ *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, 189; *Devine c. Québec*, 1986 CanLII 3736 (QC C.A.); Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 917.

tissage de leurs langues ancestrales²⁵. Comme d'autres l'ont par ailleurs déjà souligné, il est « illogique de reconnaître les droits coutumiers autochtones, mais de ne pas protéger en même temps la langue dans laquelle ces droits sont articulés et véhiculés »²⁶. Dans ce cas, le partage des compétences devient ici peu utile depuis l'affaire *Tsilhqot'in*²⁷. En somme, au point de vue constitutionnel, « rien ne fait obstacle au plan juridique à la reconnaissance tant par le Parlement fédéral que par l'Assemblée législative d'une province, chacun dans la sphère des compétences qui sont les siennes, de nouvelles langues officielles et qui pourraient être des langues autochtones »²⁸. Il reste que la validité des lois provinciales traitant directement ou indirectement des droits linguistiques des peuples autochtones n'a pas encore été tranchée par les tribunaux de même que celle de savoir si les droits fonciers ou usufruitaires s'accompagnent de droits linguistiques²⁹.

Cela dit, le gouvernement et le législateur québécois ont tous les deux adopté certains instruments favorisant la protection des langues autochtones. À notre avis, les mesures en place peuvent être classées en deux catégories : (1) les mesures politiques ou non contraignantes, lesquelles n'entraînent pas ou peu d'obligation juridique pour l'État (section A) et (2)

²⁵ Voir par exemple Fernand De VARENNES, « L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones », (1994) 4 *R.N.D.C.* 265.

²⁶ Jeffrey RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada », dans Paul PUIPIER et José WOEHLING (dir.), *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 267.

²⁷ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 22. La Cour suprême du Canada y souligne que la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion selon laquelle les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral énoncé à l'art. 91 (24) LC1867 « ne servent à rien » dans une telle situation (voir par. 140). Il est également mentionné que « [l]es droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales » (voir par. 141).

²⁸ André BRAËN, « Le statut juridique des langues autochtones du Québec », dans Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (dir.), *Humanisme et droit. En hommage à Jean Dhommeaux*, Paris, Pedone, 2013, p. 160.

²⁹ Voir notamment C. BAILLAIRGÉ, préc., note 22, p. 98-107 ; Sébastien GRAMMOND, *Terms of coexistence : Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, par. 178 et 193 : selon cet auteur, les droits fonciers et usufruitaires ne comprennent pas de droits linguistiques.

les mesures juridiques ou contraignantes, lesquelles entraînent au contraire des obligations légales plus significatives pour l'État (section B).

A. Les mesures politiques ou non contraignantes

Un nombre important de mesures ont un caractère politique en raison de l'absence de pouvoirs, d'obligations ou de contraintes qui y sont associés. Nous regroupons sous ce chapitre les formes de reconnaissance symbolique de même que les divers programmes de soutien gouvernementaux créés à partir des fonds publics.

1. La reconnaissance symbolique

Un ensemble hétéroclite de lois fédérales et provinciales encadrent ou protègent les langues officielles du Canada, mais la quasi-totalité de ces lois ignore tout bonnement les langues autochtones³⁰. En revanche, le Québec reconnaît officiellement le droit à la langue des peuples autochtones dans ses lois et politiques. La *Charte de la langue française* reconnaît, par exemple, l'importance des droits linguistiques des peuples autochtones dans son préambule puisque l'on y trouve la mention suivante: «l'Assemblée nationale reconnaît aux Amérindiens et aux Inuit du Québec, descendants des premiers habitants du pays, le droit qu'ils ont de maintenir et de développer leur langue et culture d'origine»³¹.

Dans la décision du Conseil des ministres n° 83-20, laquelle fonde encore de nos jours la politique du gouvernement du Québec à l'endroit des peuples autochtones, on trouve la mention suivante :

1) Le Québec reconnaît que les peuples aborigènes du Québec sont des nations distinctes qui ont droit à leur culture, à leur langue, à leurs coutumes et traditions ainsi que le droit d'orienter elles-mêmes le développement de cette identité propre³².

Faisant suite à cette décision, l'Assemblée nationale a adopté une résolution en 1985 qui confirme les principes qui fondent les processus de

³⁰ Jacques LECLERC, *Recueil des législations linguistiques dans le monde*, t. 1 «Le Canada fédéral et les provinces canadiennes», Québec, Centre international de recherche en aménagement linguistique, 1994.

³¹ *Charte de la langue française*, préc., note 2 (nos soulignements).

³² Décision du Conseil des ministres, n° 83-20, 9 février 1983.

négociation avec les peuples autochtones. Ainsi, la résolution « presse le gouvernement [...] de conclure des ententes leur [aux nations autochtones] assurant l'exercice... b) du droit à leur culture, leur langue et leurs traditions »³³. Depuis, de nombreuses déclarations de respect mutuel ont été adoptées et des ententes-cadre et ententes sectorielles ont été conclues entre le gouvernement du Québec et les nations autochtones, lesquelles reconnaissent aussi les langues autochtones. Dans la quasi-totalité des ententes-cadre entre le gouvernement du Québec et une communauté ou une nation autochtone, par exemple, l'affirmation suivante fait partie des propos introductifs ou liminaires de l'entente : « [L]es parties acceptent et reconnaissent leur spécificité respective, la singularité de leur culture, de leur langue, de leurs règles, coutumes, traditions et de leur identité nationale »³⁴. En fait, les ententes-cadre sont toutes rédigées sur un même modèle. Dans les déclarations de compréhension et de respect mutuel, on utilise plutôt la formule qui suit : « Fiers de leur culture, de leur langue, de leurs coutumes, règles et traditions, les (Algonquins) et le Québec entendent négocier dans le respect mutuel de leur identité nationale de même que de leur histoire et de leur occupation du territoire »³⁵. Ces

³³ *Résolution de l'Assemblée nationale du Québec du 20 mars 1985 sur la reconnaissance des droits des Autochtones*, reproduite dans *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Québec, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, 2001, p. 340-341 (document 19) et QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 5^e sess., 32^e légis., 20 mars 1985, Procès-verbal de l'Assemblée nationale, n^o 39, p. 286-288 (motion présentée par le Premier ministre René Lévesque, adoptée par 66 voix contre 44). Sur la politique du Québec en matière de négociation des revendications territoriales, voir : Geneviève MOTARD et Valérie BERGERON BOUTIN, « Le Québec et les traditions juridiques autochtones. Analyse des politiques publiques en matière de négociations territoriales et d'autonomie », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 597.

³⁴ QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Entente-cadre entre le gouvernement du Québec et le Conseil de la première nation Abitibiwinni*, Ententes avec les Algonquins, Pikogan, 23 mai 2000, en ligne : www.autochtones.gouv.qc.ca/relations_autochtones/ententes/algonquins/pikogan/20000523a.htm (consultée le 23 novembre 2015) (nos soulignements). Il s'agit d'un exemple d'entente-cadre. Les autres ententes présentes sur le site ont tous le même modèle, seule la nation avec qui elle est conclue étant différente.

³⁵ QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Déclaration de compréhension et de respect mutuel*, Ententes avec les Algonquins, Pikogan, 23 mai 2000, en ligne :

énoncés de principe se retrouvent également dans des ententes formelles et finales. Ce sera le cas, par exemple, dans l'*Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec* (dite « paix des braves »)³⁶.

Ces mesures s'inscrivent aussi dans la foulée des travaux du Comité de développement socioculturel du Secrétariat aux affaires autochtones qui, en 1989, a produit un document de travail intitulé *Maintien et développement des langues autochtones au Québec*. Ce document constitue, en réalité, le tout premier énoncé de politique précise du Québec dans le domaine des langues autochtones. On y affirmait que « lorsque l'on parle de droits aborigènes, il faut y inclure le droit à la survivance culturelle et les traditions et la langue en constituent les principaux éléments. Ce n'est pas une option ou un privilège, mais un droit indéniable et fondamental qui doit être reconnu par les gouvernements »³⁷. Ce document d'orientation a inspiré diverses initiatives gouvernementales destinées (habilement ou non) à préserver et à revitaliser les langues autochtones du Québec à la fin du XX^e siècle. Il n'emportait toutefois aucune obligation pour l'État. Mis sur pied par le gouvernement du Québec en juin 2001, les *États généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec* ont eux aussi insisté sur l'importance des langues autochtones. La Commission Larose estimait en effet que le gouvernement du Québec devait explicitement insérer le maintien et la revitalisation des langues autochtones dans les priorités des programmes destinés aux communautés autochtones en plus d'offrir un soutien financier et l'accès à des ressources techniques aux populations autochtones qui entreprennent des actions en ce sens. En fait, la Commission estimait que « l'anglais, l'inuktitut et les

www.autochtones.gouv.qc.ca/rerelations_autochtones/ententes/algonquins/pikogan/20000523.htm (consultée le 23 novembre 2015) (nos soulignements). Il s'agit d'un exemple de déclaration de compréhension et de respect mutuel. Les autres déclarations présentes sur le site ont tous le même modèle, seule la nation avec qui elle est conclue étant différente.

³⁶ QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, Ententes avec les Cris, 7 février 2002, en ligne : www.autochtones.gouv.qc.ca/rerelations_autochtones/ententes/cris/entente_cris_20020207.pdf (consultée le 23 novembre 2015), clause 2.2 : « La nation crie doit demeurer riche de ses héritages culturels, de sa langue et de son mode de vie traditionnel dans un contexte de modernisation croissante ».

³⁷ QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Maintien et développement des langues autochtones au Québec*, Québec, 1989, p. 3.

langues autochtones ont aussi chacune leur place dans la vie et l'espace publics, en harmonie avec la langue officielle et commune»³⁸. Là encore, cette déclaration ne créait aucune obligation pour l'État. Mentionnons également ici que la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*³⁹ reconnaît les droits ancestraux des populations autochtones, bien qu'elle ne porte pas expressément sur leurs droits linguistiques.

Bien que non contraignants, ces énoncés de principe, compris dans les lois et les politiques ainsi que dans les préambules des ententes (finales ou ententes-cadre) et dans des déclarations, peuvent avoir un effet interprétatif et servir de guide pour la mise en œuvre des droits, obligations et engagements pris et consignés dans ces documents. Ils n'obligent cependant pas l'État à prendre des actions concrètes empêchant de porter atteinte aux droits linguistiques des peuples autochtones (*action négative*) ni de favoriser la connaissance et la transmission d'une ou des langues autochtones (*action positive*). De plus, les ententes-cadre, les ententes sectorielles et les déclarations valent souvent, mais pas toujours, pour des secteurs d'activité précis. La portée de la reconnaissance qu'on y trouve demeure dès lors largement symbolique et son potentiel interprétatif confiné à un secteur limité d'activité. On pourra par contre déduire de cette reconnaissance que les droits d'accès aux territoires qui y sont prévus ont un rôle de transmission en matière linguistique.

La reconnaissance des droits linguistiques autochtones dans le préambule de la *Charte de la langue française* a, quant à elle, une portée à première vue plus large du fait qu'elle n'est pas limitée à un secteur d'activité en particulier, qu'elle n'est pas limitée à une nation en particulier et qu'elle n'est pas limitée par une autre loi d'application générale. La même affirmation se serait retrouvée dans le corps de la législation, on aurait trouvé là une disposition contraignante pour le gouvernement à l'instar de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁰ qui ne fait que «reconnaître et confirmer» les droits ancestraux et qui, pourtant, crée des

³⁸ COMMISSION DES ÉTATS GÉNÉRAUX SUR LA SITUATION ET L'AVENIR DE LA LANGUE FRANÇAISE AU QUÉBEC, *Le français, une langue pour tout le monde, rapport de la Commission des États généraux sur la situation et l'avenir de la langue française au Québec*, Québec, La Commission, 2001, p. 31.

³⁹ RLRQ, c. E-20.2, art. 11.

⁴⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 35 (ci-après «LC1982»).

obligations négatives (ne pas porter atteinte aux droits) et positives (obligation fiduciaire, obligation de consulter et d'accommoder, obligation de négocier). D'ailleurs, la Commission de la toponymie du Québec s'est fondée sur ce passage du préambule de la *Charte de la langue française* pour établir sa *Politique relative aux noms autochtones*⁴¹.

2. *Les mesures de soutien et les programmes gouvernementaux*

Parmi les mesures de soutien, de maintien ou de promotion des langues autochtones offertes par les autorités québécoises se trouvent des politiques, des fonds ou encore divers programmes de financement.

La Commission de toponymie du Québec, par exemple, a adopté une politique relative aux noms autochtones qui a pour objectif de reconnaître les noms originaux des lieux, dans les langues d'origine et suivant les systèmes d'écriture autochtones⁴². Les principes fondamentaux de cette politique s'énoncent comme suit :

L'importance du patrimoine toponymique autochtone tient à son double apport culturel et technique à la géographie du Québec ; d'une part, pour la richesse de cet héritage quant à la façon de découper et de nommer l'espace, et, d'autre part, pour l'utilité non moins précieuse de ces noms géographiques dans les territoires réunissant les plus basses densités toponymiques.

La fragilité de la tradition orale qui sert de véhicule principal à la transmission du patrimoine toponymique des autochtones, de même que les bouleversements passés, récents ou projetés du paysage des territoires qu'ils fréquentent impriment un caractère d'urgence aux travaux d'inventaire de cette toponymie.

⁴¹ QUÉBEC, COMMISSION DE TOPONYMIE, *Politique relative aux noms autochtones*, en ligne : www.toponymie.gouv.qc.ca/ct/toponymie-autochtone/politique-quebecoise-relative-noms-lieux-autochtones/ (consultée le 25 novembre 2015).

⁴² « La Commission de toponymie reconnaît l'importance de la toponymie autochtone comme partie intégrante de notre patrimoine toponymique commun. Dans les régions habitées ou fréquentées par les populations autochtones, la Commission accorde une attention particulière à la toponymie des Amérindiens et des Inuits dans la dénomination des lieux. La Commission respecte les systèmes d'écriture normalisés propres aux langues autochtones. La consultation du milieu, en particulier celle des conseils de bande, constitue un élément indispensable du traitement des toponymes autochtones » : *Id.*

La normalisation de la toponymie autochtone s'appuie sur le respect du génie des langues et sur la nécessité d'établir un corpus de référence pour l'ensemble de la collectivité québécoise⁴³.

Parfois, ces programmes ne visent pas directement la protection de la langue, mais ont le potentiel de couvrir ce sujet. En plus de soutenir différents projets ponctuels destinés à renforcer les cultures autochtones ou à encourager la pratique de certaines activités traditionnelles, le gouvernement du Québec soutient par exemple financièrement les radios autochtones de la province afin de maintenir la production et la diffusion d'une programmation originale en langue autochtone. Ces radios communautaires sont d'ailleurs, suivant notre expérience, beaucoup plus populaires que la presse écrite dans les réserves et les communautés autochtones.

La *Loi sur le patrimoine culturel* permet de plus de désigner certaines expressions linguistiques (la toponymie, etc.) comme éléments inscrits au patrimoine immatériel du Québec, ce qui permettrait par exemple aux communautés autochtones d'obtenir « des subventions dans le but de favoriser la connaissance, la protection, la transmission ou la mise en valeur des éléments du patrimoine immatériel »⁴⁴. En effet, le « patrimoine immatériel » comprend, au sens de la loi :

les savoir-faire, les connaissances, les expressions, les pratiques et les représentations transmis de génération en génération et recréés en permanence, en conjonction, le cas échéant, avec les objets et les espaces culturels qui leur sont associés, qu'une communauté ou un groupe reconnaît comme faisant partie de son patrimoine culturel et dont la connaissance, la sauvegarde, la transmission ou la mise en valeur présente un intérêt public⁴⁵.

Enfin, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones* (1971) autorise également le gouvernement du Québec

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Loi sur le patrimoine culturel*, RLRQ, c. P-9.002, art. 78 (5).

⁴⁵ *Id.*, art. 2. C'est sur ce fondement que le ministre de la Culture et des communications, Maka Kotto, a annoncé, le 28 janvier 2014, que la pratique du chant de gorge, le *katajjaniq*, devenait le premier élément du patrimoine immatériel du Québec à être inscrit au registre : MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DES COMMUNICATIONS, *Maka Kotto désigne un premier élément du patrimoine immatériel québécois : le katajjaniq*, communiqué de presse, 28 janvier 2014, en ligne : [www.mcc.gouv.qc.ca/index.php?id=2328&no_cache=1&tx_ttnews\[tt_news\]=6807&cHash=61f55dfafc95fef27183cc7e9e0](http://www.mcc.gouv.qc.ca/index.php?id=2328&no_cache=1&tx_ttnews[tt_news]=6807&cHash=61f55dfafc95fef27183cc7e9e0) (consulté le 23 novembre 2015).

à adapter les programmes gouvernementaux aux particularités culturelles et linguistiques de la nation Crie. Officiellement, seule la nation Crie jouit de cette politique particulière. En pratique, les programmes de santé et de services sociaux destinés aux autres nations autochtones du Québec comportent tout de même une certaine dimension linguistique puisque l'on s'efforce ordinairement de rédiger ou de traduire une partie du matériel didactique et promotionnel – affiches, fascicules, brochures, documentation, etc. – en langue autochtone, ou encore d'offrir certains services spécialisés dans l'une ou l'autre de ces langues, bien que cela ne soit pas toujours possible. Ces efforts plus ou moins improvisés sont souvent maladroits (ex. : manque de moyens et d'expertises fiables pour produire ou traduire du matériel culturellement adapté – le tout dans un contexte de langues non standardisées) et ils visent d'abord à assurer la réussite des programmes de santé et de services sociaux destinés aux Autochtones, qui forment une population difficile à rejoindre pour des raisons historiques, sociales, économiques et culturelles. Ils contribuent néanmoins au maintien des langues autochtones au Québec en leur assurant une certaine visibilité. La situation est d'ailleurs la même dans le reste du Canada, où se multiplient les programmes gouvernementaux qui contribuent indirectement au maintien des langues autochtones⁴⁶.

Il demeure que si le gouvernement fédéral a dépensé sans compter afin de détruire les langues autochtones, il hésite aujourd'hui à financer adéquatement leur maintien ou leur revitalisation⁴⁷. En vertu de son pou-

⁴⁶ Wayne WARRY, *Ending Denial: Understanding Aboriginal Issues*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, p. 161.

⁴⁷ Le gouvernement fédéral finance différents programmes culturels destinés (directement ou non) à la préservation et la revitalisation des langues autochtones, et ce financement permet de soutenir de nombreuses initiatives locales ou communautaires à travers le Canada. Administrés par l'un ou l'autre des trente-quatre (34) ministères et organismes fédéraux responsables d'aider le Gouvernement canadien à respecter ses obligations et ses engagements envers les Premières Nations, les Inuits et les Métis, ces programmes ne sont malheureusement pas toujours récurrents et la pérennité de leur financement n'est pas assurée. Généreux ou modestes, ils ne confèrent du reste aucun statut juridique privilégié aux langues autochtones, qui ne bénéficient actuellement d'aucune véritable protection. En soi, rien n'oblige le gouvernement du Canada à offrir ou à maintenir ces programmes puisque la *Loi sur les Indiens*, adoptée à l'origine en 1876, ne prévoit aucune disposition sur l'usage, le maintien ou la promotion des langues autochtones. De ce fait, le financement du fonds d'innovation de l'Initiative des langues autochtones (ILA) du ministère du Patrimoine canadien, le plus important programme fédéral de préservation et de revitalisation des

voir de dépenser, le gouvernement du Québec prévoit quant à lui dans son budget, notamment dans celui alloué au Secrétariat aux affaires autochtones, des montants permettant la réalisation de projets en matière culturelle. Les enveloppes budgétaires sont cependant attribuées de manière discrétionnaire par le gouvernement du Québec. Suivant les programmes, elles visent le développement de l'économie de marché ou le financement de programmes culturels ou communautaires⁴⁸. Indépendamment de leurs visées respectives, ces programmes ont cependant pour effets de placer les organisations et les communautés autochtones en compétition les unes contre les autres. Les organisations et les communautés autochtones ne possèdent d'ailleurs pas toujours l'expertise ni les ressources qu'exige l'élaboration de projets de revitalisation linguistique susceptibles d'être financés par le gouvernement québécois ou par le gouvernement fédéral. Pis encore, comme nous avons pu le constater dans notre pratique, la multiplication des exigences administratives imposées par les différents gouvernements – reddition de comptes, rapports, analyses, etc. – entraîne souvent la révision subséquente, la diminution ou le gel du financement originellement accordé à un projet linguistique donné. Dit autrement, les organisations et les communautés autochtones se disputent le maigre financement qu'accordent les gouvernements – qui exercent ici un pouvoir discrétionnaire non structuré et donc, forcément, très peu encadré – à la préservation et à la revitalisation des langues autochtones, et, faute d'expertises ou de ressources, elles peinent souvent à conserver le financement qu'on leur a alloué. Dans de telles circonstances, on comprend pourquoi les organisations, les nations et les communautés autochtones estiment pour la plupart que la survie des langues autochtones passe par le respect de leur droit à l'autonomie.

langues autochtones, est incertain et précaire. Comme l'a de plus souligné dans son rapport la Commission vérité et réconciliation, l'ILA n'est pas fondé sur la notion de relations respectueuses entre le Canada et les nations autochtones et il ne fournit pas la possibilité à ces dernières de prendre des décisions pour elles-mêmes sur la façon de distribuer des ressources limitées et d'administrer les programmes linguistiques : COMMISSION VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION, préc., note 9, p. 161-162.

⁴⁸ Ainsi, les projets de revitalisation linguistique, comme le projet *Yawenda : revitalisation de la langue huronne-wendat* (financé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), l'Université Laval et le Conseil de la Nation Huronne-Wendat), pourraient être visés par de tels programmes. Voir C. BAILLAIRGÉ, préc., note 22, p. 105-107.

B. Les mesures légales ou contraignantes

Parmi les diverses mesures emportant des obligations pour l'État, nous avons identifié deux formes de protections linguistiques. Certaines d'entre elles ont trait au bilinguisme, voire même au plurilinguisme, des institutions (sous-section 1). D'autres se rapportent plutôt aux droits linguistiques individuels (sous-section 2). Du reste, la portée des obligations et des sanctions potentielles en cas de manquements varie d'un instrument à l'autre.

1. Le bilinguisme institutionnel

Une forme limitée de bilinguisme institutionnel se trouve dans les domaines de l'administration de la Justice ainsi que de la langue de travail dans les institutions gouvernementales autochtones, incluant la question de leur désignation.

En matière d'administration de la justice, la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (CBJNQ) assure une certaine protection des droits linguistiques des Cris. En effet, il est prévu que, pour le district judiciaire d'Abitibi, que les jugements des tribunaux judiciaires et administratifs rendus à l'écrit et les décisions du président du tribunal, comme d'ailleurs les dépositions, admissions et objections, rendus à l'oral seront traduits en langue crie gratuitement. Les traductions n'ont cependant pas valeur légale et sont réalisées à titre informatif pour les Cris seulement⁴⁹.

De plus, différents programmes doivent être mis sur pieds afin de soutenir les non-autochtones qui travaillent pour l'administration de la justice de ce district à comprendre la langue et la culture crie⁵⁰. Cette mesure est intéressante, car il ne s'agit plus là de défense linguistique, mais plutôt d'une forme de promotion d'une langue vernaculaire qui s'impose à l'État québécois. Les non-autochtones n'ont cependant aucune obligation de suivre ces formations⁵¹.

⁴⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Sainte-Foy, Publications du Québec, 1998, chap. 18 – Administration de la Justice, art. 18.0.23, par. b), c) et d).

⁵⁰ *Id.*, art. 18.0.36.

⁵¹ Cette clause étant de droit nouveau, il semble trop tôt pour être en mesure d'en faire un bilan.

En matière de langues de travail dans les institutions publiques, seules les ententes et conventions en matière de gouvernance prévoient des mesures contraignantes. Ainsi, s'agissant de la langue des institutions, l'article 108 de l'*Entente sur la gouvernance dans le territoire d'Eeyou Itschee Baie-James entre les Cris d'Eeyou Itschee et le Gouvernement du Québec*, conclue en 2012, énonce que «le cri et le français sont les langues principales [et non officielles] du Gouvernement régional»⁵². Malgré cette affirmation de nature symbolique, le Gouvernement régional se doit d'utiliser le français ou l'anglais (et non le cri) pour ses communications internes et en tant que langue de travail⁵³. Quant aux citoyens, ils peuvent employer le cri, le français ou l'anglais lorsqu'ils communiquent avec le Gouvernement régional. Cela vaut tant pour les communications écrites que verbales⁵⁴. À l'inverse, les documents produits par le Gouvernement régional et qui sont destinés à un individu cri ou à la population crie doivent être traduits soit en cri, soit en anglais⁵⁵.

Ayant une portée plus restreinte, mais emportant néanmoins des obligations pour l'État en présence d'une demande, la *Loi sur les villages Cris et le village Naskapi*, qui met en œuvre certaines des dispositions de la CBJNQ, permet la désignation des municipalités crie et naskapi dans les langues vernaculaires de ces deux peuples⁵⁶.

Au-delà des obligations prévues par les lois de mise en œuvre des conventions conclues entre l'État et les Cris, les Inuits et les Naskapis, il ne semble pas y avoir de mesures contraignantes pour l'État québécois favorisant une forme de «bilinguisme institutionnel»⁵⁷. À ce chapitre, il

⁵² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Entente sur la gouvernance dans le territoire d'Eeyou Itschee Baie-James*, art. 108, p. 28, en ligne : www.autochtones.gouv.qc.ca/rerelations_autochtones/ententes/cris/entente-20120724.pdf (consultée le 11 octobre 2016).

⁵³ *Id.*, art. 109.

⁵⁴ *Id.*, art. 110.

⁵⁵ *Id.*, art. 111.

⁵⁶ *Loi sur les villages Cris et le village Naskapi*, RLRQ, c. V-5.1, art. 9.2. Une municipalité peut aussi être désignée, en français, sous une appellation qui comporte les mots «Municipalité du village cri» ou «Municipalité du village naskapi», selon le cas, et le toponyme faisant partie de son nom. Une appellation équivalente est également permise en cri ou en naskapi, selon le cas, et en anglais.

⁵⁷ En effet, même la CBJNQ prévoit par exemple que les corporations crie seront assujetties aux lois d'application générale du Québec en matière linguistique : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 49, art. 10.0.12.

semble bien que seules ces trois nations autochtones bénéficient de la protection de l'État. Cela signifie qu'hors la CBJNQ et la CNEQ, il n'y a pas de bilinguisme institutionnel en faveur des Premières nations. Ajoutons que, même dans le cas de la CBJNQ, il faut distinguer l'énonciation formelle des droits et leur effectivité⁵⁸.

2. *Le respect des droits linguistiques individuels*

Les citoyens autochtones, à titre individuel, bénéficient aussi de droits linguistiques, par exemple en matière de votation et de participation à la vie démocratique, de communication et d'obtention de services publics. Ici aussi, les droits sont assortis de limites, ce qui tend à diminuer leur portée comme peau de chagrin.

En premier lieu, seules deux législations permettent, à notre connaissance, aux citoyens autochtones d'exercer leur droit de vote dans la langue de leurs ancêtres. D'une part, la *Loi sur la consultation populaire* du Québec prévoit que la question inscrite sur les bulletins utilisés dans les bureaux de vote situés sur une réserve indienne ou dans un endroit où vit une communauté amérindienne ou inuit, doit être rédigée en français, en anglais et dans la langue de la majorité autochtone du lieu, mais seulement là où le directeur du scrutin peut faire imprimer des bulletins traduits. Il appartient au directeur du scrutin, et non aux responsables politiques autochtones, de décider la langue autochtone qui doit être utilisée et d'assurer la traduction⁵⁹. D'autre part, la *Loi sur les villages Cris et le village Naskapi* prévoit que les bulletins de vote utilisés pour le scrutin en vue de l'adoption d'un règlement à la majorité doivent être rédigés en français et, si le conseil le juge à propos, en toute autre langue⁶⁰.

En deuxième lieu, les normes les plus significatives en matière de communication et d'obtention de services publics (autre que l'enseignement) dans une langue autochtone se retrouvent, cette fois encore, dans

⁵⁸ Ainsi, dans un rapport détaillé, le Protecteur du Citoyen montrait encore récemment que les droits linguistiques (et autres droits humains) des Inuits accusés au pénal ou au criminel ne sont pas respectés : PROTECTEUR DU CITOYEN, *Les conditions de détention, l'administration de la justice et la prévention de la criminalité au Nunavik*, Québec, Assemblée nationale du Québec, 18 février 2016, p. 45-46, 48, 64-65, 84 et 87.

⁵⁹ *Loi sur la consultation populaire*, RLRQ, c. C-64.1, art. 21.

⁶⁰ *Loi sur les villages Cris et le village Naskapi*, RLRQ, c. V-5.1., art. 399h).

la CBJNQ et ses lois de mise en œuvre. Plusieurs articles traitent du droit des Cris de s'exprimer et de recevoir des services publics dans leurs langues. Le chapitre 10 de la CBJNQ, qui prévoit que chaque communauté crie sera constituée en corporation publique, reconnaît le droit de toute personne d'utiliser le Cri pour s'adresser à elle et la corporation doit assurer à toute personne qu'elle puisse obtenir les services en cri et recevoir ses communications en cri. De plus, une personne qui a le droit d'être entendue au Conseil de la corporation a également le droit de s'y exprimer en cri. Finalement, le conseil a le droit de faire des copies des documents publics de la corporation (livres, avis, délibérations, registres) en cri⁶¹. Ainsi, un Cri pourrait communiquer et obtenir des services dans sa langue auprès de la corporation publique ou encore lors des réunions du conseil⁶².

En dernier lieu, s'agissant de la langue de l'enseignement et de la formation, la CBJNQ prévoit, entre autres, que la Commission scolaire crie peut élaborer et préparer du matériel didactique en vue de perpétuer la langue et la culture crie⁶³. Est aussi mentionné que la langue d'enseignement est le cri, mais que la Commission scolaire se fixe comme objectif

⁶¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 52, art. 10.0.12 à 10.0.14.

⁶² La CBJNQ contient également une disposition similaire pour les Inuit, mais cette disposition est prévue dans une annexe qui ne semble pas faire partie de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, préc., note 49, art. 12.0.1 et 13.0.1 : l'annexe prévoit que le Québec « s'engage à soumettre à l'Assemblée nationale des projets de loi contenant les dispositions des annexes 1 et 2 du présent chapitre ». La disposition a vraisemblablement été mise en œuvre par une loi du Québec : *Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, RLRQ, c. V-6.1 mais, sauf erreur, cette loi ne reprend pas la disposition sur les droits linguistiques des Inuits, voir : *Id.*, chap. 12 – Annexe 2 – *Loi concernant certaines municipalités et l'administration régionale du Québec septentrionale*, art. 8 : « La langue de communication de la corporation municipale est conforme aux lois d'application générale du Québec ; de plus, toute personne peut s'adresser en inuttituuat à la corporation municipale qui doit veiller à ce que les services offerts lui soient fournis et que les communications avec elle se fassent en inuttituuat ; et, lors des séances du conseil, quiconque ayant le droit de parole peut se faire entendre, à son gré, en inuttituuat. Le conseil a le droit de faire des copies des livres, registres, avis et procédures de la corporation municipale en inuttituuat ». On retrouve le même article dans l'annexe 1 du chapitre 13, concernant l'administration régionale à l'égard des municipalités et régions non érigées en municipalité comprises dans le territoire situé au nord du 55^e parallèle.

⁶³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 49, chap. 16, art. 16.0.9, par. h).

que le français soit utilisé comme langue d'enseignement, afin que les diplômés puissent, s'ils le veulent, étudier dans un établissement d'enseignement du Québec⁶⁴. Les Cris unilingues ont aussi le droit de passer leurs examens dans cette langue ou avec l'aide d'un interprète. Ce droit concerne les cours de formation, mais aussi la recherche d'emploi et le placement en matière d'emploi. Cependant, lorsque les emplois sont des postes de la fonction publique, les postulants devront posséder une connaissance suffisante de l'une des deux langues officielles⁶⁵.

La Commission scolaire Kativik bénéficie, pour l'essentiel, des mêmes droits et prérogatives que la Commission scolaire criée – en plus d'avoir la capacité de choisir ses enseignants en imposant des qualifications qui ne seraient pas celles du gouvernement du Québec⁶⁶. Les décisions du Conseil de la Commission scolaire sont, au surplus, protégées contre les pouvoirs d'intervention habituellement attribués au ministre de l'Éducation du gouvernement du Québec⁶⁷.

Enfin, soulignons que les droits linguistiques en matière d'enseignement sont aussi garantis par la *Charte de la langue française* qui mentionne qu'elle ne saurait empêcher l'usage de toute langue amérindienne en ce qui concerne l'enseignement des Amérindiens, et qu'il en est de même pour l'inuktitut avec les Inuits⁶⁸. Au Québec, il s'agit vraisemblablement là de la seule protection des droits à l'enseignement dans la langue vernaculaire des peuples autochtones qui ne sont pas signataires de conventions, ce qui représente, faut-il le rappeler, la très grande majorité des communautés.

⁶⁴ *Id.*, chap. 16, art. 16.0.10.

⁶⁵ *Id.*, chap. 28.9 – Cours de formation, recherche d'emploi et placement, art. 28.9.3.

⁶⁶ *Id.*, chap. 17, art. 17.0.64 et 17.0.74.

⁶⁷ *Id.*, art. 17.0.65. Les ordonnances sont susceptibles d'être désavouées par le ministre de l'Éducation dans les 40 jours suivant leur adoption. Cependant, le ministre de l'Éducation ne possède pas ce pouvoir «lorsque les matières y étant traitées sont fondées sur la culture et sur la langue des Inuit». Cet article permet donc une protection des décisions prises par le Conseil de la Commission scolaire Kativik, lorsque les décisions concernent la culture et la langue. Cette protection permet, du moins, que le ministre de l'Éducation ne s'oppose à leurs ordonnances. L'ensemble des mesures portant sur la langue d'enseignement des Cris et des Inuit est également garanti dans la *Charte de la langue française*, préc., note 2, art. 88 al. 1 et 2.

⁶⁸ *Charte de la langue française*, préc., note 2, art. 87. Par ailleurs, cette loi ne trouve pas application dans les réserves indiennes : art. 97.

Au-delà des dispositions légales ou conventionnelles, il reste que la capacité de produire un programme d'enseignement dans la langue crie, inuite ou naskapie demeure tributaire du financement dont disposent et qui y sont investies par les autorités autochtones. En d'autres termes, en plus de la reconnaissance formelle des droits, il importe de s'assurer de leur mise en œuvre. Le commentaire vaut d'autant plus pour les nations non signataires d'accords de règlement des revendications territoriales globales, puisque l'absence de soutien institutionnel et l'absence de volonté politique peut s'avérer fatal au chapitre de la sauvegarde linguistique.

* * *

Une langue minoritaire (ou régionale) peut bien sûr parfois survivre malgré l'absence de soutien politique et économique de la part des autorités. C'est le cas, par exemple, de la langue basque. Coincée entre deux langues fortes – le français et le castillan –, la langue basque a survécu « avant tout par la volonté d'une population de conserver son patrimoine linguistique »⁶⁹. Les peuples autochtones du Canada affichent eux aussi cette volonté, mais ils peinent à imposer ou à justifier l'utilisation de leurs langues sur leurs propres territoires. Un bilinguisme d'apparat les oblige au contraire à apprendre l'une ou l'autre des langues officielles du Canada, voire les deux, alors que rien n'oblige ni n'incite les autres citoyens à apprendre une langue autochtone⁷⁰.

⁶⁹ Patxi BAZTARRIKA, «Évolution du processus de revitalisation du basque», dans CONSEIL DE L'EUROPE, *La protection des langues minoritaires en Europe : vers une nouvelle décennie*, vol. 8, Strasbourg, Édition du Conseil de l'Europe, 2008, p. 151.

⁷⁰ Alain F. TAKAM, «Territorialisation comme stratégie de survie des langues autochtones du Canada», (2013) 33 *Native Studies* 27, 31-32 : «Le type de statut dont jouit une langue et les différentes fonctions qu'elle remplit dans une communauté peuvent déterminer sa survie. Or au Canada, les fonctions prestigieuses sont généralement remplies par le français et l'anglais, langues officielles, alors que presque toutes les langues autochtones sont surtout confinées à l'identification ethnique, aux communications familiales ou aux rites traditionnels, toutes des fonctions sociales non prestigieuses et marginales. Puisqu'elles ne remplissent aucune fonction publique, elles sont souvent marginalisées. Les contacts linguistiques semblent reléguer la plupart des langues autochtones au rang de langue de convivialité familiale et ethnique, peut-être à l'exception de quelques langues comme l'inuktitut. Or plus une langue remplit des fonctions vitales nationales ou régionales, moins sa survie est menacée. En revanche, plus elle remplit des fonctions marginales ou subalternes plus elle est exposée à l'étiement et à la mort linguistique».

Certes, les diverses formes de soutien, de maintien ou de valorisation des langues autochtones offertes par les autorités québécoises montrent que le Québec « reconnaît les droits linguistiques fondamentaux des peuples autochtones. Autrement dit, elles attestent que le Québec “dit ce qu’il faut”. Cependant, quand il s’agit de passer à l’action, les dispositions sur les langues autochtones restent vagues, sans directives claires pour les mettre en pratique ni pour les financer »⁷¹. Hors des réserves et des territoires conventionnés, les langues autochtones souffrent de plus d’une quasi-invisibilité dans l’espace public : l’affichage (privé et public) dans les langues autochtones est peu présent, la toponymie originale a laissé la place à la toponymie du groupe dominant, les expressions culturelles sont quasi-absentes. Les langues autochtones ne font pas partie des langues officielles au Québec et au Canada. Tout cela se traduit par une faible valorisation par l’enseignement public québécois offert aux autochtones vivant hors réserve (plus de 50 % de la population autochtone), dans le milieu de travail et par un accès somme toute limité aux langues autochtones dans le milieu judiciaire. Les initiatives légales les plus significatives ont été prévues par la CBJNQ, ce qui montre la capacité potentielle des ententes de revendications territoriales globales, à réformer – certes de manière imparfaite et sur papier – l’État québécois. S’il nous semble nécessaire de renforcer la protection juridique accordée aux langues maternelles des peuples autochtones sous toutes les formes étudiées dans ce texte, cette protection n’est évidemment pas la seule avenue qui doit être envisagée. Parmi les autres mesures qui nous semblent devoir être mises en œuvre sont celles qui concernent un meilleur accès aux terres ancestrales, ce qui passe notamment par une protection adéquate des droits territoriaux des peuples autochtones.

II. Les droits territoriaux des peuples autochtones et la survie des langues vernaculaires

Les mesures de protection, de renforcement et de promotion des langues autochtones doivent, à notre avis, être accompagnées de protections juridiques adéquates des droits territoriaux des peuples autochtones. Dans une première section, nous explorons les diverses raisons qui justifient une telle approche (section A). Dans une seconde section, nous revenons sur les limites de la reconnaissance des droits territoriaux des

⁷¹ Leigh OAKES et Jane WARREN, *Langue, citoyenneté et identité au Québec*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2005, p. 228.

peuples autochtones par les autorités judiciaires et politiques au Québec (section B).

A. *Les divers rapports langue, culture et territoire*

Le groupe de travail sur les langues et les cultures autochtones mis sur pied par le ministère du Patrimoine canadien a reconnu en 2005 que l'une des « plus importantes relations qu'expriment les langues des Premières nations, des Inuits et des Métis est la relation avec la terre »⁷². Ce groupe de travail a notamment recommandé que les gouvernements des Premières nations, des Inuits et des Métis et les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux concluent ensemble des ententes ou des accords de gouvernement à gouvernement en ce qui concerne les ressources naturelles, l'environnement durable et les connaissances traditionnelles :

Ces ententes ou accords devront reconnaître qu'il est important pour les Premières nations, les Inuits et les Métis d'entretenir une relation étroite avec la terre et leurs territoires traditionnels, surtout les régions sauvages, les sites patrimoniaux ou sacrés et les sites destinés aux pratiques spirituelles, et ils devraient comprendre des dispositions sur la participation réelle de ces peuples aux mesures de gouvernance, de gestion, de cogestion ou de compétences mixte⁷³.

Cela étant, il existerait un rapport culturel étroit entre les langues et les territoires autochtones, ce qui s'exprime sous différentes formes, comme cela sera illustré dans les prochaines sous-sections.

1. *Les rapports démographiques entre groupes locuteurs dans une région donnée*

Les rapports numériques entre les différents groupes locuteurs dans une région donnée influent évidemment sur les capacités du groupe linguistique de fonctionner, dans l'espace public, dans sa langue. Cela influe aussi sur l'état de vulnérabilité ou, au contraire, de force relative des diverses langues. Ainsi, la présence d'une forte concentration géographique

⁷² GROUPE DE TRAVAIL SUR LES LANGUES ET LES CULTURES AUTOCHTONES, *Le début d'un temps nouveau : premier rapport en vue d'une stratégie de revitalisation des langues et des cultures des Premières nations, des Inuits et des Métis : rapport*, Ottawa, Patrimoine Canada, 2006, p. 2.

⁷³ *Id.*, p. 12.

et d'un nombre suffisant de locuteurs autochtones constituera un facteur de force de même que l'isolement d'une communauté autochtone. Il en irait autrement pour les communautés autochtones vivant dans un milieu urbain à forte densité allochtone⁷⁴. En ce sens, les politiques d'extraction des ressources qui entraînent un flux migratoire par l'ouverture au territoire aux membres de la société majoritaire ou le recours au *fly-in-fly-out* peuvent, à terme, constituer des facteurs d'affaiblissement des capacités linguistiques en l'absence de protection juridique appropriée⁷⁵.

À cet égard, rappelons que la situation linguistique des Autochtones du Québec n'est évidemment pas homogène. Certaines langues ne sont déjà plus parlées (le huron, le malécite), certaines sont menacées (l'abénaquis, le mohawk, le micmac, l'algonquin) tandis que d'autres se portent comparativement bien (l'innu, l'atikamekw, le cri, le naskapi, l'inuktitut). De manière générale, la proportion de locuteurs est plus élevée dans les territoires éloignés des zones de peuplements non autochtones et plus faible dans les communautés installées au cœur de ces zones. Cette situation problématique est renforcée par le fait que les différentes nations autochtones du Québec ne possèdent pas toutes les mêmes ressources, lesquelles sont largement déterminées par l'accès ou la reconnaissance des droits territoriaux. La nation crie, par exemple, possède des ressources qui excèdent largement celle des autres nations, ce qui modifie considérablement le rapport de force qui l'oppose à l'État québécois (ou canadien) ainsi que sa capacité à préserver sa langue ou à se procurer concrètement les outils nécessaires à sa sauvegarde, à son enseignement et à sa promotion. Ainsi, il ne suffit pas de maîtriser une langue autochtone pour être en mesure de l'enseigner : comme l'enseignement de la langue française ou de la langue anglaise, celui d'une langue autochtone exige des ressources (main d'œuvre qualifiée, programme adapté, matériel didactique, infrastructure, etc.) que les communautés autochtones, à la grande majorité, ne possèdent pas ou qu'elles peinent à développer ou à se procurer⁷⁶. Les recherches révèlent pourtant que les enfants du Nord du

⁷⁴ Ghislain OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », (2009) 54 *R.D. McGill* 237. Au même effet : Christine SCHREYER, « "Nehiyawewin Askîhk" : Cree Language on the Land. Language Planning Through Consultation in the Loon River Cree First Nation », (2008) 9 *Current Issues in Language Planning* 4.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Ken PAUPANEKIS et David WESTFALL, « Teaching Native Language Programs : Survival Strategies », dans K.P. BINDA et Sharilyn CALLIOU (dir.), *Aboriginal Education in*

Québec (Nunavik) non seulement apprennent mieux dans leur propre langue ancestrale plutôt que dans une des langues dominantes de la société canadienne, mais aussi qu'ils développent une image d'eux-mêmes plus positive, et une représentation plus saine des Inuits en tant que groupe⁷⁷. Il est loisible de penser que des résultats comparables pourraient être obtenus chez les enfants autochtones ailleurs au Québec et cela, indépendamment de leur lieu de résidence. Rappelons par ailleurs ici que le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones a non seulement enjoint le gouvernement du Canada à travailler de concert avec les Premières nations afin de les aider à se doter d'une capacité et d'institutions scolaires qui leur permettront d'offrir à leurs élèves des programmes comparables à ceux des provinces et des territoires, mais il a expressément affirmé de plus que la préservation des langues autochtones doit faire partie intégrante d'une telle démarche⁷⁸.

2. Le recours à la langue vernaculaire marque le lien avec le territoire ancestral

L'internationalisation de la lutte pour la reconnaissance des droits des peuples autochtones, conjuguée à l'émergence des questions environnementales, ont contribué à faire reconnaître la langue non seulement comme un marqueur d'identité, mais comme un lien important à l'espace et au territoire. Ce lien entre la langue et l'espace se transforme par la mobilité des individus autochtones, comme elle l'est (ou l'a été) par les déplacements de populations. Ainsi, la cartographie du territoire et la relocalisation de certaines communautés par le gouvernement canadien ont entraîné des transformations dans la langue et dans la façon d'exprimer l'identité.

Dans une étude de cas portant sur les rapports entre langue et territoire, Donna Patrick montre comment se déploient ces enjeux à travers

Canada: A Study in Decolonization, Mississauga, Canadian Educator Press, 2001, p. 89.

⁷⁷ Donald M. TAYLOR, Julie CAUETTE, Esther USBORNE et Stephen C. WRIGHT, « Aboriginal Languages in Quebec: Fighting Linguicide with Bilingual Education », (2008) 8 *Diversité urbaine* 69.

⁷⁸ COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES PEUPLES AUTOCHTONES, *La réforme de l'éducation chez les Premières nations : de la crise à l'espoir. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, Ottawa, Le Comité, 2011, p. 67.

l'exemple des Inuits vivant à Ottawa. Elle relève que les pratiques linguistiques des Inuits ont évolué de façon parallèle à leur notion de territorialité. Ainsi, explique-t-elle, l'une des pratiques linguistiques courantes consiste à donner à un individu un nom qui le rattache à l'espace identifié à son groupe dialectal. Pour les Inuits vivant à Ottawa, la connaissance de l'Inuktitut revêt une importance particulière. En effet, dans un contexte où l'anglais et le français sont plus valorisés que les langues autochtones, plusieurs Inuits vivant au sud de leur territoire traditionnel ne maîtrisent pas l'inuktitut. L'apprentissage de la langue devient une façon de maintenir les liens avec le territoire nordique, essentiel à l'identité inuite, et d'avoir accès à des ressources liées au nord (comme la famille, l'héritage et l'espace). En ce sens, les pratiques linguistiques contribueraient à la reterritorialisation des identités inuites déterritorialisées⁷⁹.

Du reste, la survie des langues autochtones au Canada est ultimement :

subordonnée aux connaissances traditionnelles, aux territoires traditionnels (y compris leurs ressources et leur gestion), à l'identité collective (liée notamment à la culture et aux formes traditionnelles de l'organisation publique), à la revitalisation des droits autochtones coutumiers ainsi qu'à l'identité des personnes et au bien-être spirituel des Autochtones⁸⁰.

Dans un contexte où les activités traditionnelles sont de moins en moins pratiquées, la langue elle-même revêt une importance capitale, voire inédite, dans le maintien et la transmission des cultures autochtones. La disparition partielle ou complète d'une langue n'entraîne peut-être pas immédiatement la disparition d'une culture, puisque la langue n'est pas la seule manière de communiquer l'expérience – les gestes, les objets et les rituels forment des systèmes anthropologiques qui lui sont connexes –, mais elle menace directement sa pérennité.

⁷⁹ Donna PATRICK, « Inuit Identities, Language and Territoriality », (2008) *Diversité urbaine* 91.

⁸⁰ Naomi METALLIC, « Les droits linguistiques des peuples autochtones », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 901.

3. *Les rapports entre la territorialité et la langue*

Au Canada, les traditions juridiques autochtones n'ont jamais été rattachées au territoire au sens où le droit canadien l'entend habituellement⁸¹. La *territorialité* elle-même a néanmoins toujours été profondément ancrée dans l'ensemble des cultures autochtones ; de vastes réseaux symboliques «connectent les personnes à la terre et aux eaux à travers la résidence, l'ancestralité et la parenté»⁸². En d'autres mots, la *territorialité* ne se résume pas ici à la propriété foncière ni à l'exploitation des ressources naturelles, comme affirment entre autres ceux qui convoient les territoires autochtones. Les langues européennes et les langues autochtones conduisent d'elles-mêmes à des compréhensions différentes du droit, du monde et de la territorialité⁸³. Il est ainsi extrêmement difficile de traduire ou de rendre fidèlement compte de la *territorialité* autochtone dans le vocabulaire juridique canadien, qui tend plutôt à réduire cette *territorialité* à une question foncière ou économique⁸⁴.

En outre, il existerait une certaine analogie entre la fragmentation des territoires traditionnels et la dislocation des dialectes appartenant à une même famille de langues⁸⁵. Comme l'ont démontré plusieurs auteurs, les délimitations des territoires traditionnels étaient, notamment chez les communautés algonquiennes au Québec, assurées par les alliances entre les familles. Or, la disparition des noms des familles a contribué à déstructurer ce rapport entre la territorialité, les lieux, les individus, les familles et les communautés⁸⁶.

⁸¹ Voir Ghislain OTIS, «La quête de coutume: Réflexions sur la "post-territorialité" dans la gouvernance autochtone», dans Pierre NOREAU (dir.), *Gouvernance autochtone: reconfiguration d'un avenir collectif*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 155.

⁸² Brian THOM, «Confusion sur les territoires autochtones au Canada», dans Irène BELLIER (dir.), *Terres, territoires, ressources: politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 95.

⁸³ James Y. HENDERSON et Jaime BATTISTE, «How Aboriginal Philosophy Informs Aboriginal Rights», dans Sandra TOMSONS et Lorraine MAYER (dir.), *Philosophy and Aboriginal Rights: Critical Dialogue*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 71.

⁸⁴ Ghislain OTIS, «Territoriality, Personality, and the Promotion of Aboriginal Legal Traditions in Canada», dans *Indigenous Legal Traditions*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2008, p. 136.

⁸⁵ P. SHAW, préc., note 14.

⁸⁶ *Id.*, 48.

4. La cartographie et la toponymie

Historiquement, les peuples autochtones connaissaient très bien la géographie nord-américaine, et, à la demande des explorateurs et des colonisateurs européens, ils ont souvent dessiné des cartes remarquablement précises du continent⁸⁷. En outre, les Autochtones possédaient leurs propres conventions et leurs propres traditions toponymiques, mais celles-ci ont progressivement été écartées par les Européens au fil du temps. Comme le rappelle l'historien et sociologue Denis Delâge, l'emploi du vocabulaire européen pour « désigner les lieux, la faune, la flore marque un désir de prendre possession, symboliquement, de conjurer l'inconnu, l'étranger »⁸⁸. Cette pratique fut par ailleurs plus fréquente que l'emprunt de mots aux langues amérindiennes : « c'est dire que l'on occulte l'antériorité du peuplement amérindien et que le processus de conquête s'observe aussi au niveau linguistique »⁸⁹. Dans l'espoir de faire définitivement oublier la présence millénaire des peuples autochtones sur son territoire, le gouvernement du Québec a par ailleurs plus tard entrepris l'élimination systématique et délibérée de la nomenclature autochtone :

On estime que des 15 000 toponymes autochtones qui meublaient encore les cartes géographiques du Québec au siècle dernier [c.-à-d. le XIX^e siècle], 80 % ont été éliminés de la nomenclature géographique officielle. Pour les noms amérindiens qui furent conservés, c'est-à-dire la minorité, on a même parlé de traitement de faveur⁹⁰.

⁸⁷ Denis VAUGEOIS, « Les Indiens et la cartographie », dans Raymonde LITALIEN, Jean-François PALOMINO et Denis VAUGEOIS (dir.), *La mesure d'un continent : atlas historique de l'Amérique du Nord (1492-1814)*, Québec, Septentrion, 2008, p. 206.

⁸⁸ Denis DELÂGE, *Le pays renversé*, Montréal, Boréal, 1991, p. 329.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ Christian BONNELLY, *La toponymie autochtone au Québec : bilan et prospective (Dossier toponymiques, 24)*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996, p. 3. La toponymie québécoise compte néanmoins encore de nombreux noms autochtones plus ou moins francisés ou mutilés – Québec, Saguenay, Abitibi, Hochelaga, Gaspé, Outaouais, Shawinigan, Rimouski, Chicoutimi, Tadoussac, Chibougamau, Témiscamingue, Témiscouata, Kamouraska, etc. Hérités de notre histoire commune, ces noms autochtones sont désormais familiers aux Québécoises et aux Québécois, mais, paradoxalement, l'origine et la signification de ces mots leur échappent le plus souvent. Pis encore, l'origine et la signification de ces noms échappent maintenant à la majorité des Autochtones, qui seraient de moins en moins nombreux à pouvoir sou-

En somme, la manière de nommer le territoire (remplacement des noms des lieux autochtones par des noms des colonisateurs, nouveaux noms des espaces et découpages territoriaux) est un indice important de la perte territoriale. La toponymie dans les langues vernaculaires témoigne en effet de l'occupation traditionnelle du territoire par des communautés linguistiques précises. Le remplacement des noms de lieux autochtones par les noms de lieux des colons renforce en outre l'idée que le territoire québécois était *terra nullius*, soit vide, avant l'occupation coloniale (ce principe juridique douteux, faut-il le rappeler, est presque entièrement discrédité aujourd'hui. Il fut inventé *ex nihilo* afin de justifier a posteriori le colonialisme)⁹¹.

5. *La transmission des connaissances traditionnelles et la langue*

Enfin, il convient de souligner que la capacité de transmettre certaines connaissances nommées par la tradition orale passe notamment par la maîtrise d'une langue précise et adéquate, laquelle reflète la réalité qu'elle tente d'exprimer. La perte du territoire ou l'incapacité d'y avoir accès contribue à affaiblir la variété du vocabulaire, bien qu'évidemment celui-ci s'alimente par d'autres réalités⁹². C'est dans cette optique que Lowan propose que les programmes qui touchent à la culture autochtone

tenir une conversation dans une langue autochtone: Lynn DRAPEAU, «Les langues autochtones du Québec: état des lieux et propositions pour l'action», dans Alain BEAULIEU, Stéphan GERVAIS et Martin PAPILLON (dir.), *Les Autochtones et le Québec: des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 197. Quoi qu'il en soit, la réappropriation par les Autochtones des noms qu'ils ont originellement donnés au territoire constitue un acte linguistique et politique à la fois. Dans cette perspective, notons également que la majorité des nations autochtones ont remplacé les noms – péjoratifs ou non – dont les explorateurs et les colons européens les avaient affublés (Hurons, Montagnais, Têtes-de-Boule, etc.), pour se nommer ou se renommer eux-mêmes en tant que nations.

⁹¹ Voir notamment Peter H. RUSSEL, *Recognizing Aboriginal Title: The Mabo Case and Indigenous Resistance to English-Settler Colonialism*, Toronto, Toronto University Press, 2005.

⁹² Voir notamment Ghislain OTIS, «La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada», (2009) 54 *R.D. McGill* 237; Leanne SIMPSON, «Indigenous Environmental Education for Cultural Survival», (2002) 7 *Canadian Journal of Environmental Education* 13.

se déroulent sur le territoire de la communauté concernée⁹³. Encore une fois, cela nécessite d'avoir un accès au territoire non seulement pour les membres de la communauté vivant sur réserve, mais aussi pour ceux vivant hors réserve.

Évidemment, on pourrait avancer qu'il ne s'agit pas là du seul facteur, mais il nous semble pertinent de poser la question de savoir si les langues autochtones peuvent survivre en étant dépourvues de tout rapport au territoire. En fait, il s'agit même ici d'une question urgente, puisqu'une proportion toujours plus importante de la population autochtone habite en milieu urbain, c'est-à-dire à l'extérieur des réserves indiennes ou des territoires que revendiquent généralement les Autochtones⁹⁴. Cette situation sociodémographique extrêmement complexe accélère aujourd'hui l'extinction des langues autochtones à travers le Québec. L'isolement, le manque ou l'absence de ressources pédagogiques appropriées, la dispersion des locuteurs ainsi que la condition socio-économique souvent précaire des Autochtones qui habitent les différentes villes du Québec et du Canada freine, complique ou décourage en effet la transmission intergénérationnelle des langues autochtones et leur enseignement⁹⁵.

B. Les droits territoriaux des peuples autochtones au Québec

Alors que les normes internationales reconnaissent que les droits territoriaux font partie des droits fondamentaux de tous les humains en tant

⁹³ Greg LOWAN, « Exploring Place from an Aboriginal Perspective: Considerations for Outdoor and Environmental Education », (2009) 42 *Canadian Journal of Environmental Education* 14.

⁹⁴ Mary Jane NORRIS, « Aboriginal Languages Within Canada's Friendship Center Areas: State, Diversity, Prospects, and Implications, 2006 Census », dans Peter DINSDALE, Jerry WHITE et Calvin HANSELMANN (dir.), *Urban Aboriginal Communities in Canada: Complexities, Challenges, Opportunities*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 2011, p. 249.

⁹⁵ Lorna JANTZEN et Mary Jane NORRIS, « Aboriginal Languages in Canada's Urban Areas: Characteristics, Considerations and Implications », dans David NEWHOUSE et Evelyn PETERS (dir.), *Not Strangers in These Parts: Urban Aboriginal Peoples*, Policy Research Institute, Government of Canada, 2003, p. 93.

que manifestation du droit à la culture⁹⁶, du droit à l'égalité⁹⁷, du droit à la famille⁹⁸, du droit des enfants⁹⁹ et des femmes¹⁰⁰ ou encore du droit à l'autodétermination¹⁰¹, le Québec tarde à prendre la mesure de ses obligations en ce domaine. Dans la dernière partie de ce texte, nous présentons un bref état du droit étatique en matière de reconnaissance judiciaire (sous-section 1), politique (sous-section 2) et législative (sous-section 3) des droits territoriaux des peuples autochtones au Québec.

1. Une reconnaissance judiciaire limitée : un état des lieux sur les décisions portant sur les droits territoriaux des peuples autochtones au Québec

Les décisions judiciaires et administratives reconnaissant, au Québec, la validité des prétentions territoriales des peuples autochtones sont peu nombreuses et cela, malgré la reconnaissance et la confirmation de ces droits dans la LC1982. Il y a bien eu le jugement rendu par le juge Malouf en 1973 qui a reconnu les droits territoriaux des Cris et des Inuit, jugement au demeurant renversé par la suite en Cour d'appel du Québec, mais qui a néanmoins mené à la conclusion de la CBJNQ et de la CNEQ.

⁹⁶ *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A(XXI)), art. 27. Le Canada l'a ratifié le 19 mai 1976. Voir, entre autres, *Ballantyne, Davidson, McIntyre c. Canada*, n^{os} 359/1989 et 385/1989, Doc. N.U. CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989/Rev.1 (1993) et *La bande du lac Lubicon c. Canada*, n^o 167/1984, Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

⁹⁷ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, (1969) 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX)), art. 5. Le Canada en est signataire depuis le 24 août 1966. Il a ratifié la convention le 14 octobre 1970.

⁹⁸ *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 96, art. 23.

⁹⁹ *Convention relative aux droits des enfants*, RES/44/25, 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 30. Le Canada en est signataire depuis le 28 mai 1990 et l'a ratifiée le 13 décembre 1991.

¹⁰⁰ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, RES/34/180, 18 décembre 1979 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981), art. 14. Le Canada en est signataire depuis le 17 juillet 1980 et l'a ratifiée le 10 décembre 1981. Voir *Kell c. Canada*, n^o 19/2008, Doc. N.U. CEDAW/C/51/D/19/2008.

¹⁰¹ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, RES/61/295 (entrée en vigueur le 13 septembre 2007).

Mais au-delà de cette affaire historique, il faut bien voir que seules quelques décisions reconnaissent et confirment que les peuples autochtones sont titulaires de droits (d'usage, d'accès, de possession, d'occupation, de propriété ou autres) sur leurs terres ancestrales. À cet égard, il convient de souligner qu'aucun titre ancestral (anciennement : titre aborigène ou titre indien) n'a encore été reconnu au Québec par un tribunal, qu'un seul accord historique entre la Couronne britannique et une nation autochtone a été qualifié de « traité » au sens constitutionnel¹⁰² et que peu de décisions reconnaissent aux peuples autochtones des droits d'accès ou usufruitaires¹⁰³. Du reste, les peuples métis ne jouissent, au Québec, d'aucune reconnaissance à ce jour, ce qui signifie qu'aucun droit constitutionnel ne leur est non plus reconnu par l'État¹⁰⁴. Considérant la difficulté d'établir la preuve des droits ancestraux devant les tribunaux, difficulté au demeurant reconnue par la plus haute juridiction canadienne dans l'arrêt *Nation Haida*¹⁰⁵, cette situation n'est pas étonnante et a donné naissance au droit d'être consulté, voire d'être accommodé.

En somme, si le droit à la jouissance et à la libre disposition de ses biens est, au Québec, un droit fondamental reconnu à toute personne et en toute égalité, il semble que les peuples autochtones n'ont, au Québec, pas reçu la protection judiciaire de leurs biens les plus précieux et cela en raison de la différence de leur mode d'occupation et de l'origine de leurs titres¹⁰⁶. Malgré cela, écrivait Jean-Jacques Simard :

Les Autochtones s'accrochent à ces bouées juridiques, parce que l'histoire faite par les autres ne leur a guère laissé de meilleure prise de force sur les circonstances qui sont désormais les leurs : économi-

¹⁰² *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

¹⁰³ Voir notamment *Jimmy Constant c. Procureur Général du Québec*; *Thérèse Goulet c. Procureur Général du Québec*, [2003] R.J.Q. 357 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Young*, [2003] R.J.Q. 395 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Paul*, [1999] R.J.Q. 2365 (C.S.); *Québec (Procureur général) c. Mongrain*, [1999] R.J.Q. 2353 (C.Q.); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

¹⁰⁴ *Québec (Procureur général) (Ministère des ressources naturelles) c. Corneau*, 2015 QCCS 482.

¹⁰⁵ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 14 (la juge en chef McLachlin au nom de la Cour) : « Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent être extrêmement complexes et prendre des années, voire des décennies, avant d'être tranchées par les tribunaux ».

¹⁰⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 6 et 10.

quement, ils forment la catégorie sociale la plus pauvre du pays, tandis que leur éparpillement sur la carte électorale (sauf dans le Grand Nord) les prive d'exercer leurs poids démographique dans les tractations politiques ordinaires. Il leur reste les images, sur le terrain de l'opinion publique, et sur celui de l'État, la continuité des reconnaissances acquises, formelle, écrites : l'obsession du droit. Une part disproportionnée de leurs énergies, de leurs ressources, et, ajouterait-on, de leurs espérances, est concentrée en conséquences sur des batailles de prétoire à la défense de normes de légitimité qui avaient peut-être cours en Europe au début de l'ère coloniale, mais qui n'ont plus de résonance dans les conceptions contemporaines des droits humains fondamentaux et de l'équité de traitement attachée à la citoyenneté dans un pays de tradition libérale comme celui que nous partageons¹⁰⁷.

Or, ce manque de reconnaissance a des conséquences sur la capacité des locuteurs autochtones de préserver et de promouvoir leurs langues, comme cela a été démontré dans la section précédente.

2. *Une reconnaissance politique limitée : l'échec généralisé des négociations territoriales au Québec*

Les énoncés performatifs grandioses par lesquels la Couronne (française ou anglaise) a parfois prétendu s'emparer des territoires autochtones n'ont jamais eu de véritable valeur juridique et la Couronne a rapidement été contrainte de multiplier les alliances, les ententes et les traités avec les peuples autochtones afin de légitimer les droits de propriété qu'elle s'était d'abord elle-même octroyés¹⁰⁸. Or, comme l'explique bien le professeur Borrows, les alliances, les ententes et les traités conclus entre les peuples autochtones et la Couronne avaient trop fréquemment pour objectifs – sinon pour effets – de tromper les premiers au profit de la seconde¹⁰⁹. Du

¹⁰⁷ Jean-Jacques SIMARD, *La réduction : l'Autochtone inventé et les Amérindiens d'aujourd'hui*, Québec, Septentrion, 2003, p. 405.

¹⁰⁸ Brian SLATTERY, « Paper Empires : The Legal Dimensions of French and English Ventures in North America », dans John McLAREN (dir.), *Despotic Dominion : Property Rights in British Settler Societies*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, p. 50.

¹⁰⁹ John BORROWS, *Recovering Canada : The Resurgence of Indigenous Laws*, Toronto, Toronto University Press, 2002, p. 11-137.

reste, il faut bien voir que « l'interprétation que donnent la Couronne et les peuples autochtones des traités historiques continue de diverger »¹¹⁰.

Mais encore, la question des négociations territoriales entre l'État et les peuples autochtones se complexifie lorsque l'on traite des rapports entre ces derniers et les entités fédérées qui n'ont formellement pas compétence pour traiter les droits territoriaux, mais qui bénéficient de la propriété des terres en vertu de la Constitution. S'il y a beaucoup à dire sur l'apport des traités et alliances à la colonisation en Amérique du Nord¹¹¹ et sur l'évolution des modalités des négociations¹¹², il semble que peu ait jusqu'ici été écrit sur les politiques officielles contemporaines du gouver-

¹¹⁰ Renée DUPUIS, « Les origines et les justifications des traités conclus entre la Couronne et les peuples autochtones au Canada », dans Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 41.

¹¹¹ Voir notamment Andrée LAJOIE et Pierre VERVILLE, « Traités d'alliance entre les Français et les Premières nations sous le régime français », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice ARBOUR, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE (dir.), *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 143.

¹¹² Les explorateurs et les colonisateurs européens ont été contraints d'apprendre les langues autochtones jusqu'au milieu du XVIII^e siècle : Marcel TRUDEL, *Mythes et réalité dans l'histoire du Québec : la suite*, Montréal, Hurtubise, 2008, p. 20. Au cours des premiers siècles de la colonisation, les négociations se tenaient en effet oralement dans l'une ou l'autre des langues autochtones du pays, pour ensuite être traduites et transcrites, plus ou moins fidèlement, en langue française ou en langue anglaise par les autorités européennes. De ce fait, les documents historiques qui nous sont parvenus contiennent presque invariablement des clauses auxquelles les Autochtones n'ont jamais véritablement consenti ou auxquelles ils n'auraient pas pu consentir pour des raisons culturelles qui échappaient alors à leurs traducteurs européens : Olive P. DICKASON, *Les premières nations du Canada*, Québec, Septentrion, 1996, p. 174-175. Dit autrement, les alliances, les ententes et les traités que les Autochtones et les Européens ont tour à tour conclus ont été « consigné par écrit dans une langue étrangère par l'une des parties qui non seulement y exprimait son interprétation de l'entente verbale, mais qui également connaissait beaucoup mieux la teneur juridique des mots du document ayant fait l'objet d'une signature officielle de part et d'autre » : Serge ROUSSELLE, *La diversité culturelle et le droit des minorités*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 211. Voir aussi Bradford W. MORSE, « Indigenous-Settler Treaty Making in Canada », dans Marcia LANGTON, Maureen TEHAN, Kathryn SHAIN et Lisa PALMER (dir.), *Honour Among Nations ? Treaties and Agreements with Indigenous People*, Melbourne, Melbourne University Press, 2004, p. 50.

nement du Québec quant à la reconnaissance des droits territoriaux par voie d'ententes¹¹³.

Le Québec participe depuis bientôt quarante ans à des négociations visant la reconnaissance des droits territoriaux de plusieurs nations autochtones. Cela n'a toutefois pas toujours été le cas¹¹⁴. Outre les grandes conventions conclues à la fin des années 1970 avec les Cris, les Inuits et les Naskapis, aucune entente reconnaissant les droits territoriaux de manière entière n'a été conclue depuis cette époque avec les autres nations. Or, cette situation n'a pas empêché le Québec de continuer à occuper et exploiter ces territoires sans compenser, indemniser ni offrir aucune mesure réparatrice adéquate aux peuples concernés¹¹⁵. Lorsqu'elles ont lieu, ces mesures découlent principalement de la mise en œuvre de l'obligation constitutionnelle de consulter, voire d'accommoder, qui incombe à la Couronne¹¹⁶. Au-delà de ces mesures de consultation, pour les terres ancestrales situées hors des terres de réserve, le Québec et les nations non signataires des grandes conventions, ont conclu des « ententes sectorielles » permettant, dans une certaine mesure, l'exercice d'activités traditionnelles et la prise en charge de certains domaines d'activité¹¹⁷.

3. *La reconnaissance législative des droits territoriaux au Québec*

Alors que le respect des droits territoriaux passe au Québec et pour l'heure principalement par la négociation d'ententes sectorielles ou de prise en charge ou encore par des consultations, il importe de questionner la protection des titres fonciers autochtones par la législation québécoise. À cet égard, une lecture attentive des lois québécoises se rapportant au

¹¹³ Pour un résumé de ces politiques, voir G. MOTARD et V. BERGERON BOUTIN, préc., note 33.

¹¹⁴ Jerry P. WHITE, Paul MAXIM et Nicholas SPENCE, *Permission to Develop: Aboriginal Treaties, Case Law and Regulations*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 2004, p. 223.

¹¹⁵ Il faut ici noter la conclusion du nombre croissant d'ententes de répercussions et avantages (ERA) dans lesquelles on retrouve notamment des clauses de nature compensatoire. Ces ententes sont conclues entre des communautés locales et, par exemple, des organismes privés ou parapublics. Elles n'ont pas pour objet de reconnaître les droits territoriaux des peuples autochtones.

¹¹⁶ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc. note 105.

¹¹⁷ Sur cette question, voir notamment G. MOTARD et V. BERGERON BOUTIN, préc., note 33.

domaine privé et public montre bien qu'en dehors des terres de réserve il n'existe, sauf exception, aucune protection légale pour les terres ancestrales¹¹⁸. Les dispositions du *Code civil du Québec*¹¹⁹, de la *Loi sur les terres du domaine de l'État*¹²⁰, de la *Loi sur les mines*¹²¹, pour ne citer que celles-là, pointent toutes dans une même direction : il n'y a pas de protection législative indépendante pour les terres ancestrales des peuples autochtones au Québec. Seule la reconnaissance des droits par un tribunal ou par entente permet dès lors d'assurer aux autochtones la protection de leurs biens et la préservation de leurs langues.

Conclusion

Confinées à l'identification ethnique, aux communications familiales ou aux rites traditionnels, c'est-à-dire à des fonctions sociales non prestigieuses et marginales, les langues autochtones ont besoin d'un espace d'autonomie afin de se maintenir sur les territoires où elles sont bel et bien employées et de retrouver un jour leur vigueur. Autrement dit, la préservation des langues vernaculaires passe par le respect du droit à l'autonomie des peuples autochtones, notamment en matière d'éducation¹²². Or, à l'heure actuelle, l'autorité des gouvernements des Premières nations

¹¹⁸ Il est possible de considérer que le régime des « réserves à castor » constituait, à une certaine époque, une telle exception : *Règlement sur les réserves de castor*, RLRQ, c. C-61, r. 31, adopté en vertu de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, RLRQ, c. C-61.1 et dans la *Loi sur les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, RLRQ, c. D-13.1. Voir aussi la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, préc., note 39, art. 11.

¹¹⁹ L.Q. 1991, c. 64, art. 934 et suiv.

¹²⁰ RLRQ, c. T-8.1, art. 1-3, 53 et suiv. Pour les terres de réserve, voir art. 51-52.

¹²¹ RLRQ, c. M-13.1, art. 3-9. Le ministre a l'obligation d'élaborer une politique de consultation des peuples autochtones : art. 2.1-2.3. En février 2016, cette politique n'a pas encore vu le jour.

¹²² Jean-Paul RESTOULE, « Aboriginal Education and Self-Government: Assessing Success and Identifying the Challenge to Restoring Aboriginal Jurisdiction for Education », dans Yale D. BELANGER (dir.), *Aboriginal Self-Government in Canada*, Saskatoon, Purich Publishing, 2008, p. 373. L'Assemblée des Premières nations le répète d'ailleurs depuis plus de quarante ans : FRATERNITÉ DES INDIENS DU CANADA, *La maîtrise indienne de l'éducation indienne. Déclaration de principe présentée au Ministère des affaires indiennes et du nord canadien*, Ottawa, Fraternité des Indiens du Canada, 1972.

ou de leurs organisations en ce qui a trait à l'administration et à la prestation des services pédagogiques n'est pas reconnue par l'État. En d'autres mots, les dirigeants autochtones administrent à l'heure actuelle des programmes gouvernementaux étatiques et ils appliquent des procédures politiques et juridiques sur leurs territoires respectifs, mais, en ce sens, ils *ne* gouvernent *pas*. Il semble toutefois que le droit constitutionnel canadien puisse «être mobilisé avec succès pour garantir un espace d'autonomie aux peuples autochtones du Canada»¹²³.

Mais d'ici là, le législateur et le gouvernement québécois doivent dissiper le flou politique, juridique et administratif qui entoure les différentes dispositions et politiques sur les langues autochtones adoptées au cours des dernières décennies. À l'instar du gouvernement du Canada, le gouvernement du Québec a activement contribué à la destruction des langues autochtones que l'on parlait sur le territoire québécois. Il doit désormais déployer des efforts correspondants afin de les revitaliser.

En vertu de ses compétences souveraines, la législature québécoise peut intervenir (directement ou indirectement) de manière à encourager le maintien des langues autochtones en leur donnant une plus grande place dans la vie et l'espace publics, en harmonie avec la langue officielle et commune – affichage, toponymie, programmes scolaires, services, etc. Il peut aisément bonifier ou améliorer les programmes culturels qu'il offre déjà aux populations autochtones, en travaillant véritablement de concert avec elles, en évitant de placer les organisations et les communautés autochtones en compétition les unes contre les autres ; en évitant, aussi, de leur imposer unilatéralement des normes qui ne tiennent pas compte de leurs véritables capacités ou de leur statut politique ou juridique particulier. Le maintien et la revitalisation des langues autochtones au Québec doivent se faire dans une authentique démarche de réconciliation nationale et non pas dans un cadre strictement administratif ou comptable.

Pour leur part, les peuples autochtones ont la lourde responsabilité de décider de prendre ou non des initiatives afin que les programmes de recherche, de soutien et d'enseignement et les mesures juridiques soient représentatifs de leurs volontés. Comme l'explique Louis-Jacques Dorais, les «Autochtones, en particulier, devraient réaliser qu'ils ont le devoir de

¹²³ Jean LECLAIR, «Le Fédéralisme : un terreau fertile pour gérer un monde incertain», dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 50.

promouvoir leur langue. Ce n'est pas au gouvernement québécois ou canadien de prendre l'initiative dans ce domaine»¹²⁴. En d'autres termes, pour que les normes ou programmes atteignent leurs objectifs, ils doivent être définis par les nations elles-mêmes et non par les autorités étatiques.

* * *

On peut invoquer une foule d'arguments moraux, pratiques, historiques, politiques ou juridiques afin d'octroyer un statut juridique « privilégié » aux langues autochtones¹²⁵. À lui seul, malheureusement, un tel statut ne peut cependant pas revitaliser les langues autochtones¹²⁶. À notre avis, il faut non seulement les reconnaître comme des langues officielles dans les territoires où elles sont effectivement parlées, mais il faut de plus octroyer les ressources financières nécessaires à leur préservation et à leur développement, c'est-à-dire à leur enseignement, à leur valorisation et à leur diffusion à l'intérieur des territoires autochtones. Il nous semble, finalement, que garantir la sécurité juridique des terres ancestrales de tous les peuples autochtones au Québec favorisera parallèlement l'épanouissement de leurs cultures, de leurs traditions et de leurs langues.

¹²⁴ Bernard CLEARY et Louis-Jacques DORAIS, «Le défi des langues autochtones au Québec», dans Alexandre STEFANESCU et Pierre GEORGEAULT (dir.), *Le Français au Québec : les nouveaux défis*, Montréal, Fides, 2005, p. 233, aux pages 248-249.

¹²⁵ Michael MACMILLAN, *The Practice of Language Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1998, p. 180-194.

¹²⁶ Marianne IGNACE et Ron IGNACE, «Canadian Aboriginal Languages and the Protection of Cultural Heritage», dans Catherine BELL et Val NAPOLEON (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law : Case Studies, Voices, and Perspectives*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2008, p. 417.

Symétrie / asymétrie : la difficile relation entre le Québec et les minorités francophones du reste du Canada

Linda Cardinal*

Introduction	297
I. Les assises normatives et politiques de la symétrie et de l'asymétrie au Canada	298
II. L'opposition entre symétrie et asymétrie et la question des rapports entre le QC et les minorités francophones	304
III. Dénouer le nœud gordien	310
Conclusion	314

* Professeure titulaire, École d'études politiques et Chaire de recherche sur la francophonie et les politiques publiques de l'Université d'Ottawa; membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie.

Introduction

Depuis les années 1990, José Woehrling (JW) commente et analyse la question de la symétrie et de l'asymétrie dans l'aménagement des langues française et anglaise au Canada. Son principal argument est que la symétrie que crée la *Loi sur les langues officielles* entre la minorité anglo-québécoise et les minorités francophones hypothèque la possibilité de rapports de solidarité entre ces dernières et les Québécois francophones, en particulier sur les plans constitutionnel et juridique. Dès 1995, dans un texte pour le Conseil de la langue française à l'époque, JW utilise l'image du « nœud gordien » pour décrire les difficultés de cette relation complexe entre le Québec, les minorités francophones et les Anglo-québécois. C'est une représentation forte de la situation, qui donne l'impression qu'elle s'avère inextricable. Or, dans ses travaux JW se propose aussi de dénouer ce nœud grâce au principe de l'asymétrie.

L'objectif de ce texte est d'étudier la notion d'asymétrie dans l'œuvre de JW. Nous voulons voir comment la voie asymétrique qu'il propose dans le domaine des langues officielles pour dénouer ce nœud gordien des relations entre francophones du Québec et du reste du Canada pourrait constituer une voie prometteuse pour l'avenir des rapports entre les deux groupes. Dans un premier temps, je présenterai les assises normatives et théoriques des notions de symétrie et d'asymétrie dans le contexte canadien. Dans un deuxième temps, je rappellerai comment la mise en place du principe de symétrie dans le domaine de la langue est devenue un obstacle à la solidarité entre le Québec et les minorités francophones. Dans un troisième temps, j'examinerai la solution asymétrique proposée par JW en vue de sortir ces rapports de l'impasse. En conclusion je reviendrai sur l'apport des questions soulevées par JW au débat théorique, normatif et politique sur l'asymétrie dans le domaine des politiques linguistiques au Canada.

Notre étude repose sur les textes clés de JW dans lesquels il aborde de façon plus approfondie la relation entre le Québec et les minorités francophones. Au préalable, nous avons recensé 46 articles ou chapitres de livres portant sur les droits, les législations linguistiques et les minorités dans l'œuvre de JW. Son premier texte, publié en 1981 dans la *Revue juridique Thémis* compare les législations linguistiques du Québec et de la France. Dans la même décennie, l'article sera suivi de quatre autres textes sur la question des droits linguistiques, de 15 textes parus dans les années

1990 et de 22 textes dans les années 2000. Cette productivité est impressionnante et témoigne de façon éloquente de l'engagement du chercheur envers le domaine des droits linguistiques en plus de révéler toute son autorité en la matière. Notre texte commentera les travaux de JW, mais accordera une attention particulière à cinq de ses articles ou chapitres portant de façon particulière sur les minorités francophones et le Québec. Ces textes comprennent le premier chapitre susmentionné, paru en 1995, qui utilise la métaphore du « nœud gordien ». Un deuxième texte a été publié en 2005 dans un ouvrage sur le français au Québec sous la direction d'Alexandre Stefanescu et de Pierre Georgeault, suivi, en 2006, d'un chapitre dans l'ouvrage d'Alain-G. Gagnon, *Le fédéralisme canadien*. En 2010, JW poursuit sa réflexion sur les relations entre francophones dans la revue *Télescope* et, en 2014, il commente la question dans un chapitre publié dans les actes du colloque du premier Forum mondial de la langue française à Québec. Ces lieux de publications sont caractérisés par le fait qu'ils représentent à la fois des ouvrages destinés aux praticiens et aux chercheurs. C'est dire que l'auditoire de JW est large.

I. Les assises normatives et politiques de la symétrie et de l'asymétrie au Canada

Au Canada, les références aux principes de symétrie et d'asymétrie sont au cœur des débats sur le constitutionnalisme et le fédéralisme¹. Dans les années 1960, ces débats sont devenus intenses en raison des revendications du Québec à l'égard du gouvernement canadien². Depuis cette époque, les travaux sur la question de l'asymétrie se sont multipliés don-

¹ Michael BURGESS et Alain-G. GAGNON (dir.), *Federal Democracies*, Londres, Routledge, 2010 ; Xavier DIONNE et Alain-G. GAGNON, « L'évolution des relations fédérales-provinciales au Canada », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *La politique québécoise et canadienne : une approche pluraliste*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 347 ; Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux besoins de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités nationales et linguistiques*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425 ; Réjean PELLETIER, « L'asymétrie dans une fédération multinationale : le cas canadien », dans L. CARDINAL (dir.), préc., note 1, p. 33. Il est impossible de dresser une liste exhaustive de tous les auteurs participant à ce débat. Nous ne référons qu'à un échantillon pertinent de ces travaux pour ce texte.

² Kenneth McROBERTS, *English Canada and Quebec : Avoiding the Issue*, North York, York University, 1991.

nant lieu également à des avancées importantes dans le domaine de la théorie du fédéralisme au Canada et sur le plan international³.

Nous avons identifié trois dimensions importantes au débat canadien sur la question de l'asymétrie. Dans un premier temps, rappelons que le fédéralisme canadien repose à la fois sur le principe d'égalité des provinces, c'est-à-dire qu'au nom de l'égalité, les provinces bénéficient des mêmes pouvoirs et droits et sur le principe d'équité entre les peuples, ce qui justifie des mesures asymétriques en vue de protéger la spécificité du Canada français / Québec. Ainsi, l'attribution des sièges à la Chambre des communes comme au Sénat a été guidée par un principe d'équité et non uniquement en vertu du principe d'égalité – à la différence des États-Unis. Les auteurs, dont Benoît Pelletier⁴ et Réjean Pelletier⁵, s'accordent aussi à dire que les articles de la constitution canadienne visant la reconnaissance du droit civil au Québec, les écoles confessionnelles en Ontario et au Québec, l'utilisation du français et de l'anglais dans les chambres du Parlement canadien et de l'Assemblée nationale du Québec ainsi que le choix des juges reposent sur l'asymétrie et non sur la symétrie. Toutefois, toute asymétrie, comme le souligne R. Pelletier⁶, ne confère pas toujours, sauf exception, des pouvoirs spécifiques aux francophones. Au contraire, dans certains cas, la reconnaissance de la spécificité du Québec au sein du constitutionnalisme canadien lui impose des exigences supplémentaires envers sa population anglophone. Prenons l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme cas de figure. L'article stipule que

Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux de Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues. Les lois du parlement

³ Alain-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes : essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011.

⁴ B. PELLETIER, préc., note 1.

⁵ R. PELLETIER, préc., note 1.

⁶ *Id.*

du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

L'article 133 reconnaît l'usage facultatif et obligatoire du français, mais également de l'anglais. C'est un exemple éloquent d'asymétrie au Canada, car le Québec se voit imposer des obligations envers la minorité anglophone du Québec.

Dans un deuxième temps, le débat sur l'asymétrie a montré que l'approche asymétrique a aussi une dimension négative ou régressive dans le domaine des droits des minorités. Au Canada, l'article 133 a contribué à créer une injustice profonde à l'égard des minorités francophones vivant dans les provinces fondatrices, soit les francophones de l'Ontario ainsi que les Acadiens du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, car ces provinces n'ont pas été liées par celui-ci. En revanche, l'article 23 de la *Loi constitutionnelle du Manitoba de 1870* a permis d'exiger le bilinguisme législatif au moment de la fondation de la province, sauf que celui-ci fut aboli quelques années plus tard par le gouvernement de l'époque⁷. La francophobie légendaire au sein du Canada anglophone a donné lieu à l'interdiction du français dans tout le Canada et confortée une approche asymétrique des droits des minorités linguistiques. Ainsi, l'asymétrie ne peut pas être considérée en tout temps comme un synonyme d'équité, car dans les milieux francophones, elle a permis d'interdire plus que de reconnaître ou d'habiliter. Comme l'a montré en partie l'arrêt *Caron* dans le cas des francophones de l'Ouest, l'absence d'exigence des provinces de l'ouest à l'égard des minorités francophones, au moment de leur entrée dans la Confédération, a nuit à leur capacité d'influencer le débat politique au sein de leur province. Sans la reconnaissance explicite de ces droits linguistiques, comme le suggère *Caron*, les francophones ne peuvent pas demander à être servis en français dans leur province.

Un autre exemple éloquent de cette asymétrie négative a été mis à jour dans le contexte de la commémoration du 150^e anniversaire de la fédération canadienne, soit l'absence de version officielle en français de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le texte de la constitution canadienne révèle une asymétrie inhérente. Malgré l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui invite le gouvernement canadien à procéder à l'officialisation

⁷ Linda CARDINAL, «Language Regime and Language Politics in Canada», dans Linda CARDINAL and Selma SONNTAG (dir.), *Language Regimes and State Traditions*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 29.

des textes français « dans les meilleurs délais⁸ », au moment de la publication de ce texte nous attendons toujours la version officielle de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La règle de l'unanimité en vertu de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pourrait toutefois rendre la réalisation de ce projet très difficile⁹.

Dans un troisième temps, si on ne peut accorder une valeur positive absolue à l'asymétrie, elle peut offrir des degrés d'autonomie aux minorités dans des cas très précis. Comme le souligne R. Pelletier¹⁰, le gouvernement du Québec, en raison du partage des pouvoirs, a choisi de se doter de législations et de programmes uniques en vue de répondre aux besoins de sa population et lutter contre les inégalités sociales. À titre d'exemple, le Québec a un régime de pension distinct des autres provinces ou encore un programme de garderies unique en Amérique du Nord. Certes les autres provinces peuvent aussi adopter des mesures semblables, mais elles ne le font pas – mentionnons toutefois l'Ontario qui souhaiterait imiter le Québec dans le domaine des pensions depuis l'arrivée au pouvoir de Kathleen Wynne en 2013, ce qui fait dire à R. Pelletier¹¹ que l'asymétrie en cause n'en est pas vraiment une, car c'est un pouvoir dont bénéficient toutes les provinces. Néanmoins, en vertu de leur constitution, les provinces peuvent se donner des programmes taillés sur mesure pour répondre aux besoins de leurs populations. Cette asymétrie n'a pas trait à la spécificité du Québec de façon particulière, mais ce dernier peut en profiter afin de voir à son développement.

Enfin, comme le rappellent B. Pelletier¹² et R. Pelletier¹³, il existe des ententes administratives entre le Québec et le gouvernement fédéral dans des domaines clés comme l'immigration, la perception des impôts ou la santé qui s'apparentent à des mesures authentiquement asymétriques. Or,

⁸ Selon l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « toute partie suffisamment importante est, dès qu'elle est prête, déposée pour adoption par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, conformément à la procédure applicable à l'époque à la modification des dispositions constitutionnelles qu'elle contient ».

⁹ Linda CARDINAL, Nathalie DESROSIERS, John Mark KEYES et François LAROCQUE, « Une constitution officiellement bilingue pour le Canada en 2017 », *Le Droit*, 10 novembre 2015.

¹⁰ R. PELLETIER, préc., note 1.

¹¹ *Id.*

¹² B. PELLETIER, préc., note 1.

¹³ R. PELLETIER, préc., note 1.

même si ces ententes sont expressément asymétriques, R. Pelletier¹⁴ considère qu'elles sont de nature territoriale et non pas culturelle. Elles ne visent pas le Québec en tant que nation, mais en tant que province, ce qui signifie que d'autres provinces pourraient aussi s'en prévaloir.

La théorisation des dimensions asymétriques de la constitution de 1867 est un phénomène somme toute récent qui remonte aux débats constitutionnels des années 1960 à 1990. À l'époque, l'on assiste au renouvellement de la réflexion sur le fédéralisme asymétrique au Canada. Parmi ses promoteurs, Kenneth McRoberts présente celui-ci comme un moyen crédible en vue de satisfaire les demandes de reconnaissance et d'habilitation du Québec¹⁵. Toutefois, ces débats ne vont pas déboucher sur un nouveau compromis entre le Québec et le reste du Canada. Au contraire, l'on assiste à la polarisation du débat entre le Québec et le reste du Canada et à l'avènement d'une option favorable à la souveraineté du Québec en la présence d'un nouveau parti politique ouvertement indépendantiste sur la scène politique, le Parti Québécois. Après avoir pris le pouvoir en 1980, et proposé son option à la population québécoise en faveur d'une souveraineté-association avec le Canada dans le cadre d'un référendum qu'il n'a pas réussi à gagner, pour sa part, le gouvernement canadien, procèdera au rapatriement unilatéral de la constitution canadienne de Westminster et à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette dernière créera un nouveau régime fondé sur la symétrie des droits partout au pays, indépendamment des demandes de reconnaissance du Québec dans les domaines de la langue et de la culture. Par la suite, toute tentative de modifications de la constitution canadienne en vue d'y inclure un statut particulier pour le Québec sera rejeté. Par contre, le Québec va signer certaines ententes fidèles au principe d'asymétrie administratif avec le gouvernement canadien, en particulier dans le domaine de l'immigration afin de lui permettre de faire la sélection d'immigrants francophones et francophiles.

Il faut attendre l'arrivée au pouvoir de Paul Martin en 2004 pour entendre de nouveau parler du fédéralisme asymétrique comme un principe qui pourrait répondre aux aspirations du Québec. Le domaine de la santé constituera un test à cette ouverture de la part du gouvernement fédéral

¹⁴ *Id.*

¹⁵ K. McROBERTS, préc., note 2; Kenneth McROBERTS, *Un pays à refaire*, Montréal, Boréal, 1999; Will KYMLICKA, *Finding Our Way*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

envers l'asymétrie, car à l'époque, le gouvernement Martin, minoritaire, doit négocier une nouvelle entente avec les provinces dans ce secteur. Au Québec, le gouvernement libéral sous le leadership de Jean Charest réussit à faire inclure dans la nouvelle entente une référence à la spécificité du Québec et à sa volonté de maintenir sa marge de manœuvre¹⁶. Le gouvernement Martin est défait en 2006, mais le nouveau gouvernement conservateur qui est élu semble souhaiter maintenir les acquis. Qui plus est, il a promis un fédéralisme d'ouverture qui comprend des mesures spéciales à l'égard du Québec. Or, selon plusieurs commentateurs, ce fédéralisme d'ouverture se serait transformé en fédéralisme de fermeture¹⁷. L'on assiste, de surcroît, à un désintérêt des relations fédérales-provinciales de la part du gouvernement conservateur. En revanche, en 2015, lors de son arrivée au pouvoir, le nouveau gouvernement libéral de Justin Trudeau promet un renouvellement des relations entre le gouvernement fédéral et les provinces, mais celui-ci n'évoque pas la question du fédéralisme asymétrique dans le cadre de la campagne électorale, ni même lors de la lecture du discours du Trône. Le premier ministre Trudeau s'est octroyé la responsabilité des relations fédérales-provinciales en plus de se nommer lieutenant pour le Québec. Il a promis une plus grande écoute et une nouvelle collaboration entre le gouvernement fédéral et les provinces, mais son action a été plus ou moins bien accueillie au Québec, en particulier dans le domaine de la santé.

En résumé, si les principes de symétrie et d'asymétrie sont logés au cœur de la tradition du compromis politique et du fédéralisme au Canada, leur interprétation diffère selon les contextes et les époques. Les dimensions asymétriques du constitutionnalisme et du fédéralisme canadien représentent un compromis nécessaire dans l'histoire du pays, mais cette asymétrie est à géométrie variable et ne vise pas nécessairement le Québec comme nation ou en vertu du principe de l'égalité des peuples fondateurs.

Le principe d'asymétrie a aussi été un puissant moyen de discrimination à l'égard des minorités francophones en raison de la tradition étatique du fédéralisme. Comme le souligne JW, le gouvernement canadien n'intervient pas pour créer une symétrie favorable à l'usage du français et de l'anglais dans les provinces comme permet de le constater l'article 133, sauf en ce qui a trait au Québec. Il laisse le français à lui-même sur le

¹⁶ R. PELLETIER, préc., note 1, p. 21.

¹⁷ Antoine ROBITAILLE, «Aux oubliettes le fédéralisme d'ouverture?», *Le Devoir*, 28 mars 2009, p. C3.

marché des langues au sein des provinces, permettant ainsi à l'anglais d'occuper tout l'espace politique, social et économique sauf exception. Selon JW¹⁸, au Canada anglophone « la nature suit son cours », c'est-à-dire que l'anglais s'impose par son prestige, son utilité économique et, plus simplement par le fait qu'aucune autre langue ne le concurrence.

II. L'opposition entre symétrie et asymétrie et la question des rapports entre le QC et les minorités francophones

Dans le domaine des relations entre le Québec et les minorités francophones, JW considère que le débat sur la symétrie et l'asymétrie au Canada repose sur deux représentations dualistes de la place du Québec dans la fédération. Une première représentation met l'accent sur conception québécoisocentrée de la fédération. Selon cette approche, le Québec constitue le principal foyer de la langue et de la culture françaises au pays. De fait, le pacte fédératif est généralement interprété comme un moyen pour permettre au Québec de constituer une majorité francophone et ainsi protéger sa culture et sa langue¹⁹. Cette représentation a semblé guider les pères fondateurs, dont Georges-Étienne Cartier²⁰. Les minorités francophones sont absentes de cette conception du Canada français et n'ont aucun pouvoir d'agir. En revanche, le statut particulier du Québec comme foyer du Canada français justifie l'octroi de pouvoirs particuliers à celui-ci.

¹⁸ José WOEHLING, « Convergences et divergences entre les politiques linguistiques du Québec, des autorités fédérales et des provinces anglophones : le noeud gordien des relations entre les Québécois francophones, la minorité anglo-québécoise et les minorités francophones du Canada », dans *Pour un renforcement de la solidarité entre francophones au Canada. Réflexions théoriques et analyses historique, juridique et sociopolitique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995, p. 209, à la page 340.

¹⁹ Pierre CARIGNAN, « La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation », (1986) 20 *Revue juridique Thémis* 375 ; Pierre CARIGNAN, « Les Résolutions de Québec et la compétence législative en matière d'éducation », (1989) 23 *Revue juridique Thémis* 2.

²⁰ Pierre SAVARD, « Relations avec le Québec », dans Cornelius JEANEN (dir.), *Les Franco-Ontariens*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1993, p. 231 ; Linda CARDINAL, « Sortir de la nostalgie, en finir avec le ressentiment : les francophones hors Québec et la coopération interprovinciale », dans Simon LANGLOIS and Jean Louis ROY (dir.), *Briser les solitudes : Les francophonies canadiennes et québécoises*, Québec, Nota Bene, 2003, p. 15.

La deuxième représentation du dualisme au Canada, comme le suggère JW, repose sur l'idée selon laquelle il existe des francophones et des anglophones partout au pays. C'est la conception pancanadienne du dualisme. Cette représentation comprend le Québec et les minorités francophones qui forment le Canada français d'est en ouest. Elle revient aussi à des hommes politiques du Québec, comme Henri Bourassa. Elle est aussi véhiculée dans les partis politiques²¹.

Malgré leur force normative distincte, ces deux conceptions de la dualité au Canada ont réussi à coexister au moins jusqu'à la fin des années 1970. À titre d'exemple, mentionnons, en 1963, la mise en place de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Celle-ci repose sur le principe de l'égalité entre les deux peuples fondateurs. À l'époque, les commissaires tiennent pour acquise la réalité pancanadienne du Canada français tout en étant conscients de la situation particulière du Québec. Cette double vision dualiste du Canada francophone est aussi au cœur de la Commission Pépin-Roberts en 1979²². Le rapport reconnaît que l'État du Québec est le véhicule des aspirations collectives des Québécois. Les commissaires souhaitent trouver des moyens de favoriser l'égalité des peuples fondateurs, dont l'asymétrie. Les commissaires ont aussi à cœur la situation des minorités francophones, dont ils souhaitent voir les droits reconnus graduellement selon les rythmes propres à chaque province et ensuite, constitutionnalisés au fur et à mesure de leurs avancées²³.

Malgré ces efforts de réconcilier les différentes conceptions du dualisme canadien, comme nous l'avons déjà mentionné, les solutions constitutionnelles et politiques qui seront retenues à l'époque ne feront pas vraiment de cas de la question de l'asymétrie. Toutefois, le gouvernement Trudeau se démarque de façon particulière dans le domaine de la politique

²¹ Anne-Andrée DENAULT, « Abandon ou solidarité : Les positions des partis politiques du Québec à l'égard des communautés francophones de 1970 à 2007 », dans Joseph-Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *Francophonies minoritaires au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives*, Montréal, Fides, 2008, p. 431.

²² Linda CARDINAL et Marie-Ève HUDON, « Les réactions des minorités francophones hors Québec au rapport de la Commission sur l'unité canadienne », dans Jean Pierre WALLOT (dir.), *La Commission sur l'unité canadienne. Le débat qui n'a pas eu lieu*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2002, p. 47.

²³ *Ibid.*

linguistique. En 1969, l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* favorisera la reconnaissance de la double représentation de la dualité linguistique au pays. La *Loi sur les langues officielles de 1969* fait du français et de l'anglais les deux langues officielles du Canada et instaure le bilinguisme institutionnel. La nouvelle législation confère le droit des Canadiens à des services en français dans la langue officielle de son choix au sein des institutions fédérales. Ce droit vise l'offre de services en français et en anglais partout au Canada de façon symétrique, ce qui implique de faire la promotion du français au Canada anglophone et la promotion de l'anglais au Québec, de façon symétrique. Une autre partie comprend a trait à la représentation équitable de francophones et d'anglophones au sein de la fonction publique. Cette mesure sert à favoriser une plus grande représentation de francophones au sein de la fonction publique, qu'ils soient Québécois ou francophones hors Québec. Une troisième partie crée le poste de Commissaire aux langues officielles. À noter que la règle de l'alternance francophone-anglophone s'appliquera à la nomination des futurs commissaires.

La nouvelle loi a une visée symétrique. Grâce à au bilinguisme institutionnel, tous les Canadiens pourront recevoir leurs services de la part du gouvernement fédéral dans la langue officielle de leur choix partout au pays. Toutefois, le règlement sur les langues officielles va revoir ce traitement symétrique du français et de l'anglais en fonction du critère du nombre ou de la demande suffisante. En vertu du règlement, les services ne seront offert que là où le nombre le justifie. Malgré l'ajout d'une dimension asymétrique dans son application, cette dernière a une portée négative. Elle vise à limiter l'accès à des services dans les deux langues officielles en vertu du critère de la demande importante. Toutefois, l'objectif de la législation demeure le même, soit de permettre au français et à l'anglais de rayonner à la grandeur du pays. À l'époque, le gouvernement fédéral caresse aussi le rêve que chaque province se déclare officiellement bilingue, mais à ce jour, seul le Nouveau-Brunswick est officiellement bilingue. L'Ontario est *de facto* anglophone, même si depuis 1986, elle a une *Loi sur les services en français*. En d'autres mots, le projet du bilinguisme institutionnel n'a pas été adopté par les provinces, sauf en ce qui a trait au Nouveau-Brunswick. Dans l'ensemble, les provinces anglophones demeurent héritières de leurs politiques du passé à l'égard de leur minorité francophone. La pression à s'assimiler à l'anglais y rend plus difficile la promotion du français.

Pour sa part, le Québec a choisi d'adopter des mesures plus robustes et appropriées à sa situation afin de protéger le français au sein de son État. La *Loi sur les langues officielles* ne vise pas tant à renforcer le français sur «son» territoire, alors que c'est ce que veut le Québec, qu'à favoriser l'égalité du français et de l'anglais. C'est dans un tel contexte qu'en 1974, le gouvernement québécois fait du français, la seule langue officielle de son État. En 1976, le gouvernement de l'époque adopte la *Charte de la langue française*, mieux connue sous l'appellation *Loi 101*. Cette dernière comprend des mesures importantes en contrepoids à la *Loi sur les langues officielles*, que l'on pense à la prédominance du français sur le marché du travail, à l'exigence d'afficher les raisons sociales en français ou encore à l'obligation pour les immigrants d'envoyer leurs enfants à l'école française.

Comme le souligne JW dans ses travaux, ces mesures visent à revaloriser le statut du français au Québec. Elles servent à assurer la prédominance du français au sein de l'espace public et à modifier les usages dans certains domaines privés comme les entreprises de plus de 50 employés et l'affichage commercial. Toutefois, comme le souligne JW, ces mesures ne vont pas être bien reçues par la communauté anglophone du Québec et le reste du Canada anglophone. Pour sa part, au lieu d'utiliser son pouvoir de désaveu afin de répondre à la critique des milieux canadiens anglophones et des partis politiques à l'époque, en 1978, le gouvernement fédéral créera le Programme de contestation judiciaire. Il inaugure ainsi plusieurs décennies de contestation des dispositions de la *Loi 101* dans les domaines décriés comme l'affichage public, mais aussi l'accès à l'école anglaise et le bilinguisme législatif. Dans ces derniers cas, la prédominance nette accordée au français dans le domaine législatif posait problème en raison de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, à l'époque, la *Loi 101* impose l'obligation pour les anglophones nés au Canada, mais à l'extérieur du Québec, d'envoyer leurs enfants à l'école française. La question heurte de front le milieu scolaire anglophone qui compte sur l'apport de ces personnes tout comme des immigrants pour maintenir son rapport de force au sein de la province.

En 1982, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* crée un contexte favorable à la contestation de certaines dispositions de la *Loi 101*. Par ailleurs, la nouvelle *Charte canadienne* confirme l'égalité du français et de l'anglais au pays ainsi que le droit des minorités de langue officielle à une éducation dans leur langue, continuant de mettre sur le même pied les anglophones du Québec et les minorités francophones.

L'article 23 de la *Charte canadienne* annule l'obligation de la part des anglophones du Canada nés à l'extérieur du Québec d'envoyer leurs enfants à l'école française. Par contre, l'obligation pour les immigrants d'envoyer leurs enfants à l'école française demeure. Cette dimension sera jugée importante par le gouvernement canadien pour des raisons de paix sociale²⁴. On ne peut dire qu'il s'agit d'une mesure asymétrique, car il n'existe pas de libre choix pour les immigrants au Canada dans le domaine de l'instruction. Les immigrants n'ont pas le droit d'envoyer les enfants dans les écoles de la minorité de langue officielle incluant à l'extérieur du Québec. Ces écoles perdraient leur fonction de contribuer à la pérennité des communautés de langue officielle si elles devenaient accessibles à tous.

La juridisation des droits des minorités de langue officielle en vertu de l'article 23 constituera un irritant majeur dans les relations entre le Québec et les minorités francophones. Non seulement les anglophones du Québec prendront la voie des tribunaux aussi souvent qu'ils le jugeront nécessaire afin de limiter les effets de la *Loi 101* sur leur accès à l'école anglaise. Chaque fois que les francophones hors Québec iront devant les tribunaux pour revendiquer leur droit à une éducation dans leur langue, le Québec s'y présentera également de façon régulière pour défendre sa juridiction. Ce fut le cas lors de la cause *Mahé* dans le domaine de la gestion scolaire dans les années 1980-1990 comme ce fut également le cas en 2015 dans le cas de la cause sur l'accès des immigrants francophones à l'école française au Yukon.

La symétrie conférée aux minorités de langue officielle dans le domaine de l'éducation n'est pas l'unique mesure qui contribuera à mettre le Québec et les minorités francophones dos à dos. En 1988, la nouvelle *Loi sur les langues officielles* reconnaît l'obligation du gouvernement fédéral de voir à l'épanouissement et au développement des minorités de langue officielle, une disposition qui ne sera pas bien reçue à Québec²⁵. Non seulement elle renforce la symétrie entre les minorités de langue officielle, elle encourage l'intervention du gouvernement fédéral dans les champs de compétences du Québec en vue de favoriser l'épanouissement

²⁴ F. CARDINAL, « Ottawa défend la loi 101 devant l'UNESCO », *Le Devoir*, 1^{er} juillet 2000.

²⁵ Linda CARDINAL, « La participation des minorités francophones hors Québec à la vie politique au Canada : comment combler le déficit démocratique ? », dans J.-Y. THÉRIAULT, A. GILBERT et L. CARDINAL (dir.), préc., note 21, p. 385.

et le développement de la minorité anglophone de la province. Or, pour Lucien Bouchard, ministre du Secrétariat d'État aux langues officielles à l'époque (l'ancien ministère du Patrimoine canadien), en réponse aux objections de Gil Rémillard et de Jacques Parizeau, il n'est pas question «de permettre que soit appliqué le projet de loi de façon asymétrique²⁶».

Enfin, sur le plan constitutionnel, les débats qui ont eu lieu dans les années 1980 au sujet de la reconnaissance d'un statut particulier pour le Québec dans le cadre de l'Accord du lac Meech ont aussi mis les francophones de l'intérieur et de l'extérieur du Québec dos à dos²⁷. À titre d'exemple, l'Accord stipulait que le Québec avait la responsabilité de voir à la protection et à la promotion du français alors qu'il reconnaissait la présence du français ailleurs au pays. Les francophones hors Québec ne pouvaient accepter ce type de formulation qui réactivait le dualisme Québec et Canada anglophone au détriment de leur réalité. Ils vont donc s'opposer vigoureusement à la reconnaissance du Québec comme une société distincte ainsi définie. Ils se rallieront au dernier moment, mais il était trop tard.

D'évidence, il faut prendre acte du fait que le Québec et les francophones hors Québec perçoivent leurs intérêts différemment sur les plans constitutionnel et juridique, ce que souligne JW de façon éloquente dans ses analyses. De plus, la symétrie entre les minorités francophones et les anglophones du Québec oblige le Québec à scruter chaque avancée que fait la minorité francophone à la lumière de son incidence sur la politique linguistique québécoise. Elle place aussi le Québec sur une position défensive, en raison des tensions entre la politique linguistique canadienne et la politique québécoise. Cette dernière exige la prédominance du français par rapport à l'anglais, ce qui donne lieu à des recours devant les tribunaux de la part de ceux qui contestent les obligations imposées par cette prédominance. Le gouvernement du Québec intervient également dans des causes portées par les minorités francophones devant les tribunaux lorsqu'il trouve que la situation pourrait affecter son rapport à la minorité anglophone de la province, ce qui n'est pas toujours bon pour la solidarité entre les deux groupes. De plus, la *Loi sur les langues officielles de 1988* favorise l'intervention fédérale dans les champs de juridiction des provinces, ce que conteste le Québec. Ces différentes situations combinées ont donné lieu à ce fameux nœud gordien dont parle JW dans ses

²⁶ Cité dans *id.*

²⁷ *Id.*

premiers travaux sur la question. Ce nœud gordien soude les trois groupes malgré eux et résiste à l'usure du temps.

III. Dénouer le nœud gordien

Malgré ses analyses de la situation, JW veut dénouer le nœud gordien qui décrit les relations entre le Québec et les minorités francophones en ramenant le principe d'asymétrie au cœur du débat. Par contre, à l'époque où il propose la solution asymétrique, le dialogue entre les deux groupes n'existe plus. Nous sommes en 1995, au lendemain du deuxième référendum du Parti Québécois sur la souveraineté-partenariat. Au même moment, l'on assiste à l'adoption des deux premières politiques à l'égard des minorités francophones de la part du gouvernement du Québec et du Bloc Québécois à Ottawa. Les deux formations se dotent de politiques dans lesquelles elles reconnaissent leur dynamisme et réalisations au sein de la fédération canadienne. Toutefois, les politiques proposées ne changent rien à la difficile relation entre les deux groupes d'autant plus qu'elles sont adoptées en pleine campagne référendaire et que les regroupement des minorités francophones militent contre la souveraineté-association.

À l'époque, JW propose donc l'asymétrie comme une voie de sortie de l'impasse entre le Québec et les minorités francophones. Conscient que ses propositions ne sont pas vraiment réalistes au moment où elles sont formulées, JW reconnaît s'imposer ce devoir « par acquit de conscience » pour reprendre ses mots²⁸.

À titre d'exemple, JW propose des modifications qui nécessitent des changements aux paramètres constitutionnels existants. On peut comprendre pourquoi il qualifie ses propres suggestions de peu réalistes à l'époque, car nous sommes, comme aujourd'hui, en plein statu quo constitutionnel. En simplifiant, la première hypothèse que formule JW est de décentraliser des compétences fédérales en matière de langue et de territorialiser la politique linguistique canadienne. L'objectif de cette proposition est de permettre au Québec de promouvoir l'usage du français dans les entreprises de juridiction fédérale. Or, dans les provinces canadiennes-anglaises, l'hypothèse de la décentralisation de compétences linguistiques ne peut être envisageable, car la mesure pourrait contribuer à réduire encore davantage les droits des minorités francophones. Comme le souligne JW, il est peu probable que le gouvernement fédéral contemple une

²⁸ J. WOEHRLING, préc., note 18, p. 325.

telle initiative. Il reconnaît lui-même que l'on assiste plutôt au contraire, car l'adoption de la *Loi sur les langues officielles de 1988* a renforcé son action au sein des champs de compétences provinciales. Toutefois, la proposition de JW, même s'il ne la juge pas réaliste, a été reprise plus d'une fois sous une forme ou une autre par les différents partis politiques, en particulier le Bloc Québécois ainsi que le NPD, et ce incluant lors de la campagne électorale de 2015.

La deuxième hypothèse porte sur l'asymétrie constitutionnelle et la création d'un statut particulier pour le Québec. Encore une fois, JW nous prévient que « dans l'état actuel des mentalités²⁹ » au Canada, il est peu probable que la chose se réalise. En 2017, l'état des mentalités ne paraît pas avoir changé, mais force est de reconnaître qu'en 2003, lors de la création du Conseil de la fédération, l'ensemble des provinces accepte le principe de la spécificité du Québec. De plus, en 2006, le gouvernement conservateur fait adopter une motion reconnaissant que les Québécois forment une nation dans un Canada uni. Par contre, si le gouvernement Trudeau reconnaît l'importance d'établir une relation de nation à nation avec les peuples autochtones du Canada, il y a encore loin la coupe aux lèvres avant qu'il fasse une même déclaration en ce qui a trait aux relations entre le Québec et le reste du Canada. La question d'un statut particulier pour le Québec paraît dorénavant impensable.

La troisième hypothèse porte sur les actions que devrait entreprendre le Québec envers les minorités francophones au sein du statu quo constitutionnel. JW suggère au Québec d'établir une coopération avec les provinces anglophones en accroissant son appui aux activités de leur minorité de langue officielle. Des ententes existent déjà entre le Québec et plusieurs provinces canadiennes-anglaises, que l'on pense à l'Ontario ou au Nouveau-Brunswick. JW propose d'ailleurs de bonifier ces ententes lorsqu'elles existent déjà. De plus, en 2003, le Québec se donne pour mandat de jouer un rôle plus important au sein de la Conférence des ministres de la francophonie canadienne. En 2013, le ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes à l'époque, Jean-Marc Fournier, souhaite approfondir l'action du Québec et veut tisser des liens particuliers, notamment avec la ministre déléguée aux Affaires francophones de l'Ontario à l'époque, en vue de se porter à la défense de Radio-Canada dans les milieux minoritaires. De plus, à l'été 2015, nous apprenions que le Québec

²⁹ *Id.*, p. 329.

appuierait l'adhésion de l'Ontario à l'Organisation internationale de la francophonie (OIF). Enfin, en 2016, l'Ontario devenait observateur à l'OIF.

La quatrième hypothèse porte sur la politique de soutien du Québec aux minorités francophones. JW reconnaît l'importance de cette politique, mais aimerait qu'elle ne serve pas uniquement à développer des projets de nature gouvernementale. Il souhaite qu'elle puisse donner lieu à davantage de rapprochements sur le plan de la société civile. De fait, depuis, 1995, la politique d'appui du gouvernement du Québec aux activités de la francophonie canadienne a pris cette direction souhaitée. De plus, la création, en 2008, du Centre de la francophonie des Amériques permet un rayonnement plus important de l'action du Québec à la grandeur des deux continents.

Comme JW le reconnaît, les deux premières hypothèses sont peu susceptibles de voir le jour, mais ses deux dernières font écho à des actions en cours. Ces actions favorisent des rapprochements de nature sociale entre les différents acteurs de la francophonie au Canada.

Enfin, pour JW, pour que l'on puisse imaginer un début de solution asymétrique, il faudrait, avant toute chose, que le Québec devrait normaliser sa situation avec sa minorité anglophone, ce qu'il a en partie fait, mais la situation ne peut jamais être tenue pour acquise³⁰. JW considère aussi qu'une des avenues possibles qui s'offre au Québec après trente ans de débats constitutionnels infructueux serait de faire reconnaître par les tribunaux que le français est une langue qu'il faut protéger au Québec, au lieu de favoriser l'anglais. Cette solution serait nettement asymétrique, car le Québec est la seule province au pays où la langue de la majorité est une langue minoritaire. Dans les autres provinces, la langue de majorité, l'anglais, n'est pas menacée, mais la langue française fait aussi preuve d'une grande vulnérabilité. Pour JW, cette reconnaissance de la situation particulière du Québec pourrait être obtenue sans réformer la constitution. Il s'agirait de procéder à des interprétations asymétriques des garanties constitutionnelles ou encore à proposer leur application de façon asymétrique. L'article 1 de la *Charte canadienne* pourrait être évoqué dans les

³⁰ *Id.*, p. 340; José WOEHLING, « Conflits et complémentarités entre les politiques linguistiques en vigueur au Québec, au niveau fédéral et dans le reste du Canada », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 295.

limites du raisonnable afin de restreindre des droits dont la mise en œuvre, selon JW, « doit nécessairement tenir compte du contexte³¹ ».

Selon JW, la Cour suprême a reconnu la légitimité de la *Loi 101* à plus d'une reprise, mais elle n'a jamais utilisé la référence à des droits collectifs pour juger de l'action du Québec dans le domaine de la langue. Sans cette référence à des droits collectifs, plusieurs commentateurs de la situation linguistique au Québec comme André Braën³² ou B. Pelletier³³ considèrent que l'on maintient le Québec dans une posture difficile. L'image du nœud gordien à laquelle fait référence JW en 1995 continue donc d'être d'actualité.

JW constate toutefois que la Cour Suprême a déjà constaté la vulnérabilité du français au Québec, notamment dans l'arrêt *Ford*. Selon lui, la Cour Suprême a pris une orientation contextuelle dans le domaine des droits linguistiques qui devrait permettre de reconnaître de plus en plus la nature asymétrique des enjeux linguistiques ou des rapports entre majorité et minorité. De plus, comme le souligne JW, dans les deux arrêts du 31 mars 2005 – *Gosselin* et *Solski-Casimir* – la Cour aurait confirmé le principe asymétrique sans vraiment le dire de façon explicite. Il écrit, « elle a reconnu que la mise en œuvre des droits linguistiques garantis par la Constitution pouvait varier d'une province ou d'un territoire à l'autre³⁴ ».

En somme, de plus en plus JW invite les juges à prendre l'initiative de dénouer le nœud gordien au sein du forum judiciaire. En l'absence de volonté politique c'est le forum judiciaire qui serait le plus susceptible de proposer une interprétation asymétrique des droits linguistiques. Si les juges sont aujourd'hui plus susceptibles que les politiciens de reconnaître la fragilité du français au Québec et au Canada, c'est qu'ils reconnaissent que les Québécois sont une minorité qu'il faut protéger.

On est loin d'un fédéralisme asymétrique ou encore d'une solution asymétrique aux rapports entre le Québec et les minorités francophones ou entre le Québec et le reste du Canada. En fait, JW se trouve à mettre le Québec sur le même pied que les minorités francophones. Or, l'état d'esprit au Québec à l'égard de la langue est plus ambigu que ne le laisse

³¹ J. WOEHLING, préc., note 28, p. 355.

³² André BRAËN, « L'accès à l'école anglaise », dans L. CARDINAL (dir.), préc., note 1, p. 229.

³³ B. PELLETIER, préc., note 1.

³⁴ J. WOEHLING, préc., note 28, p. 356.

entendre JW. Si certains croient que le français est menacé au Québec³⁵, d'autres sont de l'avis contraire³⁶. Quel que soit le diagnostic, le gouvernement québécois ne semble pas souhaiter intervenir afin de renforcer le statut du français. Quant au gouvernement fédéral, une action en ce sens serait probablement plus ou moins bien vue. Il existe une *Feuille de route sur les langues officielles*, mais rien dans cette feuille de route ne sert à renforcer la vitalité du français dans une perspective pancanadienne qui comprendrait le Québec. En fin de compte, le Québec semble condamner à une certaine impuissance.

Conclusion

Le Canada comprend deux ordres de gouvernement, des nations, le Québec et les peuples autochtones, deux minorités de langue officielle et une diversité culturelle importante. Sur les plans normatif, constitutionnel, juridique et politique, les principes de symétrie et d'asymétrie constituent des outils importants de reconnaissance de cette diversité. Les deux principes sont utilisés à des degrés variables afin d'atteindre un certain équilibre entre les différentes composantes qui constituent le Canada. Tant la symétrie que l'asymétrie servent à aménager les rapports entre ces différentes unités, nations ou groupes.

Depuis la fin des années 1990, il faut une bonne dose de réalisme quand on aborde la question de l'asymétrie tout comme le thème des relations entre le Québec et les minorités francophones. Pour sa part, JW est conscient que les relations entre le Québec et les minorités francophones sur le plan constitutionnel et juridique ne peuvent pas être tenues pour acquises.

³⁵ Pierre ALLARD, « Langue française : le combat est-il presque fini ? », *Huffington Post*, 26 mai 2015, en ligne : quebec.huffingtonpost.ca/pierre-allard/combat-langue-francaise-anglicisation-quebec-canada_b_7146032.html (consulté le 31 mai 2016); Pierre ALLARD, « Un Québec de moins en moins français... », *Pierre Allard, le bloque*, 22 novembre 2014, en ligne : pierreyallard.blogspot.ca/2014/11/un-quebec-de-moins-en-moins-francais.html (consulté le 31 mai 2016); Pierre ALLARD, « Le français est-il ou non en danger au Québec ? Le recensement 2011 répond "oui" ! », *Pierre Allard, le bloque*, 11 décembre 2012, en ligne : pierreyallard.blogspot.ca/2012/12/le-francais-est-il-ou-non-en-danger-au.html (consulté le 31 mai 2016).

³⁶ Marc CASIVI, *Mauvaise langue*, Montréal, Somme toute, 2016.

Toutefois JW reconnaît aussi que sur le plan sociologique, les intérêts des minorités francophones devraient coïncider avec ceux du Québec de voir à l'épanouissement de la langue française. Comme il l'explique, « toutes mesures fédérales ou provinciales qui permettent de renforcer les communautés francophones du Canada favorisent l'épanouissement du français en Amérique du Nord, et par conséquent la position et les aspirations du Québec³⁷ ». Par contre, depuis la fin des années 1990, et ce malgré les ententes entre le Québec et les provinces sur la francophonie, l'ignorance mutuelle entre les deux groupes et la méfiance des minorités francophones à l'égard du Québec continuent d'être des obstacles majeurs à l'avancement de la voie asymétrique. L'image du nœud gordien continue d'être d'actualité.

³⁷ J. WOEHLING, préc., note 18, p. 341.

Fédéralisme coopératif et droits linguistiques au Canada : peut-on « contractualiser » le droit des minorités ?

Johanne Poirier*

Introduction	319
I. Les ententes intergouvernementales comme « sources » de droits linguistiques ?	321
A. Les sources « classiques » de droit linguistique : une mosaïque asymétrique.....	321
B. Les ententes intergouvernementales en matière linguistique : une source de « droits » ?.....	324
II. Créer ou bonifier des droits linguistiques par voie contractuelle ?	326
A. La conclusion d'ententes intergouvernementales en matière linguistique : une obligation découlant de la <i>Loi sur les langues officielles</i> et fondée sur le pouvoir de dépenser ?.....	326
B. L'émergence de « droits » précaires par la voie contractuelle.....	329
III. Porter atteinte aux droits linguistiques par voie contractuelle ? ...	334
A. La (re)négociation d'une entente à laquelle les bénéficiaires ne sont pas parties.....	334
B. La restriction des droits par inadvertance : les effets imprévus (mais prévisibles) d'ententes intergouvernementales n'ayant – <i>a priori</i> – pas de lien avec les questions linguistiques.....	337
Conclusion	344

* Professeure, Faculté de droit, Université McGill, Titulaire de la Chaire Peter MacKell sur le fédéralisme : johanne.poirier3@mcgill.ca. Membre du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales. L'auteure tient à remercier Jesse Hartery pour son efficace assistance de recherche et son enthousiasme face à la tâche ardue – et souvent frustrante – de localisation des ententes intergouvernementales qui forment le matériau empirique de la présente contribution. Un grand merci également à Stéphanie Chouinard et Janique Dubois pour leurs précieux commentaires.

Introduction

En 2006, le Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles (qui a plusieurs fois eu le bonheur d'accueillir José Woehrling) lançait une réflexion collective intitulée «Le droit public survivra-t-il à la contractualisation?¹». Le constat qui présidait à la genèse de cette recherche concertée était que les autorités publiques ont de plus en plus recours à divers instruments de facture contractuelle, en substitut – ou en complément – des normes unilatérales (la constitution, la loi, le règlement). Cette transformation opère dans un grand nombre de domaines de politiques publiques et n'est évidemment pas inédite. Elle procède, entre autres, de l'entérinement d'une culture de «*new public management*». Réduit à sa plus simple expression, l'objectif est de «négocier» le contenu de normes – juridiquement contraignantes ou non – avec leurs destinataires, afin d'en optimaliser la pertinence, et de faciliter leur mise en œuvre et leur respect. Cette transformation a un impact indéniable sur les mécanismes traditionnels de contrôle de l'action publique.

A priori, il ne semble pas y avoir de différences quant à la fréquence du recours à la norme «contractuelle» selon les structures étatiques : les états unitaires, régionalisés ou fédéraux y ont recours. Toutefois, la «contractualisation» du droit prend une coloration – et une densité – particulières dans un état fédéral.

En effet, dans une fédération, un ordre de gouvernement ne peut généralement pas recourir au droit public «classique» – aux normes «unilatérales» – dans ses rapports avec les autres ordres de gouvernement. Il s'ensuit que l'élaboration de projets communs, voire même l'imposition «politique» d'un programme par un ordre de gouvernement doit – pour la forme du moins – emprunter une voie négociée². La pratique très abondante

¹ CENTRE DE DROIT PUBLIC, UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, «Le droit public existe-t-il?», en ligne : dev.ulb.ac.be/droitpublic (consulté le 1^{er} juin 2017).

² Quoiqu'en vertu d'un héritage un peu détonant de la suprématie fédérale, le Parlement puisse lier les provinces, dans la mesure où il le fait explicitement : *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225. L'inverse ne serait, par contre, pas admis : *Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61.

des ententes intergouvernementales dans pratiquement tous les régimes fédéraux – notamment au Canada – en témoigne largement³.

Ce « fédéralisme contractuel » est au cœur de la pratique du « fédéralisme coopératif », et ce dans pratiquement tous les domaines de politique publique y compris, celui des services et du droit l'instruction dans les langues officielles en situation minoritaire. La présente contribution vise à réfléchir à l'impact du phénomène de la contractualisation du droit pour les minorités de langue officielle au Canada.

Les assises principales du droit des minorités linguistiques au Canada sont évidemment la Constitution écrite et ses principes sous-jacents⁴, de même que les normes légiférées et la réglementation. Des directives, « Feuilles de route » et autres instruments de « *soft law* » viennent donner une impulsion ou aident à la concrétisation de ces sources juridiques officielles.

Afin de compléter ces normes formelles et informelles, à en augmenter l'effectivité ou à en bonifier le contenu, le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires ont, depuis de nombreuses années, eu recours à des ententes intergouvernementales (EIG), auxquelles se sont ajoutées des ententes « avec les communautés ». Ces ententes balisent la mise en œuvre des droits linguistiques des minorités de langues officielles. Une pratique plus limitée de rapports « contractuels » inter-provinciaux contribue également au phénomène.

³ Sur ces questions, voir Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », (2009) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel* (ci-après « J. POIRIER, 2009 »); Johanne POIRIER, « Intergovernmental Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », dans Peter J. MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism. Canada : the State of the Federation 2002*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2004, p. 425 (ci-après « J. POIRIER, 2002 »); Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états : Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 441. Johanne POIRIER, *Keeping Promises in Federal Systems : The Legal Status of Intergovernmental Agreements with Special Reference to Belgium and Canada*, thèse de doctorat, Université Cambridge, 2004 (ci-après « J. POIRIER, 2004 »).

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79-82.

Mais peut-on réellement contractualiser les droits linguistiques ? Cette question en appelle, en filigrane, deux autres, plus précises : « peut-on bonifier les droits par la voie contractuelle ? », et de manière plus cruciale, sans doute, « peut-on porter atteinte à ces droits par voie contractuelle ? »

Le présent chapitre aborde ces questions, en procédant en trois temps. Une première partie survole les sources de droits linguistiques au Canada et trace un portrait de la pratique des ententes intergouvernementales relatives aux droits linguistiques. Une seconde partie analyse le rôle que remplissent ces ententes dans la « bonification » ou la concrétisation des droits linguistiques. Enfin, une troisième explore le risque que les gouvernements puissent, par le truchement d'ententes intergouvernementales, réduire les droits linguistiques, soit délibérément, soit « par inadvertance ». La conclusion soulignera la nécessité d'une vigilance constante des groupes de défense des droits et des minorités linguistiques face aux effets souvent imprévus (mais sans doute prévisibles) des mécanismes coopératifs échafaudés par les gouvernements.

I. Les ententes intergouvernementales comme « sources » de droits linguistiques ?

Dans la fédération canadienne, les droits linguistiques sont indéniablement à géométrie variable et leur protection est marquée au sceau d'une très forte asymétrie. Cette dernière résulte de modulations des normes constitutionnelles et de la diversité qu'engendre la répartition des compétences (A). Cette asymétrie est à la fois renforcée et atténuée par une riche pratique d'ententes intergouvernementales en matière linguistique (B).

A. Les sources « classiques » de droit linguistique : une mosaïque asymétrique

De toute évidence, la source la plus robuste de droits linguistiques est de nature constitutionnelle⁵. À titre d'exemple, le bilinguisme législatif est protégé par des normes constitutionnelles au Parlement fédéral, de même qu'au sein des assemblées législatives du Québec, du Nouveau-Brunswick

⁵ On s'entend qu'il s'agit de sources juridiques, « officielles ». Il est indéniable que le respect des droits « constitutionnalisés » est inégal, parfois fragile, et qu'il peut exister un écart important entre la protection constitutionnelle des droits linguistique et la réalité sur le terrain.

et du Manitoba. Certains droits aux procédures judiciaires en langue minoritaire ont une assise constitutionnelle⁶. De même, la Charte canadienne garantit aux minorités linguistiques le droit de faire instruire leurs enfants dans leur langue, bien que ce droit soit assujéti à des conditions qui conduisent à des variations régionales importantes⁷.

Des droits linguistiques trouvent également leur source dans des lois fédérales et provinciales. Ici, la structure fédérative du Canada s'avère cruciale, de même que les principes qui guident l'interprétation de la répartition des compétences⁸. Il existe aujourd'hui un fort consensus jurisprudentiel et doctrinal selon lequel l'emploi des langues et l'aménagement linguistique constituent une compétence « accessoire⁹ ». Par conséquent, « [m]ême si l'objet premier d'une loi est véritablement l'usage des langues, il faut rechercher le secteur d'activité pour lequel est établie la norme linguistique ou l'institution que vise la loi. La qualification constitutionnelle dépend donc soit de l'institution qui offre le service ou qui se livre à l'activité, soit de la nature du service ou de l'activité¹⁰ ».

Ainsi, l'autorité fédérale peut légiférer en matière linguistique afin de conférer de nouveaux droits (en sus des droits constitutionnels) dans les matières qui relèvent de ses compétences. Il en va de même des provinces, ce qui génère une très forte asymétrie. À titre d'illustration, alors que le « bilinguisme parlementaire » de certaines assemblées est, comme nous l'avons vu, constitutionnellement enchâssé, ce bilinguisme est de

⁶ Vanessa GRUBEN, « Le bilinguisme judiciaire », dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 301.

⁷ Mark C. POWER, « Les droits linguistiques en matière d'éducation », dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 6, p. 657.

⁸ Pour une analyse de l'évolution de ces principes, voir : Jean-François GAUDREULT-DESBIENS et Jean LECLAIR, *Provinces, lutte contre la corruption et fédéralisme*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 11-34.

⁹ *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 798, 807-809 et *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 785. Dans *Jones c. P.G. du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, 189, le juge Laskin avait statué que la *Loi (fédérale) sur les langues officielles* pouvait être justifiée en vertu des compétences résiduelles fédérales de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Cette interprétation ne fait vraisemblablement plus autorité. Voir Pierre FOUCHER, « Les droits linguistiques dans le secteur privé », dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 6, p. 787, aux pages 825-829.

¹⁰ *Id.*, à la page 825.

nature législative en Ontario¹¹ – et, de façon parcellaire – en Saskatchewan¹². Par ailleurs, la constitution n’enchassant aucun droits aux services sociaux, administratifs ou de santé en langue officielle minoritaire, certaines provinces ont légiféré pour garantir divers degrés de tels services¹³. D’autres provinces ont adopté des pratiques administratives plus ou moins formelles en la matière¹⁴.

Les normes constitutionnelles et législatives sont évidemment souvent issues de négociations, de tractations et de consultations, intergouvernementales et/ou avec les représentant des groupes minoritaires¹⁵. Toutefois, le processus *formel* d’intégration de ces normes « classiques » à l’ordre juridique n’est pas contractuel, et les minorités ne sont ni structurellement, ni systématiquement, associées à leur adoption ou à leur interprétation.

Il existe toutefois, en complément et en parallèle de ces normes « unilatérales » classiques, une riche pratique d’ententes intergouvernementales qui inscrit le droit des minorités linguistiques dans un registre partiellement « contractuel ».

¹¹ *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, c. F.32, art. 3-4.

¹² *Loi linguistique*, L.S. 1988-1989, c. L-6.1, modifiée par *Loi linguistique*, L.S. 2001, c. 9, art. 4 et 10.

¹³ Voir, à titre d’exemple: la *Loi sur les services en français*, préc., note 11, de l’Ontario, la *Loi sur les centres de services bilingues*, C.P.L.M., c. B-37, du Manitoba ou *Loi sur les services en français*, R.S.P.E.I. 1998, c. F-15.2. Pour le Québec, voir *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 15, 508-509 et 619.29 et *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 29.1; Jennifer KLINCK, Perri RAVON, Justin DUBOIS et Jean-Pierre HACHEY, «Le droit à des prestations des services publics dans les langues officielles», dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 6, p. 457.

¹⁴ Ainsi, en l’absence d’obligation de source législative, le ministère de la santé de la Colombie-Britannique offre au minimum une interface francophone, en ligne : www.phsa.ca/our-services/programs-services/services-francophones (consulté le 14 octobre 2016). Sur l’absence de cadre législatif relatif aux services en français à Terre-Neuve et en Colombie-Britannique, voir : Marie-Ève HUDON, « Régimes linguistiques dans les provinces et les territoires », Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2014, p. 1.

¹⁵ La jurisprudence a évolué quant aux conséquences qu’il convient de tirer de l’existence de tels compromis en ce qui a trait à l’interprétation des droits linguistiques : comparer *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 et R. c. *Beaulac*, préc., note 9.

**B. Les ententes intergouvernementales en matière linguistique :
une source de «droits» ?**

La mise en œuvre des droits linguistiques, de même que l'offre et le financement de services publics en langue minoritaire, font l'objet d'un grand nombre d'accords entre les partenaires de la fédération. Ces ententes portent différents titres et peuvent être classifiés selon différents critères : les parties les concluant, le domaine de politique publique visé, le statut juridique, etc. La discussion qui suit emprunte la première voie : celles des signataires.

En premier lieu, on trouve des ententes fédérales-provinciales, qui sont, pour la plupart, bilatérales¹⁶. Par leur truchement, le gouvernement fédéral s'engage à (co)financer des initiatives visant à promouvoir les langues officielles, consolider l'enseignement en langue minoritaire maternelle ou seconde, assurer le renforcement des communautés ou soutenir l'offre de services en langue officielle minoritaires¹⁷. Ces ententes

¹⁶ Certaines faisant suite à des accords-cadres multilatéraux, tel le *Protocole d'entente relatif à l'enseignement de la langue de la minorité et à l'enseignement de la langue seconde 2013-2014 à 2017-2018 conclu entre le Gouvernement du Canada et le Conseil des ministres de l'Éducation (Canada)*, 30 août 2003 en ligne : www.cmec.ca/docs/programsInitiatives/olp/protocol/Protocol_2013-2018_FR.pdf (consulté le 12 septembre 2016) qui encadre les treize ententes bilatérales en matière d'éducation. Ce protocole comporte notamment les engagements financiers et une formule de cofinancement (les provinces et territoires devant couvrir au moins 50 % des frais, voir art. 7).

¹⁷ L'identification et la localisation de ces ententes posent de réels défis méthodologiques. Certaines sont accessibles via le site de Patrimoine canadien, en ligne : canada.pch.gc.ca/fra/1458161962068 (consulté le 12 septembre 2016), d'autres via les sites des provinces et territoires. Exemple pour la Saskatchewan, en ligne : www.saskatchewan.ca/bonjour/levels-of-government/executive-council-and-office/francophone-affairs#ententes-canada-saskatchewan (consulté le 12 septembre 2016). L'annexe B de l'*Entente Canada-Colombie-Britannique en matière de langues officielles pour les services en français*, 20 mars 2013, en ligne : www2.gov.bc.ca/assets/gov/british-columbians-our-governments/organizational-structure/office-of-the-premier/francophone-affairs-program/agreement_2013-2018_fr.pdf (consulté le 12 septembre 2016) identifie des programmes axés sur la santé et services sociaux, le développement économique, les arts et culture, la justice. La difficulté de localisation des ententes résulte notamment du fait qu'un nombre important d'entre elles sont conclues par le(s) gouvernement(s) avec des parties (associations etc.) devant offrir des services et non plus avec des parties (para)gouvernementales dont les communications sont plus structurées. Voir, e.a. LEBEL, Anouk, « Réseau en immigration francophone :

touchent un vaste éventail de domaines de politiques publiques, dont l'éducation, la justice, la santé, les services sociaux, l'immigration, la culture et le développement économique¹⁸.

En second lieu, l'autorité fédérale, normalement par le truchement de Patrimoine canadien, conclut des ententes directement avec des associations représentant les communautés minoritaires¹⁹. Ces arrangements revêtent une importance capitale en terme de « gestion » concrète des affaires linguistiques, mais également en ce qui a trait à la participation des acteurs et à la « reconnaissance politique » des groupes minoritaires²⁰.

Enfin, en troisième lieu, l'on dénote une pratique, moins dense, de coopération horizontale entre provinces, en matière linguistique, axées essentiellement sur l'échange d'informations²¹.

Cette classification ne se veut aucunement exhaustive. Ainsi, l'on pourrait identifier des ententes provinces-communautés, des ententes entre communautés minoritaires, des ententes entre autorités publiques et privées²², des ententes associant des municipalités etc. En raison des

le manque d'éthique des organismes dénoncé», Radio-Canada, <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1007339/transfert-reseau-immigration-francophone-manque-ethique-michel-dube> (consulté 1 juin 2017).

¹⁸ Marie-Ève HUDON, «Les langues officielles au Canada: la politique fédérale», Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2011.

¹⁹ Voir par exemple: *Entente Canada-Communauté acadienne et francophone de la Nouvelle-Écosse*, 10 août 2010.

²⁰ Dans une étude antérieure, j'ai suggéré que de telles ententes accordaient une certaine reconnaissance «politique» aux minorités linguistiques, ce qui pourrait leur conférer un statut officiel d'«acteurs constitutionnels»: voir J. POIRIER, 2009, préc., note 3, p. 16.

²¹ *Accord de coopération et d'échanges entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'Ontario en matière de francophonie*, 23 septembre 2016, en ligne: francophonie.saic.gouv.qc.ca/VoirDocEntentes/AfficherDoc.asp?cleDoc=192198201008148205048010157207008033125149114099 (consulté le 28 septembre 2016).

²² En effet, il convient de souligner que dans certains cas, l'autorité fédérale traite directement avec des institutions relevant *a priori* de la compétence provinciale. À titre d'exemple, dans sa *Feuille de route pour les langues officielles du Canada 2013-2018*, 2013, en ligne: canada.pch.gc.ca/DAMAssetPub/DAM-PCH2-Identity-OfficialLanguages/STAGING/texte-text/roadmap2013-2018_1456958190186_fra.pdf (consulté le 10 septembre 2016), le gouvernement fédéral annonce que «Santé Canada continuera de collaborer avec les établissements postsecondaires en vue d'augmenter le nombre de professionnels de la santé bilingues partout au Canada» (p. 17).

paramètres de la présente contribution, le reste de l'analyse portera sur la première catégories d'ententes en matière linguistique : celles conclues entre les gouvernements provinciaux et Ottawa.

Les deux prochaines parties examinent dans quelle mesure des arrangements contractuels peuvent, dans les faits et juridiquement, « bonifier » ou « concrétiser » les droits linguistiques existants (II), ou, au contraire, les « mettre en péril » (III).

II. Créer ou bonifier des droits linguistiques par voie contractuelle ?

Les ententes fédérales-provinciales ont donc pour effet de « concrétiser » des droits « constitutionnalisés » ou de source législative et d'en assurer une certaine effectivité. Règle générale, au Canada, la pratique intergouvernementale est le fait d'une coopération « volontaire » entre gouvernements²³. Il appert néanmoins que dans certains cas, l'autorité fédérale doit conclure des ententes afin de respecter ses obligations en vertu de la *Loi sur les langues officielles* (A). Par ailleurs, les groupes minoritaires qui ne sont pas parties aux ententes fédérales-provinciales font face à des défis juridiques de taille lorsque les parties gouvernementales dérogent ou révisent leurs engagements « contractuels » (B).

A. La conclusion d'ententes intergouvernementales en matière linguistique : une obligation découlant de la Loi sur les langues officielles et fondée sur le pouvoir de dépenser ?

La partie VII de la *Loi sur les langues officielles* (LLO) impose à l'autorité fédérale de veiller à la promotion des langues officielles de manière « à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la so-

²³ Par opposition, par exemple, aux accords de coopération que les partenaires de la fédération belge ont une « obligation » juridique de conclure : Kevin MUNUNGU et Johanne POIRIER, «Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre "sources du droit" et "soft law" », dans Isabelle HACHEZ, Hugues DUMONT, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2013, p. 887.

ciété canadienne²⁴». Depuis 2005, la *LLO* impose également aux institutions fédérales «de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en oeuvre cet engagement», une obligation qui est assortie d'un droit de recours judiciaire pour les groupes minoritaires²⁵.

Clairement, l'intervention publique visant à promouvoir «l'épanouissement des minorités» ne peut être restreinte aux compétences exclusivement fédérales. Des mesures en matière d'éducation, de services publics, de développement économique, d'emploi, d'immigration etc. s'avèrent essentielles. Or, une large frange – et dans certains cas, la totalité – de telles mesures relèvent des compétences législatives des provinces. La *LLO* ne prétend pas remettre en cause la répartition des compétences (ce qu'elle ne pourrait évidemment pas faire). L'article 41 (2) précise d'ailleurs qu'«il demeure entendu» que la mise en œuvre de mesures «positives» visant l'épanouissement des minorités linguistiques «se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces».

Dès lors, l'autorité fédérale doit avoir recours à son «pouvoir de dépenser» pour financer directement des initiatives communautaires ou pour conclure des ententes avec les provinces afin d'associer ces dernières à l'élaboration ou à la mise en œuvre de programmes visant cet «épanouissement» minoritaire²⁶. Le pouvoir de dépenser permet à un ordre de gouvernement de financer des initiatives dans un domaine qui relève des compétences d'un autre ordre de gouvernement, mais non pas de légiférer de manière détaillée afin de réellement régler le domaine en question²⁷. Par conséquent, les partenaires fédéraux empruntent fréquemment la voie *contractuelle* pour structurer tant les engagements concrets des

²⁴ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.), art. 41 (1). Voir Serge ROUSSELLE, «Les 40 ans de la *Loi sur les langues officielles*: de l'individuel au collectif», dans Rodrigue LANDRY et Jack JEDWAB (dir.), *Life after Forty: Official Languages Policy in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2011, p. 103.

²⁵ *Loi sur les langues officielles*, préc., note 24, art. 41 (2).

²⁶ Robert B. ASSELIN, «Section 41 of the *Official Languages Act*: Scope, Evolution and Implementation Framework», Bibliothèque du Parlement <http://www.loppar.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb019-e.htm#INTRODUCTION> (consulté le 12 septembre 2016); Pierre FOUCHER, «Qui peut le plus peut le moins: fédéralisme et droits linguistiques au Canada», dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER (dir.), *Languages, Constitutionalism and Minorities*, Markham, LexisNexis Canada, 2006, 325-349, p. 339.

²⁷ Andrew PETTER, «The Myth of the Spending Power Revisited», (2008) 34 *Queen's Law Journal* 163-173.

provinces (et parfois des groupes communautaires) que les engagements financiers de l'autorité fédérale.

Or, comme nous venons de le voir, depuis 2005, l'obligation incombant aux autorités fédérales d'adopter des mesures positives afin de promouvoir l'épanouissement des minorités linguistiques peut faire l'objet d'un recours devant les tribunaux²⁸. Ainsi, en vertu de la *LLO*, le défaut d'agir de l'ordre fédéral pourrait faire l'objet d'un recours judiciaire, et ce, même lorsque les mesures outrepassent les compétences fédérales ! Il s'agirait, en quelque sorte, d'une obligation de source *législativ*e d'exercer le pouvoir fédéral de dépenser. Dans certains cas, l'on assisterait ainsi à une quasi obligation de recourir à des ententes intergouvernementales afin d'arrimer cette obligation fédérale d'une part, aux compétences législatives provinciales, d'autre part²⁹.

À titre d'exemple, des ententes « verticales » visent à favoriser l'apprentissage du français et de l'anglais langue seconde, mais également à « aider » les provinces à assurer l'instruction dans les langues minoritaires³⁰. Dans le premier cas, l'autorité fédérale a recours à son pouvoir de dépenser pour mettre en œuvre une obligation émanant de la *LLO*, et non pas une obligation de source constitutionnelle. Dans le second, l'autorité fédérale « encourage » les provinces à remplir leurs propres obligations constitutionnelles, issues de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il en va de même des arrangements « contractuels » qui apportent un soutien fédéral à l'offre de services en langue minoritaire par les provinces. Ce type de financement peut intervenir lorsqu'une province a une

²⁸ Le plaignant doit avoir, au préalable, saisi le Commissaire aux langues officielles : *Loi sur les langues officielles*, préc., note 24, art. 77 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « La Loi sur les langues officielles », en ligne : osez-dare.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1399657828890/1399657895350 (consulté le 12 septembre 2016).

²⁹ J'écris « quasi » puisque l'autorité fédérale peut toujours simplement « financer » des programmes – même exorbitants de ses compétences législatives – sans recourir à des accords avec les provinces titulaires des compétences. À noter qu'au Québec, aucune institution publique, scolaire, ou municipale ne peut accepter du financement fédéral sans avoir au préalable obtenu le consentement du gouvernement québécois : *Loi sur le Ministère du Conseil Exécutif*, RLRQ, c. M-30, art. 3.11-3.13. Ce dernier exigera donc fréquemment la conclusion d'une entente plus globale. L'opacité de tous ces arrangements rend très périlleuse toute généralisation au sujet des mécanismes entourant ces pratiques de financement « direct ».

³⁰ M.-È. HUDON, préc., note 18, p. 9.

obligation constitutionnelle de le faire³¹, ou lorsque ces services sont offerts de manière « volontaire » par les autres provinces ou territoires.

En somme, les ententes fédérales-provinciales en matière linguistique peuvent soit 1) concrétiser des droits constitutionnels (ex : instruction en langue minoritaire); 2) financer la mise en œuvre de droits issus de législations provinciales (ex. services sociaux ou de santé en français, ou enseignement de la langue seconde, y compris les programmes d'immersion); ou 3) structurer l'offre de services dans les langues minoritaires en l'absence de sources législatives provinciales en la matière.

Il importe de souligner que le recours par l'autorité fédérale à son pouvoir de dépenser dans un domaine de compétence provinciale ne fait pas basculer celui-ci dans la sphère des compétences fédérales. Ainsi, un programme financé par l'autorité fédérale, mais relevant des compétences provinciales, ne sera pas, *a priori*, assujéti aux autres obligations prévues par la *LLO*. En principe, le régime linguistique applicable à des services relevant de la compétence provinciale sera celui applicable à la province en question. Afin d'assurer que les services (de même que les communications etc.) soient réellement offerts dans les deux langues, les parties ont fréquemment recours à des « clauses linguistiques », insérées dans les ententes elles-mêmes.

Or, une clause linguistique ne peut être imposée à une province agissant dans sa sphère de compétences : elle ne peut être que « monnayée » en contre-partie d'une contribution fédérale. Ainsi que le démontre la prochaine sous-section, les minorités bénéficiant de telles clauses ne peuvent, dans ce cas, « accrocher » leur revendication à une obligation constitutionnelle ou législative et peuvent dès lors se retrouver « orphelines du droit ».

B. L'émergence de « droits » précaires par la voie contractuelle

L'analyse qui précède illustre le rôle que jouent les EIG dans la « concrétisation » des droits linguistiques, ou dans la promotion de services qui ne trouvent pas leurs sources dans des normes « traditionnelles de droit public », telle la constitution ou la loi. Comment qualifier les « droits » dont la source est uniquement contractuelle (et en général, l'expression du

³¹ L'on peut penser à un soutien aux obligations incombant au Nouveau-Brunswick et qui découlent des articles 16.1 de la *Charte*.

pouvoir fédéral de dépenser)? Les « bénéficiaires » de ces droits peuvent-ils s'adresser aux tribunaux pour en assurer la protection? Un législateur voit-il sa souveraineté parlementaire limitée par de tels engagements contractuels? Qu'en est-il des branches exécutives? Autrement dit, même à supposer que des « droits » puissent être issus d'arrangements de facture contractuelle, quelle serait leur place dans la hiérarchie des normes de droit public?

Les limites de la présente contribution ne permettent pas d'explorer de manière approfondie la question complexe du statut juridique alambiqué et controversé des ententes intergouvernementales³². Il suffit de noter qu'à une extrémité de « l'échelle de contractualité », certaines EIG ont un contenu obligationnel si ténu, que même contraignantes en droit, elles ne créeraient pas vraiment d'obligations « justiciables » dans le chef des parties contractantes. Ce serait le cas, par exemple, d'ententes d'échanges d'informations et de collaboration rédigées en termes très généraux³³. À cette même extrémité, l'on retrouve également les ententes dont une clause stipule expressément qu'elle ne créent aucune obligation de nature juridique³⁴.

À l'autre extrémité, l'on retrouve les ententes qui prévoient explicitement qu'elles sont de nature juridique ou « légale » ou qui ont toutes les apparences d'un contrat. C'est le cas notamment des ententes de contribution, qui disposent que la partie X s'engage à réaliser une tâche pré-

³² Sur cette question, voir J. POIRIER, 2002, préc., note 3; J. POIRIER, 2004, préc., note 3; J. POIRIER, 2009, préc., note 3.

³³ Exemple : *Accord de coopération et d'échanges entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Manitoba en matière de francophonie*, 18 janvier 2016, en ligne : www.saic.gouv.qc.ca/francophonie-canadienne/politique/accords-cooperation/accord-manitoba.pdf (consulté le 20 septembre 2016).

³⁴ Certaines ententes fédérale-communautés stipulent expressément qu'elles ne constituent pas des contrats et qu'elles ne confèrent « pas de droits ou d'obligations d'ordre juridique aux parties » : exemple art. 1 (31) de l'*Entente Canada-Communauté francophone de l'Ontario*, octobre 2010, en ligne : www.pch.gc.ca/DAMAssetPub/DAM-pgmLo-olPgm/STAGING/texte-text/ententecollaboration2010_1373394554022_fra.pdf?WT.contentAuthority=10.1 (consulté le 12 septembre 2016). D'autres, par contre, établissent expressément une « relation contractuelles » entre Patrimoine canadien et des organismes communautaires. Ainsi, le même paragraphe de l'entente précédente dispose que l'« instrument *légal* est l'Accord de contribution par lequel Patrimoine canadien établit une relation *contractuelle* avec les organismes pour produire des livrables et atteindre des résultats attendus » (soulignements ajoutés).

cise, en échange du financement par la partie Y³⁵. Certaines spécifient qu'elles seront régies par le droit provincial, ce qui représente un indice du caractère «juridique» des engagements³⁶. La vaste majorité des ententes (ou des clauses particulières de ces ententes) tombe dans une zone grise entre ces extrémités. Ce sera, dans bien des cas, le sort des «engagements» pris par les parties gouvernementales en faveur des minorités linguistiques.

Même en tenant pour acquis qu'une EIG particulière crée des obligations de nature juridique entre les parties gouvernementales contractantes, les individus ou groupes minoritaires qui voudraient saisir les tribunaux au motif qu'un engagement «en leur faveur» n'est pas respecté feraient face à un autre obstacle d'ordre juridique. En effet, en droit – et sauf exceptions – les «contrats» ne lient que les parties qui les ont conclus³⁷.

³⁵ Évidemment, dans le cas de contrats conclus par les autorités publiques, les engagements de financement sont conditionnés à l'approbation des fonds par les assemblées législatives. Cette condition n'enlève rien au caractère juridique du contrat : il en va de même pour tout contrat conclu par les gouvernements.

³⁶ Voir art. 12.13 du *Protocole d'entente relatif à l'enseignement de la langue de la minorité et à l'enseignement de la langue seconde 2013-2014 à 2017-2018 conclu entre le Gouvernement du Canada et le Conseil des ministres de l'Éducation (Canada)*, préc., note 16, et à titre d'exemple parmi les ententes bilatérales : art. 15.1 de l'*Entente Canada-Colombie-Britannique en matière de langues officielles pour les services en français*, préc., note 17.

³⁷ Il serait utile d'explorer la possibilité que des exceptions à l'effet relatif du contrat (et de son équivalent, «*the privity of contract*» en common law) puissent outiller les groupes minoritaires qui bénéficient de ces arrangements. Je pense notamment à la «stipulation pour autrui», prévue aux art. 1444-1450 du *Code civil du Québec* (ou à son quasi-équivalent en common law, la «*third party beneficiary rule*»). Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 559-564. À cet égard, il semblerait que le droit civil soit plus ouvert que la common law à la reconnaissance de droits aux tiers bénéficiaires d'un arrangement contractuel : Véronique WATTIEZ-LAROSE et Martin BOODMAN, *L'incorporation de concepts de Common law dans un contrat régi par les lois québécoises : pièges à éviter et subtilités qu'un conseiller d'entreprise doit connaître*, 2015, en ligne : www.barreaudmontreal.qc.ca/sites/default/files/presentation-wlarose_boodman_20151201_0.pdf (consulté le 20 septembre 2016). De plus, le droit canadien semble être plus restrictif que le droit américain ou anglais au sujet de la règle du «*privity of contract*», sauf au Nouveau-Brunswick qui a légiféré pour l'abroger (John D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, Toronto, Irwin Law, 2012, p. 307-308). Ceci pourrait expliquer pourquoi la règle n'a

Schématiquement, l'on pourrait dire qu'une entente ne peut créer un droit d'ordre général (« *erga omnes* »), mais uniquement des droits de nature contractuelle entre les parties (« *inter partes* »). Une jurisprudence – pas toujours linéaire – démontre que les « tiers » ne peuvent, en général, exiger qu'une entente soit respectée³⁸. Seules les parties signataires ont le « droit » d'en exiger l'exécution.

Autrement dit, par le truchement d'une entente, les gouvernements peuvent s'engager à offrir ou à financer des services à destination des minorités linguistiques. Dans la mesure où les ententes sont mises en œuvre et respectées, ces « droits » viendront en effet concrétiser, bonifier, ou compléter les droits de nature constitutionnelle ou législative. Par contre, si les gouvernements décident d'abroger les ententes ou d'en modifier le contenu, les parties « tierces » ne pourraient, *a priori*, pas saisir les tribunaux pour « protéger » leurs « droits ». Il en va de même si les parties gouvernementales interprètent leur entente d'une façon qui semble douteuse aux « bénéficiaires ». Étant « hors du contrat », les parties ne peuvent en exiger l'interprétation ou l'exécution. On est donc, dans ce cas, devant des « droits » ayant un impact souvent fort concret sur le terrain, mais qui sont indéniablement fragiles sur le plan juridique³⁹. D'où l'utilisation des « guillemets » autour du terme « droits ».

Prenons le cas d'une entente fédérale-provinciale de financement, qui introduit, entre les parties, des obligations de nature juridique. Le fédéral s'engage à financer à concurrence de x \$ un service qui sera fourni par une province, à l'avantage d'un groupe linguistique minoritaire. Ce dernier n'est pas partie au « contrat » et il ne pourra, *a priori*, pas en contester l'interprétation, la modification, voire même la dénonciation⁴⁰.

pas été évoquée dans le contexte des ententes intergouvernementales, le droit public canadien étant largement régi par la common law (canadienne !).

³⁸ Dans une saga judiciaire ayant duré plus de vingt ans, M. Finlay, qui alléguait la violation par le Manitoba d'une entente fédérale-provinciale, a dû contester les décisions provinciales devant les tribunaux du Manitoba, et les décisions fédérales devant la Cour fédérale, pour aboutir, deux fois, devant la Cour suprême... voir J. POIRIER, 2004, préc., note 3, chap. 4, section 4.1.3 et chap. 6, section 6.2.4.

³⁹ Une solution pourrait être de plaider qu'en n'exigeant pas une interprétation « optimale » d'une entente, le gouvernement fédéral contrevient à ses obligations de promouvoir l'épanouissement des minorités linguistiques, prévues par la Partie VII de la LLO.

⁴⁰ Un argument fondé sur l'effet d'encliquetage (« *stand-still* » ou « *ratcheting* ») des droits – qui interdirait le recul en matière de protection du droit des minorités – a,

La situation serait différente si l'entente en question était formellement « incorporée » par une norme législative de chacune des parties. La source formelle du « droit » en cause (et de l'obligation correspondante) serait alors la loi et non pas l'entente. Un individu affecté peut indéniablement contester une mesure exécutive ou administrative qui contrevient à une loi. Malheureusement, au Canada, de telles incorporations législatives d'engagements « contractuels » intergouvernementaux sont extrêmement rares. Cela étant dit, même dans l'hypothèse où une EIG devait être correctement « incorporée » par voie législative, les « droits légiférés » restent susceptibles d'abrogation unilatérale par le législateur qui les a introduits dans l'ordre juridique (fédéral ou provincial) en cause. En effet, en vertu d'une lecture maximaliste de la souveraineté parlementaire par la Cour suprême du Canada, une assemblée législative (fédérale ou provinciale) pourrait toujours légiférer à l'encontre d'une entente, ou la dénoncer de manière unilatérale⁴¹.

En somme, en vertu de l'effet relatif « des contrats », seules les parties contractantes peuvent faire valoir leurs droits devant les tribunaux. Ce qui laisse, dans le cas qui nous occupe, les minorités linguistiques fort vulnérables face aux (re)négociations et tractations entre gouvernements. Elles sont « étrangères » aux contrats qui leur assurent des services ou qui concrétisent leurs droits constitutionnels. *A priori*, le « droit » des contrats les laissera désarmées⁴². Leurs options sont alors d'ordre politiques (lobbying, manifestations, dénonciation dans les médias, etc.). Néanmoins, comme nous le verrons dans la section suivante, certains juges tentent de

jusqu'à maintenant, été rejeté par les tribunaux : *Lalonde c. Commission de restructuration*, [2001] 56 R.J.O. (3^e) 577 (Ont. C.A.), P. FOUCHER, préc., note 9, p. 839, note 209.

⁴¹ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 693 (abolition du registre des armes à feu). Pour une discussion de l'impact de la souveraineté parlementaire sur le fédéralisme coopératif, voir Johanne POIRIER, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire ? », (2015) 45 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 47, 80-101 (ci-après « J. POIRIER, 2015 »).

⁴² Pour rappel, cette précarité est réduite lorsque les ententes sont « transformées » par une « incorporation » par voie législative. Mais cette forme de transformation des sources est, étonnamment rare. Autrement dit, le schéma le plus fréquent (et celui qui nous intéresse ici) est celui des « droits » qui seraient générés par voie contractuelle, et qui souffrent de précarité juridique.

mobiliser d'autres doctrines juridiques pour palier cette « exclusion » des minorités linguistiques des mécanismes de défense de leurs droits.

III. Porter atteinte aux droits linguistiques par voie contractuelle ?

À première vue, il semble incontestable que les droits constitutionnalisés ne peuvent être « marchandés » par les autorités étatiques par le biais d'un arrangement coopératif. Il en va de même des droits légiférés. Autrement dit, et à titre d'exemple, il est peu probable que l'on trouve une EIG stipulant explicitement qu'une province n'a pas l'obligation d'offrir l'instruction à une minorité linguistique qui soit de qualité équivalente à celle garantie à la majorité.

Une éventuelle réduction de droits linguistiques prendrait plutôt une voie de traverse, beaucoup moins visible. Ici, deux cas de figure méritent d'être distingués. Dans certains cas, le recul d'un « droit » linguistique procéderait d'un consentement entre les parties gouvernementales contractantes (A). Dans d'autres cas, ce recul pourrait intervenir « par inadvertance » (B).

A. La (re)négociation d'une entente à laquelle les bénéficiaires ne sont pas parties

L'on a vu que les tiers bénéficiaires qui ne sont pas parties à un « contrat » de nature intergouvernemental ne peuvent, en principe, pas en contester l'interprétation, la mise en l'œuvre, ou en exiger l'exécution. D'autres doctrines juridiques pourraient-elles palier cet impact du droit des contrats ?

C'est ce qu'a tenté de faire, de façon fort créative, un juge yukonais confronté à l'impact négatif de « l'effet relatif d'une EIG »⁴³. En l'occurrence, un protocole était intervenu entre Ottawa et le gouvernement du Yukon afin de répondre à un double objectif. Premièrement, un financement fédéral visait à aider le Yukon à rendre effective son obligation de fournir l'instruction en langue minoritaire découlant de l'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Deuxièmement, le financement fédéral contribuait à concrétiser sa propre obligation (résultant de la *LLO*) de promouvoir l'épanouissement des minorités linguistiques de langue officielle

⁴³ *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. P.G. du Territoire du Yukon*, 2011 YKSC 57.

et la promotion des deux langues officielles du Canada. La même entente de contribution avait donc à la fois pour objet de soutenir les écoles de la minorité francophones, et les écoles d'immersion française au Yukon.

Or, une clause de l'entente prévoyait la possibilité d'un transfert entre l'enveloppe destinée à l'enseignement dans la langue de la minorité et celle destinée aux écoles d'immersion (qui sont davantage fréquentées par des anglophones). Un transfert, donc, entre le soutien au respect d'un droit constitutionnalisé et le soutien à un droit de source législative. Le Yukon formule une demande de transfert entre ces enveloppes, à laquelle le gouvernement fédéral accède. Il existe une controverse quant à savoir si la minorité franco-yukonaise avait été informée. Elle n'avait pas, en tout état de cause, été consultée. Le juge Ouellette, de la Cour suprême du Yuko est confronté au texte explicite de l'entente qui autorise le transfert, si les deux gouvernements sont d'accord. Le droit des contrats n'offre alors aucune protection à la minorité francophone qui n'est pas partie à l'entente.

Afin de contourner le problème issu de la « relativité du contrat » le juge invoque « l'obligation fiduciaire » de *common law* qui incomberait aux parties gouvernementales, en faveur de la minorité francophone. Traçant notamment une analogie avec les obligations fiduciaires qui incombent à la Couronne envers les peuples autochtones, le juge soutient que les gouvernements se doivent de tenir compte des intérêts de la minorité linguistique⁴⁴. L'une des conditions de l'émergence d'une obligation fiduciaire est l'existence d'un devoir de loyauté⁴⁵. Or, pour le juge Ouellette, un tel devoir, envers les minorités linguistiques, découle de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶ (auquel on pourrait adjoindre le principe constitutionnel non-écrit du respect des minorités)⁴⁷.

⁴⁴ La Cour cite d'ailleurs *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 à l'appui de son raisonnement.

⁴⁵ *Galambos c. Perez*, [2009] 3 R.C.S. 247.

⁴⁶ *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. P. G. du Territoire du Yukon*, préc., note 43, par. 824-868.

⁴⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 4, par. 79-82. Le juge Ouellette cite également *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, [2011] 2 R.C.S. 261, qui érige certains obstacles à la reconnaissance d'obligations fiduciaires dans le chef des autorités publiques (notamment, l'État doit servir l'intérêt public, et non pas, en principe, un groupe particulier). Or, en l'espèce, l'intérêt public semblerait coïncider avec l'obligation constitutionnelle émanant de l'article 23 de la *Charte*.

L'affaire a été portée devant la Cour d'appel du Yukon et devant la Cour suprême, où la question de fond n'a pas été traitée, le dossier ayant malheureusement essentiellement porté sur des allégations de partialité du premier juge⁴⁸. Si elle avait fait jurisprudence (ce qui n'est pas le cas en raison du sort qui lui a été réservé en appel), cette décision aurait, au minimum, jeté les bases de la reconnaissance d'une obligation de consulter les minorités linguistiques lorsque la révision d'arrangements intergouvernementaux affecte leurs intérêts⁴⁹.

Cette affaire illustre l'importance d'identifier correctement la source juridique des droits linguistiques et de comprendre la fragilité de « droits » qui tirent leur origine d'une EIG plutôt que d'une norme législative ou constitutionnelle. Elle souligne également le besoin de faire preuve d'inventivité juridique afin de restreindre l'impact potentiellement négatif de certaines doctrines juridiques pour certains groupes minoritaires. Enfin, elle met en exergue l'intérêt qu'ont ces derniers à être parties prenantes aux EIG si possible, ou, du moins, à s'assurer que les EIG comportent des clauses imposant aux gouvernements des obligations d'information, de consultation, voire de consentement, des groupes minoritaires.

⁴⁸ La Cour d'appel évoque la question des obligations fiduciaires mais sans se prononcer sur le fond : *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. Yukon (P.G.)*, 2014 YKCA 4, par. 62-29 et 108-115. Pour sa part, la Cour suprême n'aborde pas cette question : *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. Yukon (P.G.)*, [2015] 2 R.C.S. 282. Par contre, dans *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, aux par. 104-107, les juges majoritaires rejettent de façon sommaire un argument fondé sur une éventuelle obligation fiduciaire dans le chef des autorités publiques à l'endroit de la minorité francophone de l'Ouest, au motif que la jurisprudence évoquée (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, préc., note 47) ne visait que des contextes de droit privé. La majorité évoque ensuite des obligations fiduciaires envers les Métis simplement pour affirmer, sans analyse, qu'une telle obligation n'existe pas en l'espèce. Les juges dissidents évoquent l'importance de tenir compte de l'intérêt des minorités dans l'interprétation constitutionnelle (par. 237), mais n'évoquent pas un devoir fiduciaire.

⁴⁹ Au sujet d'une obligation de consulter qui s'inspirerait des droits autochtones, voir : Serge ROUSSELLE, « Modifications à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* : l'obligation de consulter », (2007) 9 *Revue de la common law en français* 183, 185-194.

B. La restriction des droits par inadvertance : les effets imprévus (mais prévisibles) d'ententes intergouvernementales n'ayant – a priori – pas de lien avec les questions linguistiques

Comme nous l'avons vu, il est peu plausible que les gouvernements concluent des EIG formelles pour *explicitement* restreindre les droits linguistiques existants⁵⁰. L'exemple de la Commission scolaire du Yukon démontre, par contre, que les gouvernements peuvent se préserver des marges de manœuvre pour reprendre en partie des « droits » qu'ils créent ou bonifient par voie contractuelle. La présente section aborde une autre dimension de l'impact du fédéralisme coopératif sur les droits linguistiques, soit les conséquences imprévues de mécanismes coopératifs élaborés dans des domaines de politique publique qui n'ont, *a priori*, rien à voir avec les questions linguistiques⁵¹. Ces conséquences pour les minorités linguistiques peuvent n'apparaître qu'une fois le régime coopératif mis en place.

Il existe au Canada, comme dans tous les systèmes fédéraux, une grande diversité de mécanismes de coopération intergouvernementale⁵². Nous nous intéresserons ici à l'impact des délégations de pouvoirs administratifs par un ordre de gouvernement vers un autre, ou par des gouvernements vers une agence administrative commune. À cet égard, il importe de rappeler que l'architecture fédérale canadienne est essentiellement « dualiste » : en principe, les compétences exécutives et administratives « suivent » les compétences législatives⁵³. Selon la conception des compétences exclusives

⁵⁰ Ceci n'exclut évidemment pas des négociations informelles entre gouvernements pour adopter l'une ou l'autre position sur l'interprétation d'un droit dans le cadre d'une affaire judiciaire ou l'interprétation d'une entente intergouvernementale existante...

⁵¹ Michel DOUCET, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans M. BASTARACHE et M. DOUCET (dir.), préc., note 6, p. 1, aux pages 54-58.

⁵² Pour une discussion de ces mécanismes au Canada, voir Marc-Antoine ADAM, Joséé BERGERON, Marianne BONNARD, « Intergovernmental relations in Canada: competing visions and diverse dynamics », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 135.

⁵³ *Bonanza Creek Gold Mining Co c. Canada*, [1916] 3 J.C.J. (UKPC) 16, 29. Il existe deux exceptions à cette règle : en matière de conclusion de traités internationaux (lesquels peuvent être conclus par l'exécutif fédéral peu importe la matière) et de

qui fonde la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴, chaque ordre de gouvernement dispose donc d'un appareil «étatique» relativement autonome, avec des institutions législatives, exécutives (et en partie judiciaires) qui lui permettent d'élaborer et de mettre en œuvre ses propres politiques publiques. En bref, une fonction publique fédérale met en œuvre les lois fédérales, et une fonction publique provinciale met en œuvre le droit provincial, de manière essentiellement «cloisonnée»⁵⁵. Le contrôle parlementaire de l'exécutif et le contrôle judiciaire de l'action administrative d'un ordre de gouvernement sont assurés par les organes de ce même ordre.

Ce modèle subit des transformations par le truchement de ce qu'il est convenu d'appeler les «inter-délégations administratives». Celles-ci permettent au législateur d'un ordre de gouvernement de conférer à l'exécutif d'un autre ordre, l'autorité et la responsabilité de mettre en œuvre une politique publique relevant de la compétence législative du premier⁵⁶. Les exemples sont nombreux. Certains datent de l'après-guerre, d'autres sont plus récents. Les ordres de gouvernement ont recours à de tels «transferts» de compétences administratives pour limiter la duplication de services et rationaliser l'exercice de certaines de leurs compétences. Un exemple, parmi tant d'autres : l'autorité fédérale a délégué à des organes administratifs provinciaux la tâche de déterminer des quotas d'exportation de certains produits agricoles, afin que les provinces puissent articuler ces quotas à ceux visant la production et la distribution «intra-provinciale». Cette délégation évite notamment aux producteurs de devoir transiger avec deux administrations distinctes.

droit criminel (les règles substantielles et procédurales relevant de l'autorité fédérale, alors que leur mise en œuvre incombe aux provinces).

⁵⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁵⁵ Sur cette question, et sur la différence entre les systèmes fédéraux «dualistes» et «intégrés ou administratifs», voir J. POIRIER, préc., note 41, partie I; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, «From Dualism to Cooperative Federalism, and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism», dans Peter OLIVER et Nathalie DESROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitutional Law*, Oxford University Press, 2017.

⁵⁶ Ces mécanismes ont été maintes fois validés : *P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Fédération des producteurs de volaille c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292.

Or, pour rappel, les compétences en matière linguistique sont « accessoires » aux compétences législatives (et exécutives) principales. Que se passe-t-il lorsque l'exercice d'une compétence principale est délégué par un ordre de gouvernement à un autre ?⁵⁷ Quel régime linguistique (fédéral ou provincial) s'appliquera ? Trois décisions judiciaires illustrent que la question n'est ni anodine, ni théorique.

La première s'inscrit dans un processus élaboré dans les années 1990, par lequel le gouvernement fédéral a procédé à une série de « dévolutions » de compétences vers les provinces, dans un but affirmé de rationalisation⁵⁸. Dans l'affaire des *contraventions*⁵⁹, Ottawa avait délégué à certaines provinces (et dans certains cas à des municipalités) la responsabilité d'émettre des constats d'infractions commises sur des routes ou des ponts relevant de la compétence fédérale. De cette façon, la police « locale/provinciale » assurerait dorénavant la sécurité routière régulière tant sur un « tronçon » de route ou de pont fédéral situé en territoire provincial que sur ce dernier.

En Ontario, l'arrangement était structuré par le biais d'une série d'EIG, dont une « verbale » (non-signée)⁶⁰. La question s'est posée de savoir si les obligations incombant au gouvernement fédéral en vertu de la *LLO* et de la *Charte* devaient s'appliquer intégralement pour les infractions « fédérales » constatées par la province, ou si le régime entier serait assujéti au régime linguistique provincial (moins protecteur pour les francophones). La Cour a statué que peu importe la valeur juridique de l'entente

⁵⁷ La délégation de compétences législatives d'une assemblée législative vers une autre n'est pas permise (*A.G.N.S. c. A.G. Canada*, [1951] R.C.S. 31). Pour les fins du présent exercice, nous examinerons l'impact du transfert de compétences exécutives et administratives.

⁵⁸ Sur ce processus dans le domaine de la formation de la main d'œuvre, par exemple, voir Johanne POIRIER, « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel* 355, aux pages 409-415. Le Québec soutenait qu'il s'agissait d'un retrait du gouvernement fédéral d'un domaine de compétence provinciale précédemment « envahi » *via* le pouvoir fédéral de dépenser et non d'une délégation de compétences administratives de la part de l'autorité fédérale.

⁵⁹ *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)*, [2001] 194 F.T.R. 181, 2001 CFPI 239; V. GRUBEN, préc., note 6.

⁶⁰ En l'espèce, l'entente avait été mise en œuvre avant même d'avoir été signée, ce qui a généré un fort degré de perplexité de la part du juge qui tentait d'en établir la valeur juridique : *id.*, par. 193.

en cause (qui était nébuleuse), elle ne pouvait avoir pour effet de permettre au gouvernement fédéral d'échapper à ses obligations constitutionnelles et législatives de bilinguisme en matière de justice. Le juge a accordé un an aux parties pour trouver une façon d'assurer que les droits des francophones seraient respectés⁶¹.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Paulin*, la Cour suprême du Canada devait établir la source des obligations linguistiques de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) lorsque cette dernière agit à titre de police provinciale en vertu d'une entente intergouvernementale, comme c'est le cas dans huit des dix provinces⁶². Il s'agissait donc, en quelque sorte, d'une délégation dans le sens inverse.

Le litige émanait du Nouveau-Brunswick, et il s'agissait de déterminer si la GRC devait se conformer à la *LLO* (puisque'il s'agit d'une institution fédérale) ou au droit néo-brunswickois, y compris les garanties prévues par la *Charte canadienne* relativement au Nouveau-Brunswick. La Cour d'appel fédérale avait statué que les obligations de la GRC étaient de nature contractuelle. Les plaignants affirmaient, au contraire, que la source était de nature constitutionnelle. La Cour suprême ne tranche pas réellement la question. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Bastarache considère que :

ces deux types d'obligations ne s'excluent pas mutuellement. C'est par le biais de l'entente, en participant à une fonction gouvernementale du Nouveau-Brunswick, que la GRC se voit imposer des obligations constitutionnelles en vertu du par. 20 (2) de la *Charte* [...]. Je ne vois aucune nécessité de prévoir explicitement dans l'entente l'obli-

⁶¹ À noter que dans cette affaire, le Commissaire aux langues officielles soutenait que les « clauses linguistiques » devraient être incluses dans la loi fédérale sur les Conventions et non pas dans les ententes spécifiques (par. 34), sans doute afin de leur conférer une valeur juridique plus solide, et de les assortir d'une voie de recours plus claire.

La Feuille de route pour les langues officielles du Canada 2013-2018, préc., note 22, p. 18, mentionne la contribution financière dans le cadre de la mise en œuvre provinciale de cette loi.

⁶² *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 383 (affaire *Paulin*).

gation au bilinguisme, qui est de toute façon constitutionnellement requise⁶³.

Autrement dit, la Cour conclut qu'en vertu de l'entente, la GRC agissait sous l'autorité du ministre provincial, en tant que police provinciale. Elle devait donc respecter les droits linguistiques (plus généreux) du Nouveau-Brunswick⁶⁴. En l'espèce, même si l'entente intergouvernementale ne comportait pas de clause linguistique spécifique, la GRC se devait d'offrir les services dans les deux langues officielles, en vertu du régime linguistique – plus généreux – provincial. En somme, lorsqu'un organisme (ici, fédéral) exerce des pouvoirs délégués (par une province), il doit assumer les obligations qui incombent au titulaire (provincial) de la compétence.

Cela dit, la Cour souligne que la GRC constitue toujours, malgré ces délégations, un organisme fédéral, assujéti aux obligations de l'autorité fédérale en matière de droits linguistiques. Il peut donc s'agir d'obligations tirant leur origine du paragraphe 20 (1) de la *Charte* (qui impose le bilinguisme aux institutions fédérales) ou de la *Loi sur les langues officielles*. Par conséquent, si un litige similaire avait émané de l'Alberta ou de la Colombie-Britannique, où les droits linguistiques provinciaux sont beaucoup plus restreints, la GRC aurait néanmoins été obligée d'offrir les services en français⁶⁵.

Dans le troisième arrêt, la Cour suprême a statué qu'un délégué agissant « pour le compte » du gouvernement fédéral doit assumer les mêmes

⁶³ *Id.*, par. 23. La Cour reconnaît ainsi une valeur juridique très importante (une source d'obligations constitutionnelles !) à une entente dont la conclusion avait été *autorisée (a priori)* par des lois fédérale et provinciale (par. 13), mais qui n'avait pas formellement été « incorporée » (*a posteriori*) dans les ordres juridiques fédéral et provincial. Or, la jurisprudence antérieure de la Cour sur les mécanismes permettant de conférer une valeur supra-législative à une EIG requiert une telle incorporation : sur cette question, voir J. POIRIER, 2002, préc., note 4 et J. POIRIER, 2009, préc., note 3.

⁶⁴ La différence majeure étant que selon la *LLO*, les services bilingues sont limités à certaines régions, alors que le droit applicable au Nouveau-Brunswick impose le bilinguisme à l'échelle du territoire provincial.

⁶⁵ Cette obligation aurait toutefois été modulée par les conditions prévues à l'article 20 (1) de la *Charte* : les obligations pouvant varier en fonction de la « vocation » du service en question, ou de l'importance de la « demande » que ce dernier soit offert en langue minoritaire.

obligations que ce dernier en ce qui a trait aux droits linguistiques minoritaires, y compris la mise à disposition du public des services de qualité égale (mais non pas nécessairement identiques)⁶⁶. Dans *Desrochers* – et par opposition à la situation dans *Paulin* – l'accord par lequel l'autorité fédérale transmettait des compétences administratives à un organisme provincial comportait une clause linguistique explicite. Le recours avait néanmoins été fondé sur la *LLO* plutôt que sur l'entente, la source législative étant toujours considérée comme étant plus solide qu'un fondement « contractuel⁶⁷ ».

Dans ces trois affaires, les tribunaux ont élaboré des solutions pour éviter que des régimes de coopération intergouvernementale ne visant pas directement les questions linguistiques (contraventions, police, développement économique) n'aient pour effet de restreindre les droits linguistiques des minorités. En somme, il semblerait que la jurisprudence actuelle garantisse le régime le plus favorable aux minorités linguistiques, lorsque les gouvernements fédéraux et provinciaux se « transfèrent » l'exercice de compétences constitutionnelles. On peut s'en réjouir : le fédéralisme coopératif n'entraînerait pas nécessairement un recul des droits linguistiques. Il pourrait même l'améliorer, dans la mesure où la *LLO* pourrait trouver application dans certaines provinces qui assument des compétences administratives déléguées par Ottawa.

⁶⁶ *DesRochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194, par. 3, 51-55. Dans sa décision, la Cour d'appel fédérale avait affirmé « qu'une simple contribution financière du gouvernement fédéral à un tiers pour des services qu'il rend et qui ne sont pas des services offerts par une institution fédérale ou dans le cadre d'un programme gouvernemental fédéral n'engage pas l'application de l'article 25 de la *LLO* » : *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2007] 3 R.C.F. 3 (CAF), par. 54. Cette affirmation, non commentée par la Cour suprême, suggère que le versement de subventions visant à aider un organisme à mettre sur pied un programme n'entraînerait pas une obligation pour le récipiendaire de respecter la *LLO*, au contraire de la délégation, à ce même organisme, d'un programme pré-existant...

⁶⁷ Une conclusion similaire peut être tirée de l'affaire *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 34 qui portait sur l'effet de la privatisation de services fédéraux (il ne s'agissait donc pas d'un contexte inter-gouvernemental). La Cour suprême a statué que l'autorité fédérale ne pouvait esquiver ses obligations en vertu de la *LLO* en transférant des services administratifs à des organismes privés. Ces derniers demeuraient donc assujettis à la *LLO*.

Néanmoins, la multiplication des arrangements coopératifs (renforcée notamment par la jurisprudence de Cour suprême qui favorise un fédéralisme de chevauchement⁶⁸) engendre une nécessité accrue de vigilance et d'activisme de la part des groupes minoritaires. Cette vigie est essentielle afin d'assurer que le régime linguistique qui leur est le plus favorable soit bien défendu, dans des contextes où les auteurs des mécanismes coopératifs portent généralement peu d'attention – voire, aucune – à cette question.

Pensons, par exemple, au régime coopératif en matière de valeurs mobilières que le gouvernement fédéral et certaines provinces tentent d'élaborer et dont la constitutionnalité a été remise en cause par la Cour d'appel du Québec⁶⁹. Le système repose sur un écheveau normatif complexe qui inclut une loi fédérale, des lois provinciales harmonisées (qui doivent, en réalité, être identiques), des règlements divers, et un protocole d'entente. Le système prévoit la création d'un organe pan-canadien, l'Autorité de réglementation des marchés des capitaux (ARMC) qui aurait son siège social à Toronto, mais avec des bureaux dans chacune des provinces (ou régions) participantes. Les fonctionnaires provinciaux actuellement responsables de la régulation des valeurs mobilières seraient transférés à cet organe pan-canadien, qui exercerait conjointement des compétences déléguées par l'autorité fédérale et par les provinces.

Quel régime linguistique s'appliquera dans ces cas? L'article 9.5 du Protocole d'accord – qui constitue le pivot de cet arrangement complexe – dispose que: «Les activités de l'ARMC dans une administration

⁶⁸ Voir, entre autres, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24-42 et 77-78; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge*, [2007] 2 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 61; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 63; *Natin Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256; Eugénie BROUILLET, «Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs», (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel*; POIRIER, 2015, préc., note 41.

⁶⁹ *Dans l'Affaire du Décret 642-2015 du Gouvernement du Québec concernant le renvoi relatif à la réglementation pancanadienne de valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756 <https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2017/2017qcca756/2017qcca756.html>. Au moment d'aller sous presse, les Procureurs-généraux ont introduit une demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada.

provinciale ou territoriale participante seront menées en conformité avec la législation sur les langues officielles de cette administration⁷⁰ ».

Or, dans la mesure où l'ARMC devrait mettre en œuvre tant du droit fédéral que provincial, l'on pourrait certainement soutenir que la *LLO* devrait s'appliquer à l'échelle du Canada (ou du moins, dans toutes les provinces participant au régime)⁷¹. En effet, l'autorité fédérale ne peut, par le truchement d'une entente, abdiquer les obligations qui lui incombent en vertu de la *LLO*. Ainsi, cette dernière s'appliquerait en matière de régulation des valeurs mobilières en Colombie-Britannique, en Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon, du moins en ce qui a trait à la portion du mandat de l'ARMC liée aux compétences fédérales. De la sorte, le régime pourrait théoriquement avoir pour effet d'améliorer les services en français dans plusieurs provinces.

L'on perçoit bien que ce n'était pas l'intention des signataires du protocole, qui souhaitaient vraisemblablement protéger une forme de *statu quo* linguistique. En effet, tel que rédigé, le Protocole semble plutôt mettre en place un régime qui restreint de manière inconstitutionnelle les droits linguistiques, en contradiction avec la jurisprudence que nous venons d'évoquer.

Conclusion

Au Canada, certains droits linguistiques sont constitutionnalisés, d'autres trouvent leur source dans des normes législatives. Certains aménagements linguistiques ont des fondements juridiques plus flous et plus précaires. Les membres de la fédération ont recours à des ententes intergouvernementales afin de « concrétiser » ou de « bonifier » certains droits linguistiques. Cette « bonification » peut être substantielle, mais précaire, dans la mesure où leur base « contractuelle » peut être révoquée, même unilatéralement par l'une des parties gouvernementales. Les groupes minoritaires « bénéficiaires » de ces aménagements d'ordre contractuel sont

⁷⁰ *Protocole d'accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux*, 2015, en ligne : ccmr-ocrmc.ca/wp-content/uploads/moa-04162015-fr.pdf (consulté le 12 septembre 2016).

⁷¹ À l'exception du Nouveau-Brunswick, où le droit applicable est plus « généreux » que le droit fédéral envers les francophones : voir discussion de l'affaire *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, préc., note 62.

«étrangers» au contrat et ne peuvent exiger le respect de celui-ci, ou en contester la modification, devant la justice.

En réponse à cette «dure réalité» du droit contractuel, certains juges ont tenté de protéger les groupes minoritaires en évoquant des obligations fiduciaires dans le chef des autorités gouvernementales. Mais cette jurisprudence créative n'a pas – pour le moment – eu d'échos marquants. En somme, le mécanisme contractuel ne permet sans doute pas de créer des «droits linguistiques» qui auraient une assise juridique aussi solide que les sources traditionnelles du droit public. Mais il permet de concrétiser ces droits, de les «bonifier», de les rendre effectifs.

Par ailleurs, la voie contractuelle intergouvernementale ne peut être empruntée pour – directement – porter atteinte aux droits linguistiques ayant un fondement constitutionnel ou législatif. Toutefois, l'expérience démontre que les mécanismes d'inter-délégation et autres aménagements coopératifs, qui reposent sur des ententes intergouvernementales, peuvent brouiller les cartes en ce qui a trait aux régimes linguistiques applicables. À ce stade, il appert que la jurisprudence (fort limitée) en la matière ait pour effet de garantir le régime linguistique le plus favorable aux minorités linguistiques. En principe, une interprétation libérale et téléologique des droits linguistiques, couplée au principe non-écrit du droit des minorités, devrait faire en sorte qu'en réaménageant l'exercice de leurs compétences administratives et exécutives, les gouvernements ne puissent réduire la protection linguistique dont bénéficient les minorités dans le schéma dualiste classique.

Cette jurisprudence «protectrice» ne règle pas tout, cependant. En effet, le fédéralisme coopératif affecte pratiquement tous les domaines de politiques publiques au Canada. La délégation de tâches administratives, l'exercice conjoint de compétences et la création d'agences intergouvernementales accroissent l'opacité de la gestion des affaires publiques. Ces mécanismes – qui visent l'efficacité administrative – ont pour conséquence de créer des zones d'ombre en matière de répartition de compétences, de régimes linguistiques applicables, d'imputabilité politique et de contrôle judiciaire de l'action administrative.

Le fédéralisme coopératif de manière générale pose un défi aux divers mécanismes de contrôle (parlementaire, judiciaire, politique) du système fédéral canadien. Ces mécanismes ont été conçus selon un schéma «dualiste» (chaque ordre de gouvernement pour soi) et perdent leur efficacité dans les contextes de compétences superposées ou enchevêtrées.

Pour les minorités linguistiques au Canada, le fédéralisme dualiste « classique » a eu pour conséquence la multiplication de régimes linguistiques asymétriques. Sauf dans les sphères qui relèvent de l'autorité fédérale – ou qui sont protégés par la Constitution – il en résulte une très forte « provincialisation » de ces droits. Il existe au Canada, treize régimes linguistiques différents. Ce système est complexe, mais a la vertu d'une certaine clarté : en *principe*, on devrait savoir quelles règles s'appliquent dans quel contexte, sur quel territoire. Cette clarté (relative) s'estompe avec le fédéralisme coopératif. Les transferts de compétences, les inter-délégations et les programmes conjoints ont pour but (souvent louables) de promouvoir l'efficacité des services publics et de limiter les doublons. Cette pratique a toutefois des effets collatéraux, souvent imprévus (quoique sans doute prévisibles). Lorsqu'ils mettent sur pied un régime coopératif, les fonctionnaires des ministères des transports, ou de l'industrie ou de la santé visent à articuler l'exercice de compétences fédérales et provinciales sur le terrain, dans le domaine de prédilection. Ils ne sont pas spécialistes des droits linguistiques.

Les minorités linguistiques doivent dès lors faire preuve d'une attention et d'une vigilance constantes, afin d'éviter que des tractations intergouvernementales ne les excluent et ne réduisent leurs droits (ainsi que l'illustre l'affaire scolaire au Yukon). Ou pour empêcher que des spécialistes de politiques publiques n'élaborent des systèmes coopératifs ayant un impact imprévu sur les droits linguistiques (*Affaire des contraventions, Paulin*, voire, le nouveau régime coopératif relatif aux valeurs mobilières).

Bref, les minorités linguistiques doivent être à l'affût de négociations qui leur échappent, non seulement dans les domaines qui les touchent expressément, directement et prioritairement (écoles, services de santé, administration), mais dans des sphères beaucoup moins évidentes (les contraventions, le marché des capitaux...). Or, ces négociations sont souvent opaques. Elle ne sont assujetties à aucune obligation de consultations, de publication ou de débats publics. Exercer une telle vigilance, dans un tel contexte, nécessite des ressources qui font cruellement défaut dans bon nombre de communautés minoritaires, qui se battent pour « l'essentiel ». Quand on veut protéger le droit d'instruire ses enfants en français, peut-on consacrer du temps à tenter de débusquer les négociations intergouvernementales qui se déroulent quasi toujours à l'abri du public ?⁷²

⁷² Le présent texte traitant essentiellement des ententes inter-gouvernementales, il n'a pas abordé les questions de statut juridique des ententes entre un gouvernement (ou

Cette vigilance devrait donc être partagée. Des règles explicites entourant la négociation, la rédaction et la mise en œuvre d'ententes intergouvernementales devraient être élaborées. Ces règles devraient systématiquement aborder la question de l'impact d'un régime envisagé sur le droit des minorités linguistiques. À court et moyen terme, il serait peut-être utile que le Commissaire aux langues officielles soit systématiquement saisi de l'importance de clarifier les règles relatives au régime linguistique applicable, lorsque les ordres de gouvernement choisissent de coopérer. Ainsi, les minorités linguistiques de langue officielle ne feraient pas les frais du fédéralisme « contractuel » sur lequel se construisent de plus en plus de politiques publiques au Canada.

plusieurs) d'une part, et des communautés, des associations, des fournisseurs de services d'autre part. L'on pourrait soutenir que leur participation en tant que partie contractantes à de telles ententes pourrait peut-être réduire la précarité de leurs « droits », mais uniquement dans la mesure où les ententes elles-mêmes franchiraient le « seuil de juridicité », c'est-à-dire, qu'il s'agirait de réels contrats de nature juridique.

Partie III

LA PRISE EN COMPTE DE LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE ET CULTURELLE

Il existe une riche littérature portant sur la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse au Canada, à laquelle José Woehrling a beaucoup contribué. Aussi la partie III de ces *Mélanges* est-elle consacrée à ce sujet qui a donné lieu, au cours de la dernière décennie, à de nombreux développements jurisprudentiels et à des débats passionnés dans l'opinion publique, autant au Canada, et particulièrement au Québec, que de l'autre côté de l'Atlantique.

Marie Mc Andrew se penche sur l'apport de José Woehrling, par l'entremise de ses travaux et avis pour Ministère de l'Éducation du Québec et ses organismes, à la définition des balises relatives à la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse en milieu scolaire, notamment en ce qui concerne la réponse aux demandes d'exemptions aux programmes, normes et pratiques des établissements émanant des élèves ou de leurs parents. Selon l'auteure, il s'agit du domaine où la contribution de Woehrling est la plus originale, peut-être parce que dans nombre de cas, en réponse aux besoins pressants de clarification du milieu, il a accepté de dépasser la simple description de la jurisprudence dans son état actuel en s'engageant dans des analyses prospectives de son évolution potentielle. Mc Andrew fait ressortir dans son chapitre que le travail des juristes est d'une grande utilité pour les intervenants en milieu scolaire et qu'à cet égard la contribution de José Woehrling a été des plus riches et des plus novatrices.

La contribution de Pierre Noreau, pour sa part, rend compte des résultats d'une enquête statistique sur le rapport des Québécois à la diversité culturelle et religieuse commandée par la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* du Québec et conçue dans une perspective inspirée par le cadre législatif québécois en matière de droits et libertés de la personne. Le texte offre une analyse des données tirées de cette enquête en insistant particulièrement sur celles relatives à la diversité religieuse et aux accommodements raisonnables accordés en matière religieuse. On y saisit que, au Québec du moins, c'est moins la diversité religieuse qui pose problème que l'affirmation publique des convictions

religieuses. Si la tendance de l'opinion est déterminée par les effets de contexte, c'est la méfiance à l'égard du fait religieux lui-même qui caractérise le plus souvent le rapport des Québécois au religieux ; il s'agit probablement de l'héritage d'une sécularisation vécue, sur le plan historique, comme une rupture. Le texte montre aussi que la compréhension du droit contemporain ne peut faire l'économie de sa réception et de sa constante réinterprétation sociales.

Puis, Jocelyn Maclure et Sébastien Lacroix explorent les rapports complexes entre liberté de religion, d'une part, et égalité religieuse, de l'autre, à partir d'une analyse de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay*, dans laquelle était contestée la constitutionnalité de la prière au début des séances d'un conseil municipal. Après avoir reconnu que, d'un point de vue stratégique, les requérants plaident le plus souvent simultanément une atteinte à ces deux droits, les auteurs insistent pour dire qu'il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue analytique, une distinction claire et stable entre les deux concepts est nécessaire. En effet, des ambiguïtés qu'il est nécessaire de résoudre découlent de cette confusion entre liberté et égalité en matière religieuse. Les auteurs s'y appliquent en présentant, dans un premier temps, les principaux points de l'arrêt *Saguenay* qui leur semblent pertinents, puis, dans un deuxième temps, en identifiant ce qu'ils considèrent être des problèmes conceptuels dans l'argumentaire retenu par la Cour à l'appui de sa décision.

Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive et Gabrielle Caceres viennent clore la partie avec une contribution portant sur les problèmes qui se souèvent lorsque des entreprises invoquent la liberté de conscience pour justifier des comportements discriminatoires à l'encontre de leurs employés ou de leur clientèle. Ces dernières années, des deux côtés de l'Atlantique, des demandes d'exemption fondées sur la liberté de religion ou de conscience sont formulées par des entreprises à but lucratif, ces dernières refusant par exemple de se soumettre à l'obligation de souscrire des contrats d'assurance collective remboursant la « pilule du lendemain » ou de fournir des services à des personnes en raison de leur orientation sexuelle, ou encore invoquant la neutralité, en tant que composante de leur image de marque afin de justifier le licenciement ou le refus d'embauche de travailleuses arborant un symbole religieux. Dans ces situations, des entreprises invoquent une forme de « conscience », entendue au sens large, pour faire prévaloir les convictions de l'employeur sur les droits de ses employés ou de ses clients. Les auteurs examinent des cas emblématiques

décidés des deux côtés de l'Atlantique. Ces affaires décidées tantôt au niveau national tantôt au niveau supranational européen donnent un aperçu de batailles juridiques qui se livrent en Europe, comme en Amérique du Nord, et acquièrent une dimension globale dans le climat actuel de « guerre des consciences ».

La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse en milieu scolaire : apports et limites du droit

Marie Mc Andrew*

Introduction	355
I. L’accommodement raisonnable et les missions de l’école : tensions et complémentarités	358
II. Les approches et les balises développées en milieu scolaire	361
III. L’apport de José Woehrling	368
Conclusion	373

* Titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur l’éducation et les rapports ethniques ;
professeure titulaire, Département d’administration et fondements de l’éducation, Uni-
versité de Montréal.

Introduction

L'école québécoise de langue française a longtemps été une institution homogène vouée essentiellement à la reproduction de la communauté franco-québécoise, qu'on nommait alors canadienne-française, et de ses référents au sein desquels la religion catholique jouait un rôle essentiel¹. À partir du début des années 1960, cependant, la nécessité de la transformer en une école commune, qui viserait l'inclusion de l'ensemble des élèves de toutes origines et le développement du vivre ensemble, s'est graduellement imposée, même si la mise en œuvre effective de ce projet normatif est encore largement un « *work in progress* ». En effet, si la Loi 101 a dirigé les nouveaux arrivants vers les écoles de langue française, le « verrou constitutionnel » a continué de protéger la confessionnalité des structures et des écoles, dans un cas jusqu'en 1998 et, dans l'autre, jusqu'en 2005². De plus, alors que les établissements scolaires se sécularisaient, les débats sur la place que devrait y occuper la diversité religieuse et culturelle émanant des élèves et de leur famille, tant dans les enseignements formels que dans les normes et pratiques de la vie quotidienne, sont devenus centraux, entre autres dans un contexte d'augmentation et de diversification de l'immigration³.

À toutes ces étapes où les changements à mettre en place étaient débattus, le droit a joué un rôle essentiel, parfois en pointant vers des pistes précises, mais la plupart du temps en clarifiant l'étendue des choix possibles pour le décideur, le gestionnaire ou l'intervenant dans une société démocratique et pluraliste. À cet égard, l'impact des travaux et avis de José Woehling est significatif, même s'ils ne sont pas toujours connus du grand public ou même de ses collègues juristes qui se sont moins engagés sur le terrain des politiques, programmes et pratiques publiques en milieu scolaire. Cette contribution est multiple et diversifiée. Rappelons par exemple la solution dite « Proulx-Woehrling » de modification de l'article 93 de la

¹ Marie MC ANDREW, *Les majorités fragiles et l'éducation : Belgique, Catalogne, Irlande du Nord, Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2010.

² MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, *La laïcité scolaire au Québec. Un nécessaire changement de culture institutionnelle*, Québec, 2006.

³ Marie MC ANDREW, Micheline MILOT, Jean-Sébastien IMBEAULT et Paul EID (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique. Normes et pratiques*, Montréal, Fides, 2008.

Loi constitutionnelle de 1867 qui a été à l'origine de la relance de la négociation entre les gouvernements québécois et fédéral sur la confessionnalité du système scolaire québécois, même si les décideurs politiques de l'époque, profitant d'un contexte favorable, n'ont finalement pas retenu le compromis proposé et préféré une solution plus radicale, celle de l'abolition pure et simple de cet article⁴. Par la suite, lorsque les membres du Groupe de travail sur la place de la religion à l'école⁵ ont eu à statuer sur la légitimité de conserver un caractère confessionnel aux établissements scolaires dans ce nouveau système basé sur la langue, l'analyse développée dans l'étude annexe 6 sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et le droit des parents en matière d'éducation religieuse de leurs enfants⁶ les a fortement influencés en faveur du choix d'une école non confessionnelle. Deux arguments ont joué un rôle central à cet égard : la claire atteinte à l'égalité que représentait le maintien de privilèges pour les catholiques et les protestants (dont témoignaient les clauses dérogatoires qui devaient être insérées dans la Loi de l'instruction publique) et la distinction à établir entre le droit fondamental à l'égalité pour l'ensemble des élèves et leur famille (qui implique que l'État ne favorise aucune religion aux dépens d'une autre et que tous bénéficient du même traitement à cet égard) et le droit socioéconomique des parents à choisir le type d'éducation désiré pour leurs enfants (qui ne s'exerce que dans la mesure prévue par la loi et peut se concrétiser par la simple possibilité de choisir un établissement privé, financé ou non par l'État selon les contextes spécifiques). De même, lorsque le Comité sur les affaires religieuses⁷ a eu à baliser la place des manifestations ou conduites religieuses dans la nouvelle école laïque autour de questions telles que les prières, les célébrations ou les cérémonies religieuses, l'affichage ou l'installation de symboles religieux par les autorités scolaires, les aménagements du calendrier

⁴ Jean-Pierre PROULX et José WOEHLING, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867», (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 399.

⁵ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION DU QUÉBEC, *Laïcité et religions. Perspective nouvelle pour l'école québécoise*, rapport du Groupe de travail sur la place de religion à l'école dirigé par Jean-Pierre Proulx, Québec, 1999.

⁶ José WOEHLING, *Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse*, Québec, Groupe de travail sur la place de la religion à l'école, 1998.

⁷ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, *Rites et symboles religieux à l'école. Défis éducatifs de la diversité*, Québec, 2003.

scolaire, le port de signes religieux distinctifs par les élèves ou les enseignants ou encore la diffusion d'informations religieuses, il s'est largement appuyé sur un avis préparé à sa demande par José Woehrling⁸. Il y insistait, entre autres, sur la distinction essentielle, sans doute bien connue des juristes, mais qui n'est pas encore pleinement comprise en milieu scolaire et dans le débat public, qu'on doit établir entre la laïcité des institutions et la laïcité des personnes qui les fréquentent, tout en signalant déjà, de manière assez prémonitoire quand on connaît l'importance qu'allait prendre par la suite cet enjeu, que dans le cas du personnel, il n'existait pas de consensus clair sur le degré où c'est le principe de neutralité des institutions ou celui de libre expression des croyances religieuses des individus qui doit réguler leurs pratiques.

Dans cet article, j'ai l'intention de me pencher sur un autre volet de l'apport de notre collègue à la définition des balises relatives à la prise en compte de la diversité en milieu scolaire, soit celui qui concerne la réponse aux demandes d'exemptions aux programmes, normes et pratiques des établissements pour des motifs religieux ou culturels émanant des élèves ou de leurs parents. En effet, plusieurs de mes recherches et de mes travaux appliqués réalisés en partenariat avec le ministère de l'éducation, dans les années 1990 et 2000, ont porté sur cet enjeu⁹. Dans ce contexte, ainsi que dans le cadre de divers comités sur cet enjeu auquel j'ai été associée, j'ai pu apprécier de manière plus immédiate la pertinence des travaux de José Woehrling¹⁰ en appui à la prise de décision des gestionnaires

⁸ José WOEHRLING, *La place de la religion à l'école publique*, Montréal, Comité sur les affaires religieuses, 2002.

⁹ Entre autres, Marie MC ANDREW, Coryse CICÉRI et Marianne JACQUET, « La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse dans les normes et pratiques de gestion des établissements scolaires : une étude exploratoire dans cinq provinces canadiennes », (1997) 23 *Revue des sciences de l'éducation* 209 ; M. MC ANDREW, M. MILOT, J.-S. IMBEAULT et P. EID (dir.), préc., note 3 ; MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION DU QUÉBEC, *La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse*, Québec, 1994 ; MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, *La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse en milieu scolaire : de la théorie à la pratique*, Québec, 2008.

¹⁰ José WOEHRLING, *Examen et analyse de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables en milieu scolaire à l'intention du Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2007 ; José WOEHRLING, *Examen et analyse de l'évolution de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables et à la liberté de religion à l'intention du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2010.

ou à l'élaboration d'outils guidant l'intervention. C'est aussi le domaine où il m'apparaît que son apport est le plus original, peut-être parce que dans nombre de cas, en réponse aux besoins pressants de clarification du milieu, il accepte de dépasser la simple description de la jurisprudence dans son état actuel en s'engageant dans des analyses prospectives de son évolution potentielle.

J'illustrerai dans un premier temps les défis complexes suscités par la traduction et l'application d'un concept juridique comme l'accommodement raisonnable, qui a longtemps été limité au monde du travail ou à des institutions dont le mandat de transformation des individus est limité, à la spécificité des missions confiées à l'école dans nos sociétés modernes et démocratiques. Je rappellerai, dans un second temps, comment depuis les années 1990 les milieux scolaires ont eux-mêmes défini des balises de la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse qui, sans être nécessairement contradictoires avec les normes émanant de la jurisprudence, procèdent souvent d'une logique différente. Finalement, j'approfondirai l'apport original de José Woehrling au dialogue entre droit et pratiques autour de cet enjeu, à travers deux questions centrales : 1) le degré où la mission de l'école peut être considérée comme faisant partie des contraintes excessives à l'accommodement raisonnable ; 2) la centralité du curriculum formel à cet égard et, plus spécifiquement, les contenus qui peuvent ou ne peuvent pas faire l'objet d'exemptions. L'ensemble de cette démarche me permettra de proposer, en conclusion, quelques éléments de réflexion sur la question qui chapeaute cet article, celle des apports, mais aussi des limites du droit dans la réponse aux défis complexes suscités par la transformation pluraliste de l'école québécoise.

I. L'accommodement raisonnable et les missions de l'école : tensions et complémentarités

Dans nos sociétés modernes, l'école, seule institution dont la fréquentation est obligatoire et universelle pour l'ensemble des citoyens et une des plus intensives, accomplit pour l'essentiel trois missions¹¹ :

¹¹ Jeanne BALLANTINE et Floyd M. HAMMACK, *The Sociology of Education. A Systematic Analysis*, 7^e éd., New York, Routledge, 2016 ; Jacques TONDREAU et Marcel ROBERT, *L'école québécoise : débat, enjeux et pratiques sociales*, Montréal, Éditions CEC, 2011.

- instruire en assurant l'appropriation par les élèves de l'état actuel des savoirs¹² ;
- socialiser à des valeurs communes, en tenant compte leur nature évolutive à travers les générations et du fait qu'elles découlent d'une recherche d'équilibre entre le pluralisme et les balises démocratiques qui en encadrent l'expression et la prise en compte ;
- assurer l'égalité des chances actuelle et future pour tous les élèves, quelles que soient les appartenances groupales dont ils ont hérités sans les choisir (telles le genre, la classe sociale, l'ethnicité).

À l'énoncé de ces mandats, on comprend que ce qui caractérise l'école c'est qu'elle a la responsabilité, non seulement de répondre aux besoins et intérêts actuels de ses élèves, mais aussi et surtout de les transformer. Ce processus se fait nécessairement en tension, féconde ou négative, avec les appartenances abscriptives¹³. Si l'on se réfère, par exemple, à la fonction d'instruction, l'école déconstruit le « savoir spontané » des élèves souvent hérité de leur famille, même si elle le prend en compte comme base de départ. La socialisation scolaire, puisqu'elle est le produit d'un consensus social plus large, amène aussi les jeunes à se distancier des valeurs, opinions et préjugés de leurs parents, que ceux-ci appartiennent à la communauté majoritaire ou aux communautés minoritaires. Finalement, lorsqu'ils assument leur mission d'égalisation des chances, les intervenants scolaires doivent à la fois prendre en compte les caractéristiques de la culture des familles et des milieux et amener les élèves à les dépasser.

À l'opposé de la situation qui prévaut dans le monde du travail et dans la plupart des institutions publiques, en milieu scolaire le débat relatif à l'accommodement raisonnable porte donc, la plupart du temps, sur la légitimité éducative de la pratique demandée par les parents ou l'élève¹⁴.

¹² Qu'on peut définir, en contraste avec les croyances, comme ce qui peut être démontré comme faux et ne l'a pas encore été : Karl R. POPPER, *La connaissance objective*, Paris, Aubier, 1991.

¹³ Guy BOURGEOULT, France GAGNON, Marie MC ANDREW et Michel PAGÉ, « L'espace de la diversité culturelle et religieuse à l'école dans une démocratie de tradition libérale », (1995) 11 *Revue européenne des migrations internationales* 79 ; Janine HOHL et Michèle NORMAND, « Construction et stratégies identitaires des enfants et des adolescents en contexte migratoire. Le rôle des intervenants scolaires », (1996) 117 *Revue française de pédagogie* 39.

¹⁴ Marie MC ANDREW, « L'accommodement raisonnable : atout ou obstacle dans l'accomplissement des mandats de l'école », (2003) 22 *Options CSQ* 131.

Dans les autres contextes, le raisonnable est défini comme ce qui ne présente pas de trop grandes contraintes pour la fonctionnalité de l'entreprise ou de l'institution et rarement à partir d'une non-compatibilité avec leur mission. À l'école, on rencontre aussi ce type de résistances, mais quand une demande suscite des débats importants et/ou l'opposition du personnel scolaire, c'est généralement parce qu'elle apparaît comme contraire à des valeurs que le milieu considère inhérentes à l'accomplissement de ses mandats.

Mais l'école se situe aussi, plus que toute autre institution, à la croisée des sphères publique et privée, ce qui y accentue la nécessité et la légitimité d'une prise en compte de la diversité linguistique, culturelle et religieuse¹⁵. La scolarisation universelle et obligatoire est en effet le résultat, relativement récent sur le plan historique, d'une longue lutte qui a mené à un empîement des responsabilités éducatives traditionnellement assumées par les parents et les groupes religieux. De plus l'autorité des décideurs et des intervenants sur les enfants s'y exerce par délégation de l'autorité parentale. La négociation entre les contenus et les valeurs que la collectivité des citoyens a considéré essentielles de transmettre aux générations futures, par le biais des programmes scolaires, et ceux que les parents de l'école veulent privilégier pour leurs enfants fait donc partie inhérente de son fonctionnement.

Contrairement à la plupart des cas que traitent habituellement les Tribunaux, les conflits relatifs à l'accommodement raisonnable à l'école n'opposent donc pas un client qui connaît son identité et veut exercer ses droits et une institution qui les remet en question, mais deux tiers : des parents et des éducateurs qui prétendent l'un et l'autre protéger les droits des enfants. Dans notre système juridique, le parent est réputé exercer la liberté religieuse au nom de son enfant¹⁶. Mais il faut comprendre qu'un intervenant peut légitimement faire une analyse inverse, c'est-à-dire considérer que le parent exerce une *contrainte* religieuse sur l'enfant et que c'est l'école qui, en interdisant les pratiques religieuses, lui assure un espace de liberté¹⁷. De plus, si l'accession graduelle à l'exercice autonome des droits et libertés avant l'âge de la majorité légale qui prévaut au Québec devrait faire en sorte que les cas concernant les adolescents soient moins complexes, cette vision se heurte souvent au fait que dans certaines familles

¹⁵ *Id.*

¹⁶ J. WOEHRLING, préc., note 6.

¹⁷ M. MC ANDREW, préc., note 14.

issues de l'immigration, l'autorité parentale continue de s'exercer non seulement jusqu'à 18 ans, mais souvent bien au-delà¹⁸.

II. Les approches et les balises développées en milieu scolaire

La préoccupation relative à la gestion des conflits de valeurs et de normes opposant certains parents ou élèves issus de l'immigration au personnel scolaire n'est pas neuve dans le secteur de l'éducation. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, nous nous concentrerons sur deux moments-clés dans le développement des approches et des balises dans ce domaine, soit l'élaboration du module de formation *La prise en compte de la diversité culturelle et religieuse*¹⁹ et les travaux du *Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire*²⁰.

Dès 1992, soit bien avant, d'une part, que l'obligation d'accommodement raisonnable ne soit clairement étendue au domaine des services et, d'autre part, que l'enjeu lui-même ne devienne l'objet d'une forte médiatisation, la Direction des communautés culturelles a voulu soutenir et instrumenter les directions d'école sur cette question. Cet engagement découlait des besoins exprimés par les participants à des formations plus générales sur l'interculturel qu'organisait déjà le ministère, mais également de l'Énoncé de politique sur l'immigration et l'intégration²¹. Celui-ci contenait en effet une brève sous-section « Les accommodements visant à concilier les préoccupations d'ordre religieux et le fonctionnement des organisations », dans le cadre de l'objectif plus général « Soutenir l'adaptation des institutions à la réalité pluraliste » où l'on incitait les organisations à développer « leurs solutions propres... préférables à des décisions judiciaires²² ». Bien que le module ait été actualisé en 2008 pour tenir compte de l'évolution de la jurisprudence en matière d'accommodement raisonnable, mais surtout des changements survenus au sein du système

¹⁸ J. HOHL et M. NORMAND, préc., note 13.

¹⁹ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION DU QUÉBEC, préc., note 9.

²⁰ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, *Une école québécoise inclusive : Dialogues, valeurs et repères communs*, Québec, 2007.

²¹ MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *Au Québec pour bâtir ensemble. Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, Québec, 1990.

²² *Id.*, p. 72.

scolaire suite à la déconfectionnalisation des structures et des établissements, pour l'essentiel ses grandes orientations n'ont pas changé²³.

Un premier choix, qui s'inscrit dans la foulée de l'Énoncé de politique, mais reflète également la spécificité du milieu scolaire, est l'adoption d'une perspective large sur la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse où « l'accommodement raisonnable », soit une obligation juridique découlant d'une atteinte aux droits, n'est qu'un cas de figure de la nécessaire adaptation de l'école à sa clientèle diversifiée découlant de motifs psychopédagogiques, ce que l'on nomme aujourd'hui l'ajustement *volontaire*²⁴ ou *concerté*²⁵. En effet, la cueillette de besoins réalisée préalablement²⁶ avait révélé qu'une logique essentiellement juridique ne correspondait pas à la nature des pratiques spontanées d'adaptation des directions d'école. L'équipe qui a conçu le module, où l'auteure du présent article a joué un rôle central, avait également conclu que si les directions d'école ont besoin de savoir jusqu'à quel point une demande peut être judiciairisée ou non, elles y réagissent, d'abord et avant tout, en fonction de leur vision de sa compatibilité avec les diverses missions de l'école. Finalement, la recherche de solutions aux conflits de valeurs ou de normes liées à des dimensions culturelles ou religieuses était abordée comme un cas de figure de l'adaptation de l'école à son environnement. Il s'agissait en effet de tabler sur les expertises déjà développées par les directions de l'école face à d'autres caractéristiques de leur milieu (rural versus urbain, défavorisé versus favorisé) ou à leur projet éducatif (traditionnel versus alternatif), en favorisant ainsi un réinvestissement de l'expertise acquise.

Le module comporte quatre grandes sections : « Pourquoi prendre en compte la diversité culturelle et religieuse ? » où sont décrits divers arguments socioprofessionnels, sociopolitiques, psychopédagogiques et juridiques qui justifient l'adaptation de l'école ; « Jusqu'où adapter ? » où les directions trouvent des balises générales ainsi qu'une définition devant leur permettre d'établir leur marge de manœuvre juridique ; « Comment trou-

²³ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, préc., note 9.

²⁴ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, préc., note 20.

²⁵ COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation*, rapport présidé par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, 2008.

²⁶ Marie MC ANDREW et Marianne JACQUET, *La gestion des conflits de valeurs et la recherche d'accommodements et de stratégies de cheminement à l'école québécoise : portrait-synthèse de six écoles*, Québec, Ministère de l'Éducation du Québec, 1992.

ver des solutions mutuellement acceptables», où on se penche sur les stratégies de résolution des conflits de valeurs et «De la théorie à la pratique» où dix cas fictifs, mais inspirés de la réalité sont étudiés en sous-groupes avec discussion ultérieure en plénière. Les sections «Pourquoi?» et «Jusqu'où?» sont celles qui révèlent le mieux comment une approche inductive de la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse à partir de la logique propre du milieu scolaire peut coïncider, et dans certains cas différer, d'une approche plus déductive telle que pratiquée par les Tribunaux à partir de la jurisprudence.

Dans la section «Pourquoi?», ce qui frapperait sans doute un juriste et qui contraste d'ailleurs avec d'autres instruments développés par diverses institutions publiques²⁷ est la portion congrue qu'occupe l'argument juridique par rapport aux arguments socioprofessionnels, sociopolitiques et surtout psychopédagogiques. L'argument socioprofessionnel rappelle le rôle de la direction d'école dans une institution qui, comme on l'a vu plus haut, se situe par son essence même à la jonction de l'espace privé (soit les droits et les attentes des parents, premiers responsables de l'éducation de leurs enfants) et public (soit les droits et attentes de la collectivité des citoyens qui définit un curriculum commun auquel l'ensemble des jeunes doit être exposé). Cette entrée socioprofessionnelle permet aussi de cerner une autre spécificité de l'accommodement raisonnable en milieu scolaire, déjà évoquée, soit le fait que ce sont souvent deux personnes ou deux instances, la famille et l'école, qui entrent en conflit en évoquant l'une et l'autre l'intérêt d'un tiers, l'enfant. Les arguments sociopolitiques énoncés dans le module sont moins spécifiques : on y aborde entre autres l'équilibre des droits dans une démocratie et la définition de l'intégration dans une société qui se veut pluraliste.

La dimension psychopédagogique est beaucoup plus centrale, puisqu'elle est au cœur du mandat de l'institution des personnes visées par la formation. On y discute de la meilleure stratégie pour faire en sorte que les conflits de valeurs, inévitables entre la famille et l'école, n'aient pas d'impacts négatifs sur le développement identitaire de l'élève soumis à une double socialisation et maximisent la probabilité que celui-ci s'engage,

²⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *Guide virtuel, traitement d'une demande d'accommodement*, 2012; VILLE DE MONTRÉAL, *L'accommodement raisonnable pour un équilibre entre les droits et les responsabilités*, Montréal, 2007.

pour reprendre ici la typologie de Camilleri²⁸ dans des stratégies de résolution des conflits par *cohérence complexe* (soit celles qui permettent de concilier les deux volets du dilemme) plutôt que par *cohérence simple* (qui en évacuent l'une ou l'autre). Le rôle d'une prise en compte raisonnée de la diversité culturelle et religieuse dans le soutien à la réussite scolaire des élèves issus de l'immigration et dans la préparation de l'ensemble des élèves à vivre au sein d'une société pluraliste est également présenté.

Quant à la section finale sur l'argument juridique, elle n'est guère spécifique et reprend pour l'essentiel les concepts de discrimination indirecte, d'égalité et d'équité qui ont été explicités dans plusieurs des articles rédigés d'éminents juristes de ce volume. Il faut toutefois signaler que suite aux arrêts Meiorin et surtout Multani, la version de 2008 est beaucoup plus affirmative que celle de 1994 sur le fait que l'obligation d'accommodement raisonnable, une fois prouvée l'atteinte à un droit fondamental, s'étend clairement au domaine des services, et plus spécifiquement à celui de l'éducation.

Nous avons également pu constater, à partir de notre analyse intuitive de la dynamique des dizaines de formations que nous avons données durant une quinzaine d'années à plus de 600 directions d'école²⁹, que jusqu'en 2006-2007, année de la médiatisation du jugement de la Cour suprême sur le kirpan et du début de la « crise des accommodements raisonnables », les arguments socioprofessionnels, sociopolitiques et surtout psychopédagogiques suffisaient généralement à rallier les participants autour de la légitimité d'une prise en compte raisonnée de la diversité. Par la suite, les directions se sont montrées à la fois plus préoccupées de leurs obligations juridiques, mais également plus résistantes au concept même d'accommodement raisonnable.

Dans la section « Jusqu'où? », la logique est quelque peu inversée. En effet, dans un premier temps, la direction doit d'abord établir si la demande du parent pourrait relever d'une obligation légale de chercher un accommodement, soit si une règle ou une pratique fondée est nécessaire à l'accomplissement des mandats de l'école a un effet discriminatoire en vertu d'un motif prohibé par les Chartes. Si la règle ou la pratique n'est

²⁸ Carmel CAMILLERI, « Identité et gestion de la disparité culturelle : essai d'une typologie », dans Carmel CAMILLERI et autres (dir.), *Stratégies identitaires*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 85.

²⁹ Marie MC ANDREW, « Une réflexion sur la formation des intervenants », dans M. MC ANDREW, M. MILOT, J.-S. IMBEAULT et P. EID (dir.), préc., note 3, p. 135.

pas nécessaire et fondée, on doit chercher à l'abolir ou à la modifier pour la rendre plus inclusive. Mais dans le second cas, on s'engagera dans des exemptions particulières qui permettent de sauvegarder le droit à l'égalité pour les sous-groupes affectés³⁰. Par ailleurs, dans la foulée de l'approche large de prise en compte de la diversité culturelle et religieuse adoptée, même si elle a statué qu'un cas se situe hors de l'obligation juridique, la direction pourrait être amenée à adapter volontairement ses normes et pratiques ou à consentir diverses exceptions à cause de l'impact psychopédagogique de la non-résolution de l'enjeu sous-jacent qu'il soulève³¹.

Pour cerner l'acceptabilité de la demande spécifique formulée par les parents ou l'élève, la direction est incitée à se poser trois questions permettant d'identifier des limites à la prise en compte de la diversité qu'on peut caractériser comme fondamentales (compatibilité avec les autres droits garantis par les Chartes), psychopédagogiques (compatibilité avec les règlements ou normes nationales ou locales nécessaires à l'accomplissement de la mission de l'école) ou organisationnelles (coûts financiers ou matériels, entrave au bon fonctionnement de l'établissement).

Chacune des trois questions comporte une nuance importante, *directement* dans le premier cas, *rigoureusement* dans le second et de manière moins originale, *excessive* dans le troisième, permettant de nuancer les réponses spontanées que les directions pourraient être amenées à faire face à certaines demandes qui heurtent de front leurs convictions ou leurs valeurs. Ainsi, lors de l'examen de la première question, les directions ont à statuer par exemple jusqu'à quel point le port du hijab compromet, réellement, l'accès à l'éducation en toute égalité des filles, plutôt que de se

³⁰ Comme le souligne avec beaucoup de pertinence José Woehrling (José WOEHLING, «L'enseignement des religions et de l'éthique à l'école publique. Les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies», (2015) *Revue québécoise de droit international* 359 dans l'opinion publique, l'accommodement raisonnable comme exemption paraît être mieux accepté qu'une transformation radicale des référents organisationnels ou identitaires. Cependant les directions d'école semblent souvent préférer la première option, sans doute à cause de la difficulté d'expliquer à de jeunes élèves pourquoi une exemption qui est consentie pour des raisons religieuses ne peut pas l'être pour d'autres motifs.

³¹ Même si parmi les dix cas sur lesquels ont à travailler les directions, seule la moitié implique clairement une obligation juridique, l'auteure a rarement rencontré des équipes qui ne concluaient pas à la nécessité d'agir pour des motifs psychopédagogiques dans les cas plus ambigus ou se situant clairement hors de l'obligation juridique: M. MC ANDREW, préc., note 29.

baser sur le sens symbolique qu'ils accordent à cette pratique. Lors des discussions relatives à la seconde question, nous avons également souvent constaté que les intervenants scolaires, comme d'autres citoyens, ne connaissent pas toujours ampleur réelle des exigences des lois et des règlements qu'ils sur ou sous-estiment selon le cas³². En ce qui concerne plus spécifiquement le curriculum, il est aussi souvent difficile pour les directions d'école de distinguer la compétence visée et le moyen employé pour le faire, tout en tenant compte de la marge de manœuvre d'adaptation locale déjà prévue par le législateur.

Malgré un investissement appréciable dans la production d'outils et dans l'offre de formations sur l'accommodement raisonnable, ce n'est toutefois qu'en octobre 2006, suite à l'arrêt Multani qui avait donné un regain de visibilité à la question de la prise en compte de la diversité religieuse et surtout à ses opposants, que le ministère a décidé de s'engager dans une démarche institutionnelle systématique à cet égard. Le *Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire* (souvent nommé Fleury du nom de son président) a été créé afin, entre autres, « de documenter les enjeux émergents relatifs à l'adaptation de l'école québécoise à la diversité ethnoculturelle, religieuse et linguistique », « de produire une définition claire et accessible de ce qu'est un accommodement raisonnable en milieu scolaire en tenant compte de la jurisprudence existant » et « de proposer la production de documents et d'outils pertinents à l'intention des réseaux en ces matières ». Le comité comptait vingt-six membres représentant diverses associations des réseaux scolaires publics (commissions scolaires, directions, enseignants, parents) et des réseaux privés (dont la Fédération des établissements d'enseignement privé et l'Association des écoles juives), du milieu universitaire (dont l'auteur du présent article), du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse ainsi que de diverses directions du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport qui ont unanimement signé le rapport qui a découlé des travaux en novembre 2007³³.

³² Par exemple, en assumant que la *Charte de la langue française* exclut la possibilité d'employer d'autres langues avec les parents ou, à l'inverse, qu'on peut exempter systématiquement certains élèves de matières ou d'éléments du programme pourtant obligatoires en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*.

³³ Soit plus d'un an avant celui de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles qui s'en est largement inspiré pour ses sections portant sur le monde scolaire : COMMISSION DE CONSULTATION SUR

Intitulé de manière révélatrice, *Une école québécoise inclusive : Dialogues, valeurs et repères communs*³⁴, il se situe pour l'essentiel dans la foulée des choix éthiques et pragmatiques qui avaient prévalu jusqu'alors au ministère de l'Éducation, notamment par son approche large de la prise en compte de la diversité. Cependant, en réponse au mandat et également suite au *tremblement de terre* qu'avait représenté l'arrêt Multani pour plusieurs acteurs du monde scolaire qui n'avaient pas encore pris conscience de la judiciarisation possible des enjeux religieux à l'école, on y trouve une distinction plus claire entre l'accommodement raisonnable et les *ajustements volontaires* que le milieu fait et continuera de faire à partir d'une logique psychopédagogique

Cependant, lorsqu'ils ont énoncés dix repères sur l'accommodement raisonnable, les vingt-six membres du comité n'ont pas voulu mettre la dimension juridique de l'avant comme justification principale de sa légitimité. Les trois premiers repères, qui, dans la logique argumentative du rapport, servent cette intention, portent en effet sur l'accommodement raisonnable comme :

- 1) stratégie qui prépare l'ensemble des élèves à l'exercice de leur citoyenneté et à leur intégration à une culture civile ;
- 2) stratégie globale de prise en compte de la diversité visant à favoriser la participation active de tous les élèves ;
- 3) outil dans le rapprochement entre l'école et la famille, de façon à construire la construction de l'identité de l'élève et, partant, son développement intégral.

La dimension juridique est toutefois importante lorsqu'il s'agit d'identifier les limites de l'accommodement raisonnable qui sont énoncées dans les sept autres repères. Mais on privilégie ici encore clairement les balises qui découlent de la mission de l'école plutôt que la contrainte excessive. L'accommodement raisonnable doit ainsi :

- 1) respecter le régime pédagogique et le programme de formation de l'école ;
- 2) ne pas compromettre la triple mission d'instruire, de socialiser et de qualifier l'élève pour assurer l'égalité des chances ;

LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, préc., note 25.

³⁴ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT, préc., note 20.

- 3) ne pas compromettre la capacité de l'école de dispenser aux élèves les services éducatifs.

La compatibilité de l'accommodement raisonnable avec les droits et libertés de la personne garantis aux élèves, aux parents et aux personnels scolaires, occupe également une place significative puisque c'est la troisième limite énoncée. La contrainte excessive ne figure que comme dernier facteur, et même dans ce cas, parmi les critères qui permettent de l'évaluer, on retrouve des objectifs normatifs et non seulement pragmatiques, tels « la responsabilité de viser au bien-être général » ou encore « un projet éducatif spécifique ». Les deux autres critères portent sur le caractère unique de chaque accommodement raisonnable et le fait qu'il s'accorde sur la base de droits individuels et non de droits collectifs. Ces éléments répondaient à la rhétorique de la *pente glissante* qui commençait à se répandre dans les milieux scolaires, tout en reflétant la jurisprudence sur la nécessaire contextualisation de l'analyse de la légitimité de diverses demandes.

III. L'apport de José Woehrling

Même si le rapport demeure assez général, on peut voir émerger, à l'énoncé de ces critères, deux questions centrales qui ont traversé le comité Fleury et qui devaient continuer à faire l'objet de débat au sein d'un comité d'échange autour du même enjeu qui a siégé jusqu'en 2013. La première est le degré où la mission de l'école peut être considérée comme faisant partie des contraintes excessives à l'accommodement raisonnable. On trouve des échos directs à cet égard dans les trois critères *limites* qui mettent de l'avant *la mission de l'école, le régime pédagogique et le programme de formation* ainsi que *les services éducatifs*. Mais cette question est également évoquée dans les critères justificatifs, avec des mots comme *préparer l'ensemble des élèves, stratégie globale, participation active de tous les élèves* qui, en insistant sur la fonction de socialisation commune de l'école, pointent nettement vers des solutions qui ont un impact positif sur l'intégration des élèves et des familles, plutôt que de les exclure ou les ségréger. De manière moins explicite, mais en découlant logiquement, la seconde question porte sur le degré où des contenus spécifiques du curriculum formel peuvent ou ne pas faire l'objet d'une exemption, un enjeu sur lequel le rapport ne s'est pas prononcé clairement, puisqu'il ne faisait pas fait l'objet d'un consensus. Tel que mentionné dans l'introduction de cet article, deux Avis ont été demandés à notre collègue par le comité Fleury et par le comité d'échange, entre autres sur ces deux

questions³⁵. Je vais donc me tourner maintenant vers l'apport des analyses et des réflexions qu'on y trouve au rapport du comité Fleury, à la bonification du module de formation ainsi qu'à diverses initiatives engagées par le ministère sur ces enjeux.

En ce qui concerne la première question, l'Avis de 2007 a clairement conforté le Comité Fleury dans son choix normatif de centrer son rapport sur la mission qui fonde la spécificité de l'action des décideurs et intervenants en milieu scolaire, un choix également réitéré lors de la mise à jour du module. Notre collègue y soulignait que, dans l'affaire Multani, la Cour avait reconnu que « la prise en compte des dispositions limitatives de l'article 1 de la Charte canadienne et de l'article 9.1 de la Charte québécoise consistait précisément à vérifier l'importance et la légitimité des grands objectifs poursuivis par les politiques publiques comme les missions de l'école, tout en respectant la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre les objectifs poursuivis ». Il a également rappelé que, dans cette même affaire, la Cour suprême s'était appuyée « sur une des missions de l'école publique, *éduquer les élèves à la tolérance*, pour établir la portée de l'obligation d'accommodement ». Il faut toutefois signaler qu'il s'agissait d'un cas de figure facile, puisque la mission de l'école était ici invoquée pour justifier la légitimité d'accepter l'accommodement, et non pas de le refuser. Cependant dans l'avis de 2010, qui s'appuie sur les principes posés par la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies³⁶ dans le cas de l'enseignement religieux, notre collègue laisse penser que ce second cas de figure pourrait également se manifester. Il rappelle par exemple que les dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme n'empêchent pas les États « de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant directement ou non un caractère religieux ou philosophique » et « n'autorisent pas les parents à s'opposer à l'intégration de pareil enseignement ou éducation dans le programme scolaire ». En effet, de telles dispositions, toujours pour citer notre collègue,

³⁵ J. WOEHLING, *Examen et analyse de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables en milieu scolaire à l'intention du Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire*, préc., note 10; J. WOEHLING, *Examen et analyse de l'évolution de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables et à la liberté de religion à l'intention du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, préc., note 10.

³⁶ Qui ne s'appliquent évidemment pas *stricto sensu* aux situations québécoises et canadiennes.

ne renferment aucunement « le droit pour les parents de laisser leurs enfants dans l'ignorance en matière de religion et de philosophie ». À cet égard, l'analyse présentée rejoint celle qui a été mise de l'avant en 2002 dans le cas des *Trois livres* par la Cour suprême lorsque le Conseil Scolaire de Surrey une banlieue de Vancouver avait retiré de la bibliothèque des livres présentant des familles homoparentales afin de ne pas offenser les parents religieux³⁷. La Cour a en effet reconnu l'importance de permettre à tous les enfants de discuter librement de leur propre modèle familial et d'être exposés à la diversité des types familiaux présents dans la société canadienne, un objectif qui figurait dans le curriculum provincial. Elle a aussi statué que même si le Conseil scolaire ne pouvait faire abstraction des considérations religieuses dans ses débats sur ses politiques et pratiques, « l'exigence de laïcité fait en sorte que nul ne peut invoquer les convictions religieuses des uns pour écarter les valeurs des autres ». Le « caractère multiculturel du Canada » et la mission de l'école ont donc ici été interprétés comme impliquant une exposition maximale des élèves à la diversité et non le droit absolu de ne jamais être confronté à des contenus contraires à leurs croyances ou à celles de leur famille.

En ce qui concerne la seconde question, soit le degré où des exemptions dispensant des élèves de certains éléments du curriculum obligatoire peuvent être considérées comme des accommodements raisonnables, dans son Avis de 2007, notre collègue se montre extrêmement prudent, essentiellement en se basant sur la réflexion doctrinale dans le droit américain et, dans une moindre mesure, dans la Convention européenne. Il rappelle tout d'abord, ce qui rejoint quelque peu le jugement relatif aux *Trois livres*, que « le simple fait d'exposer des enfants à des idées que leurs parents considèrent comme répréhensibles du point de vue religieux ne suffit pas pour constituer une atteinte à la liberté de religion » et que « celle-ci n'est remise en question que par le fait de devoir agir contrairement à ses convictions religieuses ou de devoir affirmer son adhésion à une croyance ». Il précise cependant qu'étant donné la tendance des Tribunaux canadiens à interpréter la liberté de religion de façon extrêmement large et généreuse, il n'est pas exclu que « la Cour suprême canadienne soit beaucoup plus sensible à l'argument voulant que si les adultes sont capables de porter un jugement critique face aux idées auxquelles ils sont exposés, c'est

³⁷ Marianne JACQUET, « La gestion du fait religieux dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique », dans Marie MC ANDREW, Micheline MILOT et Amina TRIKI-YAMANI (dir.), *L'école et la diversité. Perspective comparée*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 63.

beaucoup moins le cas de jeunes enfants lorsqu'elles leur sont présentées dans un cadre d'autorité comme celui de l'école publique». L'Avis pointe donc vers le fait qu'il est probable que de telles exemptions soient accordées³⁸ et plutôt que d'ériger le respect du curriculum comme une valeur absolue, propose des hypothèses sur les limites à cet égard.

La distinction la plus importante réside dans le fait que «l'impact négatif sur la formation des enfants qui seraient eux-mêmes exemptés de certaines activités au programme pédagogique dépendrait, d'une part, de la nature accessoire ou fondamentale des éléments du curriculum en question et de l'existence et de la qualité d'une éducation de remplacement, d'autre part». Cependant, l'auteur se rappelle que dans le cas de ce second enjeu, on pourrait facilement tomber dans un cas de contrainte excessive puisque l'offre de service parallèle peut avoir des inconvénients pratiques sur les enseignants et les autres élèves. De plus, de façon plus fondamentale, «un régime d'exemption et d'autorisation d'absence peut aller à l'encontre de l'objectif de créer, dans l'esprit des enfants, un sens de l'expérience partagée et de l'appartenance à une communauté commune malgré les différences culturelles et religieuses». On voit donc ici qu'il est difficile de débattre des éléments précis du curriculum sans faire complètement abstraction de la mission de l'école. Par ailleurs, José Woehrling souligne aussi que «le refus d'accommoder au nom précisément de l'intégration peut avoir comme effet de convaincre un nombre grandissant de parents religieux d'envoyer leurs enfants dans une école privée correspondant à leurs convictions religieuses ou de choisir de les éduquer à domicile», ce qui pointe vers le fait que les décideurs risquent souvent de tomber en cette matière de Charybde en Scylla.

L'avis de 2010 identifie sensiblement les mêmes balises, mais met davantage l'accent sur l'obligation de l'État et de l'école de démontrer la neutralité des enseignements proposés. Notre collègue souligne que dans le cas d'un enseignement culturel des religions, cet enjeu se pose de deux façons, «d'une part, le fait qu'un enseignement qui se veut neutre et objectif peut être considéré par les personnes qui ont de fortes convictions religieuses comme véhiculant un relativisme qui vient en conflit avec leurs propres valeurs et, d'autre part, que la présence d'éléments religieux peut être considérée, par les parents athées ou qui ont une conception stricte

³⁸ Un fait que les membres du comité avaient d'ailleurs pu vérifier de façon empirique lors de la cueillette de données auprès de l'ensemble des directions d'école réalisée également dans le cadre de leur mandat.

de la laïcité, comme transmettant à leurs enfants des valeurs également opposées aux leurs». Si cet enjeu est certainement exacerbé lorsque les cours couvrent en tout ou en partie les religions, il se pose également, dans une moindre mesure, pour tous les contenus émanant de disciplines où l'état des savoirs fait moins l'objet d'un consensus. En effet il est plus difficile pour l'école publique de démontrer la neutralité et l'absence de biais dans l'enseignement de l'histoire que dans celui des mathématiques et des sciences. Les nombreux travaux académiques qui insistent sur la construction sociale du curriculum dans de telles disciplines³⁹ pourraient ouvrir la porte à une plus grande légitimité de sa remise en question par divers groupes, même si on peut douter que les parents demanderaient des exemptions individuelles à cet égard.

Même si, tel que mentionné plus haut, le Comité Fleury n'a pas voulu s'engager dans cette voie, plusieurs éléments de la complexité de cet enjeu sont reflétés dans la mise à jour du module de formation en 2008. En plus d'y distinguer, comme l'a fait notre collègue Woehrling, la légitimité des exemptions au curriculum selon leur caractère fondamental ou accessoire du point de vue de la formation, nous avons également introduit une distinction entre les objectifs ou compétences visés et les moyens de les atteindre⁴⁰. De plus, un des cas étudiés dans le module qui ne s'inscrit clairement pas dans le cas d'une obligation juridique d'accommodement raisonnable, porte sur les biais potentiels dans l'enseignement, qui pourraient amener certains parents à en contester la légitimité, entre autres à partir de leur impact sur la réussite de leurs enfants. Poursuivant dans cette lancée, dans la mesure où les aléas du débat public québécois lui ont permis, le ministère a de plus en plus privilégié, tant dans son comité de suivi que dans divers de ses instruments, une approche large d'éducation inclusive où l'école et son fonctionnement sont questionnés à partir d'une logique d'égalité des chances et des résultats plutôt qu'à travers le seul prisme de l'accommodement religieux⁴¹.

³⁹ Michael APPLE, *Ideology and Curriculum*, Londres, Routledge, 2004.

⁴⁰ Par exemple, maîtriser le participe passé versus faire une rédaction sur l'Halloween.

⁴¹ Voir, à cet effet, Geneviève AUDET, *Pour une éducation inclusive au Québec : pratique, recherche, formation*, Montréal, Chaire de recherche sur les rapports ethniques, 2012 et Georges LEMIEUX, « Une dynamique partenariale de recherche pour l'éducation et l'immigration », dans Marie MC ANDREW, Maryse POTVIN et Corina BORRI-ANADON (dir.), *Le développement d'institutions inclusives en contexte de diversité. Recherche, formation, partenariat*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2013, p. 191.

Conclusion

De ce bref survol de la manière dont se pose la question de la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse à l'école et des balises développées depuis une vingtaine d'années à cet égard, que peut-on retenir quant aux apports potentiels du droit en cette matière et à ses limites ?

Il apparaît tout d'abord clairement qu'il joue un rôle essentiel dans la définition de la marge de manœuvre à l'intérieur desquelles peuvent s'épanouir divers choix des décideurs en fonction des contextes et de leur style de gestion. En établissant des principes généraux et en explorant, avec une certaine distance, les enjeux complexes liés à l'équilibre entre les droits individuels et la poursuite d'objectifs sociaux importants, le droit permet en effet de *refroidir les questions chaudes*. Il aide aussi les gestionnaires à prendre des décisions qui ne soient pas uniquement basées sur la manière dont ils conçoivent leur mission et surtout sur leurs valeurs et croyances personnelles. De plus, notre démarche a montré que la plupart du temps les balises que se donneraient spontanément les intervenants de terrain, en se basant sur le rôle de l'institution au sein de laquelle ils interviennent, n'entrent pas fondamentalement en contradiction avec les principes mis de l'avant par la jurisprudence.

Cependant, l'obligation juridique n'est certainement pas la meilleure porte d'entrée lorsqu'il s'agit de convaincre les acteurs sociaux, tout comme l'opinion publique, de la légitimité d'un nouveau partage de pouvoirs plus respectueux de la diversité et de l'importance de redéfinir les institutions en ce sens, en modifiant les normes et pratiques universelles ou en autorisant des exemptions pour les personnes qu'elles pourraient affecter. Les résistances suscitées à cet égard peuvent certes relever de la médiatisation récente – et excessive – des jugements de la Cour suprême ou des pratiques d'accommodement, mais elles tiennent aussi à la nature même des contestations juridiques. Celles-ci tendent en effet à antagoniser les parties alors que le développement d'institutions inclusives nécessite que l'adaptation à la diversité à travers des compromis réciproques soit vécue comme une pratique *Gagnant-Gagnant*.

Une seconde limite, d'ordre plus pragmatique, m'apparaît résider dans l'évolution relativement lente du droit, en comparaison avec le rythme

Un guide sur les pratiques de gestion inclusive à l'intention des directions d'école est également en préparation.

beaucoup plus rapide où les gestionnaires ont à répondre à des situations dites « urgentes » et à s'ajuster à la redéfinition rapide des enjeux contentieux opposant l'école et certaines familles appartenant à des minorités religieuses. Les autorités scolaires locales et les directions d'école doivent donc souvent jouer le rôle d'apprentis-sorciers et s'aventurer dans des territoires encore largement inexplorés, comme nous l'avons illustré dans le cas des exemptions au curriculum. En soi, il n'est pas mauvais que la négociation sur le terrain précède la judiciarisation et l'établissement de normes générales, puisqu'on peut ainsi espérer qu'il y ait fécondation réciproque des approches et des logiques. Cependant, pour répondre à ce défi, les décideurs et intervenants scolaires ont clairement besoin du soutien de juristes qui, comme José Woehrling, reconnaissent la légitimité de leurs préoccupations et n'hésitent pas à sortir du cadre rigide de ce qui est établi pour explorer ce qui pourrait être.

Le rapport au religieux au Québec : mesure empirique et fondements d'une crispation collective

Pierre Noreau*

I. L'expérience de la discrimination.....	381
II. La relation des Québécois à la diversité sociale, culturelle et religieuse	382
III. Le fait religieux et son expression publique	384
IV. L'opinion des Québécois à l'égard des accommodements religieux.....	387
V. Âge, scolarité, proximité et rapport au religieux	390
VI. Le rapport au religieux : une spécificité québécoise au plan nord-américain ?	393

* Pierre Noreau, Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public.

L'œuvre de José Woehrling est reconnue pour l'exigence avec laquelle il a abordé les aspects juridiques de la diversité sociale. Ces thèmes traversent plusieurs autres disciplines. C'est la facilité avec laquelle José Woehrling intègre les dimensions sociologiques, politiques et parfois anthropologiques de cette diversité qui fait la pertinence exceptionnelle de son analyse et permet que ses travaux survivent longtemps au contexte qui les a inspirés. C'est notamment le cas de ses écrits sur la diversité religieuse et la pratique des accommodements raisonnables, travaux constamment cités au sein de la communauté juridique et au sein de la communauté de recherche, notamment en sciences sociales et humaines¹.

La question religieuse ressurgit cependant au sein de sociétés apparemment sédentarisées. Elle remet partiellement en cause les conventions tacites qui semblaient garantir la pacification des rapports sociaux. Le silence sur le fait religieux y semblait faire consensus. Cette résurgence n'est évidemment pas propre aux sociétés occidentales et pose des problèmes qui dépassent la dynamique interne de nos collectivités. Sur le plan international, elle pose dans des termes nouveaux la question des rapports entre des ensembles culturels qu'on croyait réunis par la modernité.

Au Québec, la pluralité religieuse est corollaire de la diversité d'origine des Québécois eux-mêmes. La proportion des immigrants permanents admis au Québec en 2014 rend compte de cette hétérogénéité : Asie (33,5 %), Afrique (31,0 %), notamment le Maghreb à 14,0 %, Amérique (20,5 %), Europe (14,9 %) et Océanie (0,1 %)². Il s'agit d'un pluralisme déjà ancien et dont rendent compte toutes les études menées sur l'origine des Québécois issus de l'immigration³. Les recherches conduites dans

¹ José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société religieuse à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325 ; José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-2004) 34 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 93.

² MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE LA DIVERSITÉ ET DE L'INCLUSION, *Fiche synthèse sur l'immigration et la diversité ethnoculturelle au Québec. Bref portrait de l'immigration permanente (Données d'admission)*, 2015, en ligne : www.midi.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/FICHE_syn_an2014.pdf (consulté le 12 février 2016).

³ MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Tableaux sur l'immigration au Québec : 2002-2006, 2007*, en ligne : www.midi.gouv.qc.ca/publications/

d'autres cadres ont également démontré la place importante que la référence au religieux occupe dans les représentations des Québécois issus de l'immigration, si on la compare à celle qu'elle occupe au sein de la population québécoise dans son ensemble⁴. Le pluralisme tient cependant aussi à la diversification croissante des appartenances religieuses des Québécois d'origine catholique, un phénomène qui caractérise toutes les sociétés complexes⁵.

En contexte québécois, la diversité religieuse est graduellement devenue l'expression emblématique de la diversité culturelle. Pour des raisons qui tiennent à la fois à l'histoire religieuse du Québec et, beaucoup plus récemment, à l'exploitation politique du thème des accommodements

fr/recherches-statistiques/Immigration-Quebec-2002-2006.pdf (consulté le 14 octobre 2016).

⁴ «Le christianisme, sous ses différentes formes (catholicisme, protestantisme, orthodoxie et autres), a perdu un peu de son importance relative mais regroupe toujours une forte majorité de la population : 77 % au Canada, comparativement à 83 % dix ans plus tôt et 90 % au Québec, comparativement à 93 % en 1991 ». Voir : MINISTÈRE DES RELATIONS AVEC LES CITOYENS ET DE L'IMMIGRATION, *Données sur la population recensée en 2001 portant sur la religion. Analyse sommaire*, 2003, en ligne : www.midi.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Recensement2001-Religion-AnalyseSommaire.pdf (consulté le 14 mars 2016). On consultera également : Pierre NOREAU, Samia AMOR, Bernard FOURNIER, Myriam JÉZÉQUEL et Katia LEROUX, *Le droit en partage : Le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003 et Pierre NOREAU, « Référents religieux et rapport à la normativité : asymétrie des rapports au droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *La religion saisie par le droit, ou le droit par la religion ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 383.

⁵ Une colloque organisé par le Projet Religion et diversité, en 2014, sur la question de la diversité religieuse et l'émergence de nouvelles religions proposait d'explorer : « les caractéristiques uniques des nouvelles religions au Québec et les limites de l'écologie québécoise "favorable" pour les nouveaux mouvements religieux (indigènes et importés) depuis les années 1960. [On y aura abordé] les questions de liberté de religion et d'identité, ainsi que la gestion publique et la reconnaissance des religions alternatives dans le contexte de la culture distincte du Québec et des Chartes des droits et libertés de la personne. [Ces nouveaux mouvements religieux] incluent les Catholiques intégristes, les mouvements éclectiques et schismatiques, aussi bien que les branches locales des groupes magico-arcane, théosophiques, ou inspirés par les extra-terrestres ». en ligne : religionanddiversity.ca/scheduler/2014/04/25/quebecs-new-religionsles-nouvelles-religions-au-quebec (consulté le 14 octobre 2016).

religieux⁶, la question de la diversité religieuse est devenue un thème récurrent dans l'espace public québécois et l'objet de débats importants.

En 2007-2008, les travaux de la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* (Commission Bouchard-Taylor) a largement contribué à accréditer l'idée que l'intégration sociale de personnes issues de divers horizons religieux posait problème, bien que la Commission ait elle-même conclu que les craintes rattachées à ces accommodements relevaient plutôt d'un problème de perceptions que d'un problème réel relié à l'intégration des Québécois d'origines religieuses diverses.

Aujourd'hui, la définition d'une laïcité «à la québécoise» pose toujours problème. Elle reste indissociable d'un questionnement plus ambitieux sur le fondement et le maintien de l'identité québécoise et, sur un tout autre registre, celui de l'intégration des Québécois issus de l'immigration. Sur le plan de l'action publique, la question de la diversité religieuse met en tension les modèles du multiculturalisme (dominant dans les rangs fédéralistes) et de l'interculturalisme (plus caractéristique de la perspective québécoise)⁷. Depuis le milieu des années 2000, les gouvernements successifs ont cependant échoué dans leur tentative de résoudre législativement la question de la laïcité. En regard du droit, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁸, constitue toujours la norme juridique de référence.

Reste en suspens la question des rapports réels des Québécois à l'égard de la diversité culturelle et religieuse. Le problème de la discrimination et, par extension, la question des accommodements visant à mettre fin à une situation de discrimination réelle ou appréhendée, apparaît toujours poser la question de la diversité dans des termes abstraits. Pour dépasser

⁶ On pense notamment à l'exploration systématique de ce thème par l'Action démocratique du Québec, au milieu des années 2000, un parti qui se sera dissout par la suite en faveur de la Coalition Avenir-Québec. Pour une perspective historique plus étendue, on lira : Nadia BOUTOUBA et Stéphane BERNACHEZ, «L'État et la diversité religieuse au Canada : Une possible histoire du principe de neutralité de l'État», (2013) *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 9.

⁷ Gérard BOUCHARD, *L'interculturalisme, un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012. Lire aussi, Gérard BOUCHARD, *Qu'est-ce que l'interculturalisme*, Saguenay, Université du Québec à Chicoutimi, 2011, en ligne : www.symposium-interculturalisme.com/pdf/BOLIII-IVJan2011.pdf (consulté le 14 février 2016).

⁸ *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

les variables d'une équation opposant des positions de principes qui n'ont pas toujours le caractère asymétrique qu'on leur prête (les Québécois sont-ils en faveur ou opposés aux accommodements raisonnables en matière religieuse et culturelle) la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* commandait en 2015 une première enquête sur la perception des Québécois à l'égard des droits de la personne, et des situations susceptibles de conduire à une forme ou une autre de discrimination⁹. On renvoyait plus particulièrement aux motifs de discrimination prévus à l'article 10 de la Charte qui prévoit que :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Le texte offert dans cet ouvrage propose une analyse des données tirées de cette enquête. Il insiste particulièrement sur les données relatives à la diversité religieuse et aux accommodements raisonnables concédés en matière religieuse. Elles sont tirées d'une enquête menée dans le cadre d'un sondage téléphonique réalisé entre le 13 avril et le 29 juin 2015, auprès de la population adulte résidant au Québec. Au total, 1 501 entrevues téléphoniques ont été réalisées¹⁰. La marge d'erreur de l'enquête est de 2,6 %, 19 fois sur 20. L'enquête a été conçue dans une perspective inspirée par le cadre législatif québécois en matière de droit et liberté de la personne.

Plus d'une trentaine d'études menées au Québec et à l'étranger ont par ailleurs été consultées de manière à préciser les variables de l'analyse. On a tenté par cette voie de retenir les questions les plus susceptibles d'inspirer notre propre questionnaire et de permettre une forme de comparaison. Il est cependant rapidement apparu que les enquêtes antérieures

⁹ Le Comité scientifique du projet était composé, en plus de l'auteur, d'Emmanuelle Bernheim (UQAM), Pierre-Alain Cotnoir, Pascale Dufour (UdeM), Jena-Herman Guay (U. de Sherbrooke) et Shauna Van Praagh (McGill).

¹⁰ Le taux de réponse, calculé selon la formule de l'Association de l'industrie de la recherche marketing et sociale (AIRMS), est de 36,1 % ce qui est légèrement inférieur au taux visé qui était de 40 %, mais demeure acceptable pour une étude de ce type. La durée moyenne d'entrevues a été de 25 minutes et 20 secondes.

étaient directement orientées par les préoccupations des sociétés ou des contextes où elles avaient été conduites. Si les études européennes sont largement centrées sur le problème de la xénophobie, du racisme et de l'antisémitisme, les enquêtes américaines sont plutôt traversées par la question de l'inégalité sociale et économique des Afro-américains et des Hispanophones. Sur le plan canadien, les études inventoriées portent essentiellement sur le multiculturalisme, abordé comme référence collective. Il s'ensuit que plusieurs des questions tirées de ces enquêtes pouvaient difficilement être transposées à notre étude, plutôt fondée sur une logique des droits. Nous avons dû construire l'essentiel de nos questions à partir du contexte québécois, et en tenant compte des objectifs de la Charte et des motifs de discrimination qui y sont prévus.

I. L'expérience de la discrimination

Dans le cadre de l'enquête menée en 2015, on a d'abord tenté de mesurer la fréquence des expériences de discrimination rencontrées par les répondants au cours des deux dernières années, une période de référence suffisamment courte pour permettre une mesure fiable du phénomène. Près de 19 % des répondants ont indiqué avoir vécu une expérience de discrimination au cours de la période de référence (tableau 1).

Tableau 1
Motifs de discrimination déclarés dans le cadre de l'enquête

Motifs de discrimination	n	%
Votre orientation sexuelle	13	4 %
La couleur de votre peau	16	5 %
Un handicap	33	9 %
Votre religion	34	10 %
Votre orientation politique	42	12 %
Votre origine ethnique	45	13 %
Votre sexe	76	22 %
Votre âge	91	26 %
Total	350	100 %

Les données révèlent que les expériences de discrimination fondées sur des motifs religieux ne constituent que 10 % de l'ensemble des expériences de discrimination déclarées par les Québécois interrogés, ce qui

représente tout au plus 2 % de la population (34 répondants du sondage). Il est évidemment difficile de ventiler de façon crédible ces résultats sans tomber sur de très petits groupes de répondants, dont la représentativité est, partant, fragile. Soulignons néanmoins, avec beaucoup de prudence, que cette proportion est de 25 % chez les répondants de religion musulmane et chez les répondants de religion juive, alors qu'elle tombe à moins de 2 % chez les répondants de religion catholique. Seule une étude exhaustive auprès d'une population plus ciblée permettrait cependant de prendre une mesure précise de la situation en fonction de la religion déclarée des répondants.

Quoi qu'il en soit, la discrimination fondée sur l'appartenance religieuse est apparemment moins courante que les expériences de discrimination fondées sur d'autres motifs, comme le sexe ou l'âge. Ces données sont en partie corroborées par les plaintes déposées devant la Commission. Alors que, pour la période 2014-2015, les plaintes déposées pour des raisons liées à un handicap représentaient 36 % des dossiers enregistrés, la discrimination pour motifs religieux restait peu courante (3 % de l'ensemble des plaintes pour la même période)¹¹.

II. La relation des Québécois à la diversité sociale, culturelle et religieuse

Si la mesure des expériences de discrimination reste approximative, la mesure des attitudes et des opinions à l'égard des différentes formes de la diversité est beaucoup plus précise. On a ainsi tenté d'établir le niveau de confiance et de méfiance des Québécois vis-à-vis de certains groupes que la Charte vise précisément à protéger de certaines formes de discrimination (Tableau 2). On a ici demandé aux répondants de placer leur niveau de confiance à l'égard de certains groupes sur une échelle de 0 à 10.

¹¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'activités et de gestion 2014-2015*, 2015, en ligne : www.cdpcj.qc.ca/Publications/RA_2014_2015.pdf (consulté le 14 octobre 2016). Des études plus poussées, menées auprès d'échantillons plus importants, fournissent elles-mêmes d'autres résultats encore. C'est notamment le cas du portrait de la discrimination au Québec produit par l'Institut québécois de la statistique, et tiré de l'Enquête sociale générale menée en 2013, auprès de la société canadienne. Lire : Marie-Andrée GRAVEL, « Portrait de la discrimination au Québec », *Coup d'œil sociodémographique*, n° 44, 2015. Cette enquête a été conduite auprès de 27 534 répondant canadiens dont 5 301 répondants québécois.

Tableau 2
Opinion positive des répondants vis-à-vis des personnes de certaines catégories sociales

Groupes de référence	%
Les personnes ayant un handicap	91,6
Les personnes de couleur	88,2
Les jeunes	84,0
Les homosexuels	84,4
Les autochtones	77,4
Les personnes d'une autre origine ethnique	75,7
Les personnes d'une autre religion	68,3
Les assistés sociaux	50,9
Les manifestants	43,3

Les résultats recueillis révèlent que le point de vue des répondants varie selon les groupes. Si l'opinion déclarée à l'égard de certains groupes susceptibles d'être la cible de discrimination est très positive (ici les personnes handicapées, les minorités visibles, les jeunes ou les homosexuels), d'autres groupes sont abordés avec plus de méfiance. C'est notamment le cas des autochtones, des personnes d'autres origines ethniques et des personnes d'autres religions. Vis-à-vis de ces dernières, plus des deux tiers de répondants se disent néanmoins positivement disposés (7 et plus sur une échelle de 10).

Sur l'échelle des discriminations, l'étude révèle que, pris dans l'absolu, le potentiel de discrimination relié à la condition sociale des Québécois est beaucoup plus élevé qu'à l'égard des personnes confessant une autre religion que celle des répondants. La figure de l'assisté social est associée en regard de nombreuses dimensions à une image négative. Il en va de même des manifestants, encore que cette dernière mesure doit être analysée avec prudence, le sondage ayant été réalisé alors que des confrontations parfois violentes et fortement médiatisées opposaient les étudiants et les services policiers.

Globalement, l'étude révèle une certaine suspicion à l'égard des personnes d'autres religions. Un tiers des répondants indiquent en effet entretenir une certaine méfiance vis-à-vis d'elles. Une proportion presque équivalente de répondants (un tiers) appuie l'idée que le profilage de l'action policière à l'égard des groupes religieux est acceptable.

Ces variables sont reliées entre elles. Chez les répondants qui admettent entretenir une certaine méfiance vis-à-vis des personnes d'autres religions, près de 58 % se disent en faveur d'un contrôle policier ciblé des groupes religieux, alors que cette proportion tombe sous les 30 % chez les répondants qui affirment entretenir une opinion positive des personnes d'autres religions ; 71 % s'y opposant.

Tableau 3
Opinion négative à l'égard des personnes d'autres religions et appui à l'idée du profilage religieux de l'action policière

	En faveur (%)	Contre (%)
Opinion négative	57,6	42,4
Opinion plus ou moins positive	46,4	53,6
Opinion positive	29,2	70,8

$$X^2 \leq 0,000$$

III. Le fait religieux et son expression publique

Si l'étude menée en 2015 révèle que les Québécois entretiennent un rapport généralement positif à l'égard des personnes d'autres religions et si l'expérience de la discrimination religieuse reste très minoritaire (comme en rendent compte les données tirées des tableaux 1 et 2 qui précèdent) c'est à l'égard de l'affirmation publique du religieux que l'avis des personnes interrogées est la plus critique (Tableau 4). En effet, 43 % des personnes interrogées dans le cadre de l'enquête affirment qu'« il faut se méfier des gens qui affirment trop clairement leur religion ».

Tableau 4
Opinion à l'égard des personnes affichant leur religion

« Il faut se méfier des personnes qui affirment trop clairement leur religion » (Q.15b)	%	% cumulé
Très d'accord	14,5	14,5
Plutôt d'accord	28,7	43,2
Plutôt en désaccord	33,4	76,6
Totalement en désaccord	23,4	100,0

Le rapport aux différentes formes publiques de l'appartenance religieuse varie cependant de façon importante selon la religion à laquelle elles renvoient (Tableau 5). Ainsi, si le port de la croix n'indispose que 5,5 % des Québécois, cette proportion passe respectivement à 25 % pour la kippa (juive) et 30 % pour le Turban (sikh). En définitive c'est le port du foulard (49 %) qui suscite le plus de résistance (le hijab). La situation tend ainsi à confirmer une certaine cristallisation vis-à-vis des référents religieux qui, au cours des dernières années, ont pris valeur de symbole et ont occupé le débat public. Comme c'est le cas du foulard islamique (hijab).

Tableau 5
Opinion négative à l'égard du port de signes religieux (Q.10)

Quelles sont, parmi les pratiques suivantes, celles que vous diriez très dérangeantes, plutôt dérangeantes, plutôt acceptables ou tout à fait acceptables en public ? (Q.10) : « Très ou plutôt dérangeantes »	%
Le port d'une croix dans le cou	5,5
Le port de la kippa (calotte juive)	24,8
Le port du turban	30,5
Le port du voile	48,9

Cette proportion passe à 68,5 % chez les répondants qui affirment par ailleurs se méfier des personnes affichant trop ouvertement leur appartenance religieuse.

Le port du voile, s'il rencontre une opposition significative au sein de la société québécoise, a néanmoins connu des variations au cours des dernières années. Ainsi, dans la foulée de la Commission Bouchard-Taylor, une enquête *Léger Marketing* révélait que le port du voile était entre 2006 et 2007 perçu négativement par près de 62 % des Québécois¹². Les études

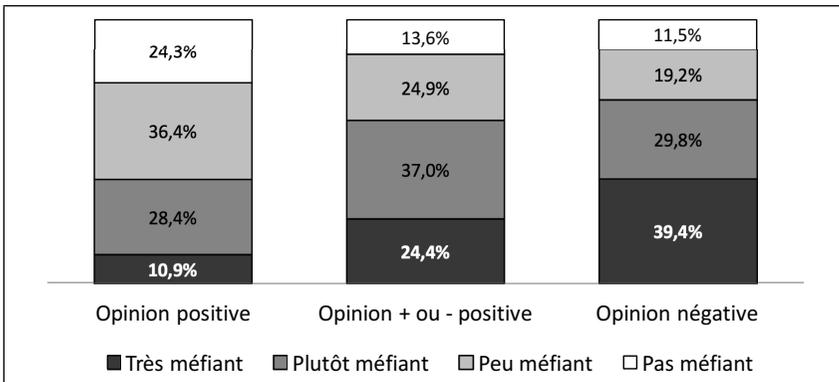
¹² « Bon nombre de Québécois estiment que le port du voile (62 %) ou d'ornements religieux (56 %) pose problème pour vivre en société, ce qui est moins le cas des prières (30 %), du jeûne du Ramadan (21 %) ou de l'interdiction de boire de l'alcool (15 %). En d'autres termes, c'est d'afficher sa religion qui dérange, non pas de la pratiquer » (LÉGER MARKETING, *La grande enquête sur la tolérance au Québec*, 2007, en ligne : www.geocities.ws/philovicto/acc-sondage-leger-mark.pdf (consulté le 14 mars 2016).

menées sur la même question en France font voir des proportions d'opinions défavorables variant entre 2009 et 2013 de 85 à 94 %¹³.

L'acceptation du port du voile contraste clairement, en tant que pratique personnelle, avec celle de la croix. On peut supposer que le port de la croix est d'autant plus accepté que la croix qu'elle participe de l'esthétique ambiante. On peut aisément constater son omniprésence dans l'architecture et dans la joaillerie, pour peu qu'on y porte attention. Elle n'est pas systématiquement associée à un symbole religieux. Dans un contexte de tensions interconfessionnelles, il n'est pas déraisonnable de prétendre que de façon plus général, elle reprendrait vraisemblablement cette signification religieuse.

Finalement, on peut synthétiquement admettre que les réticences de certains Québécois à l'égard de l'affirmation publique d'une appartenance religieuse sont reliées à la méfiance qu'ils affichent à l'égard des personnes d'autres religions (Graphique 1).

Graphique 1
Opinion positive ou négative à l'égard de personnes d'autres religions (Q.7 i) et méfiance à l'égard de l'affirmation publique d'une appartenance religieuse (Q.15b)



$$X^2 \leq 0,000$$

¹³ FRANCE, COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris, La documentation française, 2014, en ligne : www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000199.pdf (consulté le 14 mars 2016).

On constate ainsi que près de 70 % des répondants qui affirment entretenir une opinion négative à l'égard des personnes d'autres religions se disent également méfiants vis-à-vis des personnes qui « affirment publiquement leur appartenance religieuse ». En contrepartie, 61 % des personnes qui affirment entretenir une opinion positive à l'égard des personnes d'autres religions affirment au contraire n'éprouver que « peu » ou « pas du tout » de méfiance vis-à-vis des personnes affichant publiquement leur appartenance religieuse.

IV. L'opinion des Québécois à l'égard des accommodements religieux

La question du rapport au religieux dans le contexte de l'application de la *Charte des droits et liberté de la personne* pose par extension celle des accommodements raisonnables. De tels accommodements sont envisagés lorsqu'ils sont susceptibles de mettre fin à certaines formes de discrimination. L'enquête révèle que, définie abstraitement, l'idée d'accommodements raisonnables fait encore débat au Québec (Tableau 6).

Tableau 6
Appui aux accommodements raisonnables

Dans la plupart des cas, considérez-vous que les accommodements raisonnables accordés au Québec sont très justifiés, plutôt justifiés, peu justifiés, ou pas justifiés du tout (Q.33)		
	%	% cumulé
Très justifiés	6,6	6,6
Plutôt justifiés	39,7	46,3
Peu justifiés	39,8	86,0
Pas du tout justifiés	14,0	100,0

Les données du sondage démontrent en vérité que l'expression « accommodement raisonnable » est elle-même négativement connotée. Près de 54 % des répondants affirment que de tels accommodements ne sont généralement pas justifiés. Ces données démontrent surtout que la notion peut difficilement être réutilisée aujourd'hui dans le débat public, compte tenu de la suspicion qui l'entoure et, comme on l'a indiqué plus haut, du fait de l'exploitation politique qui en a été faite¹⁴.

¹⁴ D'ailleurs, pour les fins de l'enquête, on a souvent utilisé la notion d'arrangement (plutôt que d'accommodement) pour évaluer l'appui réel des répondants à tel ou tel

En contrepartie, la possibilité d'offrir de tels accommodements est acceptée par une majorité des Québécois qui, quel que soit le groupe sont susceptibles de se les voir proposés (Tableau 7).

Tableau 7
Appuis aux accommodements en fonction de groupes spécifiques

Groupes susceptibles de bénéficier d'accommodements	%
Les personnes ayant un handicap	98,9
Les femmes enceintes	98,5
Les femmes qui ont des enfants	96,0
Les personnes ayant un problème de santé mentale	95,7
Les Autochtones	79,2
Les minorités visibles ¹⁵	74,8
Les personnes de diverses orientations sexuelles	74,4
Les personnes issues de l'immigration	71,9
Les personnes qui ont une religion	59,6

La proportion de ces appuis variés cependant en fonction des groupes à l'égard desquels ces accommodements sont envisagés. On remarquera par exemple que si la presque totalité des personnes interrogées appuient le principe des accommodements raisonnables à l'égard des personnes handicapées, des femmes enceintes ou des femmes assumant des responsabilités parentales, l'appui aux accommodements religieux tombe à 60 %.

type d'accommodement. De façon simplifiée, nous pourrions être amenés à dire que la notion d'arrangement est plus positivement reçue que la notion d'accommodement et que cette dernière est mieux reçue que la notion d'accommodement « raisonnable ».

¹⁵ Dans les faits, la CDPDJ n'a jamais eu à envisager la proposition d'accommodements raisonnables pour des motifs rattachés à l'identification d'une personne à une minorité visible particulière. Il s'agit donc plutôt d'une hypothèse d'école qui rend indirectement compte de la prédisposition des répondants vis-à-vis des personnes racisées. À titre comparatif, un sondage réalisé en 2008 révélait que 61 % des Canadiens considéraient qu'il y avait trop d'accommodements à l'égard des minorités visibles. On consultera à ce propos, Soroka STUART et Sarah ROBERTON, *Étude documentaire de la recherche sur l'opinion publique canadienne concernant le multiculturalisme et l'immigration pour la période 2006-2009*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada, mars 2010, 46 pages en ligne : www.cic.gc.ca/francais/pdf/recherche-stats/2012-por-multi-imm-fra.pdf (consulté le 15 mars 2016).

Il s'agit évidemment d'un appui de principe à l'idée des accommodements religieux.

L'enquête permettait en effet de mesurer encore plus précisément l'appui de l'opinion à un certain nombre d'accommodements, souvent proposés par la Commission. Les données tendent à démontrer que les accommodements religieux les plus souvent envisagés sont mal reçus par l'opinion (Tableau 8).

Tableau 8
Appui à une diversité d'accommodements spécifiques

Appui à une série d'accommodements fréquemment envisagés (Q.19)	%
L'adaptation d'un commerce pour faciliter l'accès aux clients handicapés	99,6
La possibilité de participer à une activité récréative en présence d'un chien pour aveugle	98,2
L'autorisation à une personne de s'absenter du travail pour une cure de désintoxication	96,6
L'aménagement des horaires de travail pour le parent afin d'aller chercher ses enfants à la garderie	93,3
La permission qu'un étudiant en difficulté scolaire prenne plus de temps pour finir un examen	83,9
La prise en compte des exigences alimentaires des groupes religieux à la cafétéria des écoles	43,0
Accorder des congés particuliers pour des raisons culturelles	38,1
L'attribution d'espaces de prières dans les collèges et les universités	37,6
Permettre à un étudiant de parler une langue différente de celle utilisée dans son cours	35,3

On constate ici un clivage clair entre les accommodements susceptibles de recevoir l'appui de la population et ceux qui divisent l'opinion. Pour l'essentiel, il s'agit de questions culturelles et religieuses. Plus spécifiquement, l'idée d'adapter les menus des cafétérias des écoles¹⁶ et d'aménager

¹⁶ *Id.*, p. 25. Un sondage CROP réalisé en 2008 (reprenant les questions d'un sondage SOM mené en 2007) révèle que la plupart des Québécois s'opposaient encore au port du kirpan à l'école (87%), au port du hijab à l'école (58%), à un match de soccer (66%) ou à la proposition d'un menu différent à la cafétéria de l'école pour des motifs

des espaces de prière dans les maisons d'enseignement¹⁷ ne reçoit l'appui que d'une minorité des participants à l'enquête menée en 2015. Ces données concordent d'ailleurs avec celles qu'on a pu recueillir dans le cadre d'autres études du genre. Les réponses au sondage posent également la question de la diversité linguistique dont on ne traite pas spécifiquement ici, mais qui mériterait une analyse détaillée.

V. Âge, scolarité, proximité et rapport au religieux

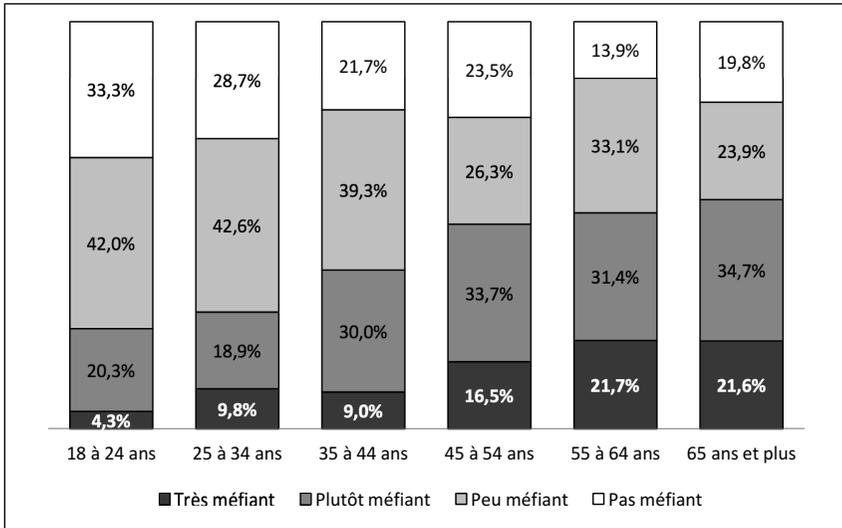
Plusieurs facteurs socio-démographiques sont susceptibles d'expliquer les variations observées au sein de l'opinion en matière de diversité religieuse. Parmi ces facteurs, l'âge et la scolarité comptent parmi les variables les plus explicatives : opinion à l'égard des personnes d'autres religions, méfiance ou indifférence vis-à-vis de l'affirmation publique d'une appartenance religieuse, accommodements raisonnables en matière religieuse.

Abordés schématiquement, on peut affirmer que les répondants plus âgés sont plus méfiants à l'égard des personnes d'autres religions que les répondants plus jeunes. Il en va de même des répondants les moins scolarisés, étant entendu que les chances de bénéficier d'un niveau de scolarité élevé sont plus élevées au sein de la jeune génération. Cette tendance est observable pour toutes les variables étudiées ici. Ces tendances varient toujours linéairement. Le Graphique 2 rend compte, par exemple, de l'attitude des répondants vis-à-vis de l'affirmation publique d'une appartenance religieuse en fonction de leur âge.

religieux (58 %). La seule baisse statistiquement significative enregistrée entre 2007 et 2008 résidait dans une opposition moins marquée au port du hijab à l'école (en baisse de 7 points de pourcentage); sur les autres enjeux, les partisans du recours à des accommodements en milieu scolaire formaient une minorité.

¹⁷ Un sondage SOM réalisé pour *Le Soleil* et *La Presse*, entre septembre et octobre 2007, révélait que moins du tiers des Québécois étaient favorables à l'aménagement de lieux de prière dans les collèges et les universités, alors que cette possibilité était beaucoup plus positivement reçue par les deux tiers des répondants dans le reste du Canada (Léger Marketing pour l'Association d'études canadiennes, octobre 2007); 58 % des Québécois se disent d'accord avec le fait que certaines universités aient désigné des locaux spécifiques comme espace de prière. Données tirées de Magali GIRARD, *Résumé de résultats de sondages portant sur la perception des québécois relativement aux accommodements raisonnables à l'immigration, aux communautés culturelles et à l'identité canadienne-française*, 2008, p. 51, en ligne : www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-6-girard-magali.pdf (consulté le 15 mars 2016).

Graphique 2
Âge et méfiance vis-à-vis de l'affirmation publique
d'une appartenance religieuse (Q.15b)

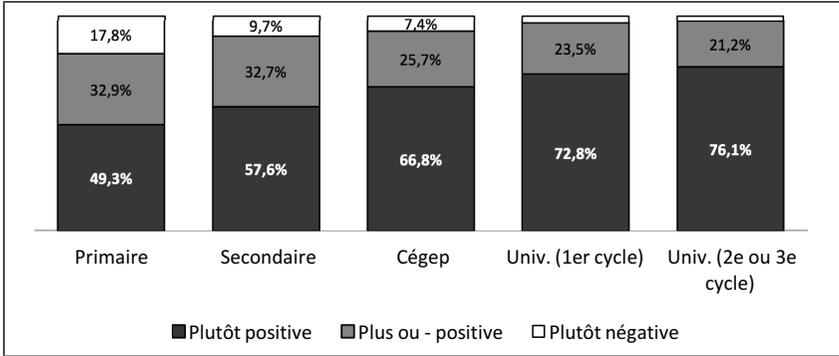


$$X^2 \leq 0,000$$

On constate que si 75 % des jeunes affichent très peu de méfiance à l'égard de l'affirmation publique d'une appartenance religieuse, 56 % des personnes âgées de plus de 65 ans disent au contraire entretenir vis-à-vis de cette présence publique, une certaine méfiance. Il en va de même en matière d'accommodement religieux. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette tendance. La socialisation au sein d'une société moins diversifiée peut expliquer une certaine méfiance à l'égard d'une plus grande diversité de référence religieuse. En contrepartie, il est vraisemblable que les répondants plus jeunes soient plus indifférents que positivement disposés à l'égard de la diversité religieuse. Il s'agit d'hypothèses à explorer ultérieurement dans le cadre d'enquête de nature plus qualitative.

Le niveau de scolarité des répondants constitue également une variable dont la valeur explicative est forte. Ainsi, pour donner un autre exemple, s'agissant de l'opinion des répondants à l'égard de la diversité religieuse, il apparaît clairement que les répondants les plus scolarisés affichent une plus grande ouverture vis-à-vis des personnes d'autres religions que les répondants les moins scolarisés (Graphique 3).

Graphique 3
Niveau de scolarisation et opinion (positive ou négative)
à l'égard de personnes d'autres religions (Q.7 i)



$$X^2 \leq 0,000$$

En tenant compte de ce que la scolarité est un indicateur important de l'origine sociale, ces données révèlent que le rapport aux droits de la personne est en partie fonction de leur condition sociale. Si les répondants moins scolarisés reconnaissent majoritairement que la *Charte* vise à protéger « tous les individus de la société » (63 %), cette proportion est significativement plus élevée chez les répondants les plus scolarisés (77 %). De même, si 49 % des répondants les moins scolarisés affirment que la société québécoise est « trop ouverte aux personnes d'autres origines culturelles » cette proportion chute à 15 % chez les répondants les plus scolarisés.

Ces constats étant établis, l'étude démontre surtout que la *proximité des rapports* constitue le facteur le plus explicatif des variations d'opinion et d'attitude vis-à-vis de la diversité. Cette tendance est stable pour l'essentiel des variables et des groupes sociaux étudiés, et ce, quel que soit le motif de discrimination en cause : homosexualité, handicap, conditions sociales, etc. C'est également le cas en matière de conviction religieuse. Plus les répondants témoignent de rapports fréquents avec des personnes d'autres religions, plus ils sont ouverts à l'égard des différentes expressions de la diversité religieuse : opinion à l'égard des personnes d'autres religions, accommodements raisonnables, acceptation des diverses formes que peut emprunter l'affirmation publique d'une conviction religieuse, etc. (Tableau 9).

Tableau 9
Fréquentation de personnes de confessions diverses (Q.23 c)
et opinion vis-à-vis des personnes d'autres religions (Q.7g)

Diversité de relations religieuses	Opinion négative	Opinion + ou – positive	Opinion positive
Souvent	3,1 %	19,6 %	77,4 %
Parfois	6,3 %	25,8 %	67,9 %
Rarement	9,1 %	35,8 %	55,1 %
Jamais	23,9 %	35,8 %	40,4 %

On constate ainsi que les répondants qui affirment entretenir des rapports fréquents avec des individus d'autres religions alimentent très majoritairement des sentiments positifs à leur égard (77 %), alors que 60 % des répondants qui affirment ne « jamais » entretenir de telles relations alimentent à l'égard des personnes de religion différentes, des sentiments « négatifs » (24 %) sinon « plus ou moins positifs » (36 %). Ces données tendent à démontrer que le caractère de plus en plus cosmopolite de la société québécoise s'accompagne globalement d'une plus grande ouverture à l'égard des différences culturelles et religieuses.

VI. Le rapport au religieux : une spécificité québécoise sur le plan nord-américain ?

Le rapport au religieux ne peut jamais être étudié abstraitement sans tenir compte du contexte où se développent les attitudes et les opinions des sujets concernés. Au sein de la société québécoise, la relation au phénomène religieux ou à la religion, abordée en tant que système de référence personnelle, s'inscrit dans un contexte historique particulier. La rupture avec l'Église dans la foulée de la Révolution tranquille et le souvenir problématique d'une société encadrée par le clergé comportent forcément des effets sur les représentations sociales.

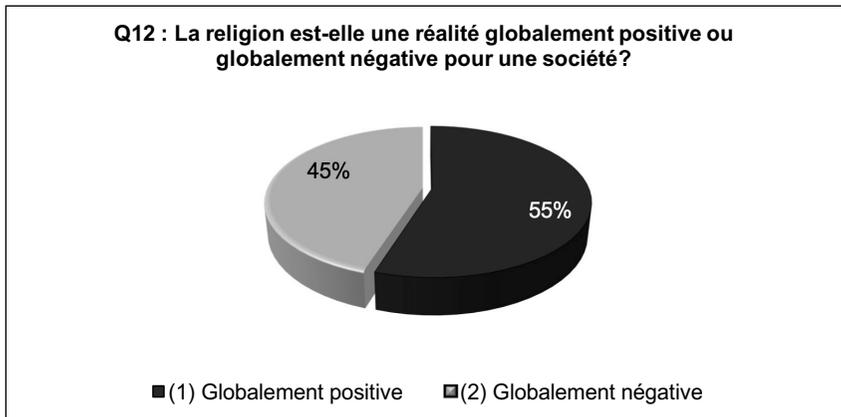
L'enquête menée en 2015 a du moins permis de réaliser que la religion n'offre plus un système de référence valorisé socialement. Interrogés sur l'orientation de leur vie personnelle, 5 % des Québécois seulement définissent la religion comme leur principal système de référence (Tableau 10).

Tableau 10
Les systèmes de référence variés des Québécois

Q.4 – Vous-même, pour diriger votre vie, est-ce ce que vous vous appuyez surtout...	%
Sur les valeurs de la société	38,2
Sur vos intérêts personnels	33,3
Sur la loi	23,3
Sur la religion	5,2

Par ailleurs, invités à indiquer s'ils considéraient la religion comme un fait globalement positif ou globalement négatif, 45 % des répondants de l'enquête ont indiqué qu'ils considéraient la religion comme une réalité « globalement négative » (Graphique 4).

Graphique 4
Religion, réalité positive ou négative (Q.12)



$$X^2 \leq 0,000$$

On possède peu de mesures comparables à l'échelle canadienne. Une enquête commandée par la *Fondation canadienne des relations raciales* et menée en 2014 auprès de 2005 répondants canadiens tend à confirmer les données de l'enquête réalisée au Québec en 2015 (Tableau 11). On y constate que 51 % des Francophones et 47 % des Québécois considèrent que « Être religieux crée un obstacle à une pleine participation à la so-

ciété canadienne», une opinion confirmant un certain attachement aux fondements d'une société largement sécularisée¹⁸.

Tableau 11
Rapport au religieux, données de la Fondation canadienne des relations raciales

Être religieux crée un obstacle à une pleine participation à la société canadienne.	Total	Francophone	Anglophone	Autres	Atlantique	Québec	Ontario	Manitoba/Saskatchewan	Alberta	Colombie-Britannique
Entièrement d'accord	35 %	51 %	31 %	29 %	26 %	47 %	31 %	40 %	35 %	30 %
Fortement d'accord	13 %	20 %	12 %	10 %	6 %	19 %	12 %	14 %	11 %	13 %
Plutôt d'accord	22 %	31 %	20 %	19 %	20 %	28 %	19 %	26 %	24 %	17 %
Entièrement en désaccord	54 %	41 %	58 %	57 %	59 %	44 %	58 %	50 %	58 %	55 %
Plutôt en désaccord	25 %	21 %	25 %	32 %	34 %	23 %	26 %	19 %	22 %	31 %
Fortement en désaccord	28 %	20 %	33 %	25 %	26 %	21 %	32 %	30 %	36 %	24 %
Je ne sais pas	10 %	6 %	9 %	13 %	13 %	8 %	10 %	10 %	6 %	14 %
Je préfère ne pas répondre	1 %	1 %	2 %	1 %	2 %	1 %	2 %	1 %	1 %	1 %

¹⁸ À ce propos, on lira avec intérêt les textes de E.-Martin MEUNIER et Joseph Yvon THÉRIAULT (dir.), *Les impasses de la mémoire. Histoire, filiation, nation et religion*, Montréal, Fides, 2007; É.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la « Grande noirceur ». L'horizon « personnaliste » de la Révolution tranquille*, Sillery, Septentrion, 2002; Robert MAGER et Serge CANTIN (dir.), *Modernité et religion au Québec. Où en sommes-nous ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, notamment les chapitres proposés par Donald BOISVERT, « Écho d'une Révolution moins que tranquille : identité et catholicisme québécois » et Maurice BOUTIN, « Mémoire sélective et tradition ». Dans une perspective comparative, on consultera également avec intérêt FONDATION CANADIENNE DES RELATIONS RACIALES, *Rapport sur les valeurs canadiennes*, en ligne : www.crr.ca/images/Our_Canada/CRRF-FCRR_Appendix-Annexe.pdf (consulté le 16 mars 2016).

¹⁹ FONDATION CANADIENNE DES RELATIONS RACIALES (FCRR), *Le Rapport sur les valeurs canadiennes*, 19 novembre 2014, Annexe, 15 pages, en ligne : www.crr.ca/images/Our_Canada/CRRF-FCRR-Report-Values-Rapport-valeurs_canadiennes.pdf (consulté le 16 mars 2016).

La question ne semble pas avoir été directement posée en contexte américain. Cela étant une étude récemment menée aux États-Unis par le *Pew Research Center* tend à démontrer que les citoyens qui constatent une perte d'influence de la religion dans la société américaine considèrent généralement que cette perte est une mauvaise chose. Ainsi, si 70 % des catholiques et 75 % des protestants affirment observer un déclin de l'influence religieuse aux États-Unis, 90 % d'entre eux voient ce déclin comme un phénomène négatif. En contrepartie, 49 % des répondants qui, sans appartenance religieuse affirmée (*unaffiliated*), disent constater le déclin de l'influence religieuse au pays, affirment au contraire que ce déclin est un phénomène positif²⁰. Or, il s'agit de proportions très proches de celles qu'on a pu enregistrer chez les Québécois qui, sous ce rapport, se comportent essentiellement comme des Américains athés ou agnostiques. Or ceux-ci ne représente en réalité que 20 % de la population américaine. D'ailleurs : « Among only atheists and agnostics, half (50%) see religion's influence as declining and see this as a good thing, while only 12% say it's a bad thing. But among those who say their religion is "nothing in particular", 37% say religion's declining influence is a bad thing and 27% say it's a good thing²¹ ».

L'étude américaine menée par le *Pew Research Center* met ainsi en évidence la place que la religion occupe en tant que référence aux États-Unis, même pour une partie des répondants affichant un faible intérêt personnel pour la religion. Le tout tend à confirmer la place importante que la religion continue à occuper en tant que référence dans l'esprit d'une proportion importante des Américains, y compris ceux pour lesquels la religion ne constitue pourtant pas une référence personnelle significative.

²⁰ Voir : Michael LIPKA, « Is religion's declining influence good or bad ? Those without religious affiliation are divided », 23 septembre 2014, en ligne : www.pewresearch.org/fact-tank/2014/09/23/is-religions-declining-influence-good-or-bad-those-without-religious-affiliation-are-divided (consulté le 14 octobre 2016).

²¹ Comme le révèle par ailleurs l'étude, il s'agit d'une désaffection très relative en effet : « Two-thirds of them say they believe in God (68 %). More than half say they often feel a deep connection with nature and the earth (58 %), while more than a third classify themselves as "spiritual" but not "religious" (37 %), and one-in-five (21 %) say they pray every day. In addition, most religiously unaffiliated Americans think that churches and other religious institutions benefit society by strengthening community bonds and aiding the poor ». Voir : PEWRESEARCHCENTER, « "Nones" on the Rise », 9 octobre 2012, en ligne : www.pewforum.org/2012/10/09/nones-on-the-rise (consulté le 14 octobre 2016).

La société québécoise représente, par conséquent, en regard du fait religieux, un véritable cas d'espèce.

On a indiqué déjà que cette position critique n'était pas tant centrée sur la légitimité des convictions religieuses que sur l'expression publique de ces convictions. Les répondants à l'enquête ont ainsi affiché une certaine prédisposition à adapter leur propre habitude de manière à faciliter l'intégration de Québécois d'autres origines (58 %) et admettent très largement l'idée que les citoyens issus d'autres traditions conservent une partie de leurs références (78 %). En contrepartie 60 % d'entre eux sont opposés à l'idée que les lois puissent être changées pour favoriser leur intégration (Tableau 12).

Tableau 12
Rapport à l'immigration et à la diversité ethnique

Énoncés	%
« Les communautés culturelles doivent conserver certaines de leurs traditions pour enrichir notre société » (Q.9c)	78
« Il est normal de modifier certaines de nos pratiques sociales pour nous adapter à la diversité culturelle de notre société » (Q.9b)	57,5
« Il ne faut absolument pas modifier les lois et les normes de notre société pour intégrer les citoyens d'autres origines que nous » (Q.9d)	58,9

Cette dernière donnée confirme une tendance déjà observée. Pour une vaste majorité des répondants, les différentes expressions de la diversité religieuse et culturelle relèvent essentiellement de la sphère privée, sinon des rapports interpersonnels : conserver certaines traditions ; modifier certaines de nos pratiques sociales. Par opposition, tout changement de la législation est jugé difficilement acceptable. Cette position de principe concorde apparemment avec la réticence exprimée par les répondants vis-à-vis des accommodements impliquant des lieux ou des institutions publiques : collèges, universités et cafétérias des écoles. Au sein de l'opinion, l'appartenance religieuse relèverait ainsi de la vie personnelle et familiale (de la liberté de conscience) et n'est pas envisagée du point de vue de l'exercice de la liberté d'expression, telle que la chose est actuellement définie par la Charte.

Conclusion en forme de questionnement

Pour le juriste, l'intérêt de la perspective sociologique réside dans la distance qu'elle met entre la définition juridique du monde et sa réalité vécue. Elle porte un regard impie sur des choses sacrées. Même au sein des Facultés de droit, la *Charte des droits et libertés de la personne* était, au moment de son adoption, reconnue surtout pour sa force évocatrice ; sa fonction iconographique²². Si ses dispositions étaient encore peu étudiées en Faculté au début des années 80, elles sont citées aujourd'hui dans un nombre toujours croissant de décisions judiciaires. La *Charte* est ainsi graduellement devenue une réalité *juridique*²³. Au plan collectif, l'étude menée en 2015 révèle qu'elle constitue également une référence collective et c'est sans doute cette intégration dans le champ des représentations sociales qui garantit le mieux sa mise en œuvre. Le droit ne se suffit pas toujours à lui-même. C'est la principale contribution de la sociologie juridique que de le démontrer constamment.

Une tension, tout de même, s'immisce entre la norme juridique entendue comme idéal abstrait et le droit en tant que référence sociale. Cette tension n'est pas propre au champ des droits de la personne. Elle s'exprime régulièrement dans d'autres domaines, chaque fois que le sens commun est confronté à une décision ou à une législation en rupture avec les représentations dominantes de la société.

Se pose alors la question des conditions qui fondent la légitimité de la règle de droit. Il s'agit d'un problème qui traverse la théorie du droit et les différentes déclinaisons de la théorie de la justice, sinon de la théorie démocratique. Chez les positivistes comme Hart, le droit positif ne perd pas sa validité, même lorsqu'il heurte le sens moral des sujets de droit. Il reconnaît tout de même qu'il est de loin préférable que les standards éta-

²² Jacques CHEVALLIER, « Droit et mémoire », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Le droit, une variable dépendante. Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 639.

²³ Sur ce sujet, on consultera avec profit le texte rédigé sous la plume de Pierre Issalys dans l'ouvrage Pierre NOREAU, France HOULE, Martine VALOIS et Pierre ISSALYS (dir.), *La justice administrative entre indépendance et responsabilité. Jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 144.

blis par le droit trouvent un relais dans les représentations sociales²⁴. La chose est d'autant plus nécessaire que toutes les études sur la question révèlent que la conception que les citoyens se font du droit reste essentiellement symbolique²⁵. C'est le droit en tant que référence morale²⁶. On comprend du coup qu'il est difficile d'aborder sérieusement l'évolution de la normativité juridique à l'extérieur de toute référence à l'état des rapports sociaux, sauf de réduire le phénomène juridique à une série d'énoncés impératifs. C'est le drame du normativisme. La définition juridique du monde n'a pas en soi d'efficacité démontrée. Du moins, cette question est-elle régulièrement posée par les études menées sur l'effectivité du droit²⁷. On peut supposer que si le droit connaît une certaine effectivité... ce n'est vraisemblablement pas pour la raison qu'on croit !

Certaines avenues méritent d'être explorées. Par exemple, il est tentant d'affirmer métaphoriquement que le droit constitue cet espace où la société s'entretient avec elle-même ? Cette idée suppose cependant une transparence des échanges sociaux que l'observation de la réalité quotidienne contredit. L'ajustement mutuel des comportements est sans doute un mécanisme plus susceptible que la législation d'assurer la pacification continue des rapports sociaux. En comparaison de cette incessante médiation sociale, le débat parlementaire prend des dimensions quasi-esthétiques. C'est une perspective moins ironique qu'on peut le croire, dans la mesure où « la loi » est très largement conçue au sein de l'opinion comme un absolu ; une réalité qui, comme la beauté, à valeur en soi. En conséquence

²⁴ Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 71-89.

²⁵ Pierre NOREAU et Pierre-Olivier BONIN, « Faire droit... devenir juriste, Trajectoire des étudiants en faculté : une étude en contexte québécois », [inédit, manuscrit en cours de publication].

²⁶ Sur la dimension symbolique du droit : Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine THIBIERGE et autres (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 137 et Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il ? : Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 205.

²⁷ Lire notamment sur la question de l'effectivité du droit : Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théorie et émergence du droit. Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 133 et Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs : une étude de l'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

de quoi, sa fonction est certainement autant de rassurer le citoyen dans ses convictions que d'orienter son comportement.

À quoi sert le droit²⁸ : projet pédagogique, programme moral, cadre d'action, outil de *social engineering* ? La fonction assurée par le droit connaît certainement autant de déclinaisons possibles que de sociétés humaines. La Charte constitue dans ce sens un extraordinaire objet de questionnement, parce qu'elle exemplifie tous les problèmes de la fonction sociale du droit. Son intégration en tant que valeur de référence doit sans doute davantage à l'évolution des pratiques et des représentations sociales qu'à *la seule force du droit*. Du moins, cette hypothèse permet-elle d'expliquer la relation ambiguë qu'entretiennent les Québécois avec le fait religieux, en marge de la certitude juridique. La compréhension du droit contemporain ne peut faire l'économie de l'étude de sa réception et de sa constante réinterprétation sociale. C'est peut-être dans cette réappropriation que s'incarnent au mieux les idéaux de la délibération publique. Elle fonde du moins la version contemporaine du programme de recherche établi au XVIII^e siècle par Montesquieu : la compréhension du droit par l'étude des mœurs.

²⁸ C'est le titre d'un ouvrage récent de Jacques COMMAILLE, *À quoi sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.

Liberté de religion, droit à la non-discrimination et neutralité religieuse dans la jurisprudence canadienne : une analyse de l'arrêt *Saguenay*

Jocelyn Maclure* et Sébastien Lacroix**

Introduction	403
I. Résumé de l'arrêt <i>Saguenay</i>	404
II. Laïcité et liberté de conscience	406
III. En quoi l'arrêt <i>Saguenay</i> est-il problématique ?	410
A. Confusion conceptuelle	410
B. Participation démocratique	413
C. L'athéisme est-il une religion ?	413
Conclusion	417

* Professeur titulaire, Faculté de Philosophie (Université Laval).

** Doctorant, Faculté de Philosophie (Université Laval) et membre du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales.

Introduction

Dans le cadre de ce texte, nous souhaitons réfléchir à ce qui nous apparaît être une confusion conceptuelle entre la liberté de religion et le droit à la non discrimination sur la base de la religion dans la jurisprudence canadienne. Notre réflexion est née d'un extrait d'un texte de José Woehrling publié en 1998. Il y affirme que «la liberté de religion, d'une part, et la protection contre la discrimination fondée sur la religion d'autre part, constituent deux droits qui peuvent être invoqués de façon largement interchangeable et qui se chevauchent¹».

D'un point de vue conceptuel, il semble incongru, si l'on pense que les différents droits fondamentaux ont des fonctions différentes, que deux droits puissent être utilisés de façon interchangeable. Surtout, de façon plus conséquente, cette confusion peut mener à des résultats malheureux, comme nous tenterons de le montrer en référant à l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*².

Deux ambiguïtés découlent de cette confusion entre liberté et égalité en matière religieuse. Premièrement, il est parfois difficile d'identifier avec précision ce qui permet de dériver l'obligation juridique d'accommodement raisonnable. Dans quel contexte est-ce la liberté de conscience et de religion qui génère l'obligation ? Dans quel contexte est-ce l'égalité et le droit à la non-discrimination ? Rien n'est moins évident. Deuxièmement, les fondements conceptuels de la neutralité religieuse de l'État apparaissent flous. Est-elle dérivée de la liberté de conscience et de religion, du droit à l'égalité ou de ces deux principes à la fois ?

Cette ambiguïté conceptuelle peut affaiblir la justification des décisions des tribunaux. Or, si l'on accepte la proposition de John Rawls dans son ouvrage *Libéralisme politique*, selon laquelle les raisonnements de la Cour suprême sont l'exemple et l'incarnation les plus élevés de ce qu'il appelle la «raison publique³», il devient crucial d'analyser et de discuter la jurisprudence de façon critique, et ce faisant de participer à la délibération

¹ José WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325, 364.

² *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

³ Voir John RAWLS, «La raison publique», dans *Libéralisme politique*, trad. par Catherine AUDARD, Paris, Presses universitaires de France, 2006, p. 259.

publique qui permet au droit positif d'évoluer. Comme l'ont montré les travaux de José Woehrling, c'est un des rôles de la doctrine juridique d'identifier les incohérences et les angles morts dans la jurisprudence.

Cela dit, on sait que, d'un point de vue stratégique, les plaignants plaident souvent simultanément que deux de leurs droits sont restreints – la liberté de religion ainsi que l'égalité, dans le cas qui nous occupe. Si cela constitue pour eux une décision logique, d'une part car ils doublent leurs chances de succès et d'autre part car il est beaucoup plus facile de démontrer une atteinte à la liberté de religion qu'au droit à l'égalité, il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue analytique, une distinction plus claire et stable doit être établie entre la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité.

Dans un premier temps, nous présenterons les principaux points de l'arrêt *Saguenay* qui sont pertinents pour nous. Ensuite, nous exposerons le cadre théorique mobilisé afin d'identifier, dans un troisième temps, ce que nous considérons être d'importants problèmes conceptuels avec l'argumentaire de la Cour suprême du Canada dans cette affaire.

I. Résumé de l'arrêt *Saguenay*

En 2007, M. Alain Simoneau dépose une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec dans le but principal de faire cesser la récitation de la prière au début des réunions du conseil municipal de la Ville de Saguenay. Selon lui, cette prière va à l'encontre de sa liberté de conscience et de religion puisqu'il est athée. Cette plainte devient, en 2008, une poursuite au Tribunal des droits de la personne du Québec, ce qui amène le conseil municipal à se doter d'un règlement en novembre de la même année pour encadrer ladite prière. Le Tribunal donne raison à M. Simoneau et au Mouvement Laïque Québécois (qui l'appuyait dans ses démarches), décision que la Cour d'appel du Québec renversera en 2013. Rappelons qu'il s'agit d'une prière théiste plutôt minimaliste, dont le seul contenu religieux est une référence à « Dieu » et qui se conclut par « Amen » ainsi que par un signe de croix. La prière est récitée juste avant l'ouverture des séances du conseil municipal, et ces séances débutent deux minutes après la fin de la prière pour permettre aux gens ne souhaitant pas être présents lors de la récitation de la prière de quitter la salle, puis de revenir.

Dans son jugement, la Cour Suprême du Canada affirme que la neutralité religieuse est le corolaire ou découle de la liberté de conscience et

de religion des individus⁴. Selon la Cour, l'obligation de neutralité religieuse n'est pas prévue explicitement dans les Chartes, mais résulte d'une interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion⁵. Si une religion est favorisée par l'État, ce dernier crée une inégalité destructrice de la liberté de religion⁶. Cette affirmation présente déjà une imbrication de l'égalité et de la liberté de religion. Nous remettons en question l'idée voulant que l'inégalité de traitement soit nécessairement destructrice de la liberté de religion.

Pour porter atteinte à l'un des droits reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*, les normes ou pratiques d'une institution publique doivent entraver la capacité d'agir de certaines personnes conformément à leurs croyances, ce à quoi tous ont droit⁷. En forçant M. Simoneau à quitter les lieux, une exclusion fondée sur la religion est établie⁸. En vertu des critères établis dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁹, qui porte sur les souccahs juives, «le tribunal doit 1) être convaincu de la sincérité de la croyance du plaignant et 2) constater une entrave plus qu'insignifiante ou négligeable à la capacité du plaignant d'agir en conformité avec ses croyances¹⁰». Selon la Cour, ces éléments sont réunis en l'espèce. Pour résumer, il est, selon la Cour, nécessaire et suffisant que (i) les circonstances dénotent une volonté de professer, d'adopter ou de favoriser une croyance à l'exclusion des autres et que (ii) la pratique en litige porte atteinte à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau pour pouvoir conclure que (iii) l'État contrevient à son obligation de neutralité religieuse¹¹. En l'espèce, les deux critères étant rencontrés, la Cour conclut en faveur des appelants.

Mais en quoi les circonstances dénotent-elles une telle volonté de la part de la Ville de Saguenay ? Selon la Cour, plusieurs éléments décisifs mettent celles-ci en lumière. Premièrement, la fusion municipale de 2002, avant laquelle certaines ex-municipalités ne récitaient pas de prière, permet

⁴ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 1 et 23.

⁵ *Id.*, par. 71.

⁶ *Id.*, par. 64.

⁷ *Id.*, par. 85.

⁸ *Id.*, par. 84.

⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

¹⁰ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 86.

¹¹ *Id.*, par. 88.

de démentir l'argument de la Ville comme quoi cette prière relève d'une tradition établie de longue date¹². Deuxièmement, avant le Règlement de novembre 2008 (dont la Ville s'est doté après le début du procès devant le Tribunal), la prière récitée était clairement théiste¹³. Troisièmement, le fait de devoir quitter physiquement la salle durant le temps de la prière, soit l'accommodement conçu par la Ville pour les athées et les agnostiques, fait ressortir davantage l'effet d'exclusion de cette pratique¹⁴. Quatrièmement, plusieurs conseillers ainsi que le maire font un geste de croix à la fin de la prière, en plus d'avoir eu un comportement médiatique clairement religieux¹⁵. Rappelons cette déclaration du maire Tremblay, citée par la Cour : « Ce combat-là, je le fais parce que j'adore le Christ, je veux aller au ciel et c'est le plus noble combat de toute ma vie »¹⁶.

La Cour aborde aussi deux autres éléments clés. Tout d'abord, elle affirme que la participation démocratique est entachée par cette entrave à la liberté de conscience et de religion, parce que les incroyants sont forcés de révéler leur position en devant quitter la salle du conseil municipal¹⁷. De plus, afin de considérer qu'une atteinte a été commise à l'endroit de la liberté de religion de M. Simoneau, la Cour est dans l'obligation de suivre sa propre jurisprudence, établie notamment dans l'arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*¹⁸, selon laquelle l'athéisme est une religion. D'un point de vue conceptuel, le fait de considérer l'athéisme en tant que religion pose problème ; cela sera étudié à la section III.C. de ce texte.

II. Laïcité et liberté de conscience

Dans l'arrêt *Saguenay*, la Cour soutient, avec raison selon nous, que la prière contrevient au principe de la neutralité religieuse de l'État et – et c'est ce qui pose problème – que la prière porte atteinte à la liberté de religion des plaignants. La Cour suprême n'écrit pas des traités philosophiques, mais une compréhension plus adéquate des fondements du principe

¹² *Id.*, par. 98.

¹³ *Id.*, par. 99.

¹⁴ *Id.*, par. 101.

¹⁵ *Id.*, par. 102 et 116-118.

¹⁶ *Id.*, par. 116.

¹⁷ *Id.*, par. 120-121.

¹⁸ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

de neutralité religieuse de l'État permet de mettre en relief la vulnérabilité du raisonnement de la Cour.

La neutralité religieuse est dérivée d'un concept *synthétique*, la laïcité. En tant que principe institutionnel, la laïcité est fondée sur l'interaction entre un ensemble de sous-principes. Bien que l'on évoque souvent la laïcité comme un principe monolithique, elle repose sur une pluralité de sous-principes qu'elle doit tenter d'harmoniser.

La proposition que la laïcité soit un principe synthétique est largement acceptée. De façon inductive, il est facile de montrer comment les régimes concrets de laïcité reposent sur une pluralité de principes. Prenons d'abord le cas de la France. Le premier article de la *Loi de séparation des Églises et de l'État de 1905* stipule que « la République assure la liberté de conscience », alors que le second article établit que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte » (principe de séparation). Le Rapport Stasi sur l'application du principe de laïcité affirme de son côté que la laïcité française s'incarne dans les trois principes suivants : (1) la liberté de conscience, (2) le statut juridique égal de toutes les options religieuses et spirituelles, (3) la neutralité de l'État par rapport aux religions¹⁹.

De même, le premier amendement à la Constitution américaine stipule que le Congrès ne doit pas adopter des lois qui auraient pour effet d'établir une religion *ou* de prohiber le libre-exercice de la religion, énonçant ainsi les principes de « non-établissement » et de « libre-exercice » de la religion. Comme en témoigne la jurisprudence américaine, il n'est pas toujours aisé pour les tribunaux de concilier ces deux principes.

Il nous faut donc admettre le caractère synthétique du principe de laïcité. Cependant, passer d'une conception moniste à une conception plurielle et synthétique de la laïcité est un premier pas nécessaire, mais insuffisant. Il faut aussi reconnaître que les principes de la laïcité appartiennent à des catégories ou des types différents. Comme les professeurs Jocelyn Maclure et Charles Taylor l'ont soutenu, il est impératif de distinguer les « finalités » de la laïcité de ses « modes opératoires²⁰ ». En résumé,

¹⁹ Voir COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE, *Rapport au président de la République*, 2003, p. 9, en ligne : lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf (consulté le 24 juillet 2016).

²⁰ Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Boréal, 2010.

les modalités institutionnelles par lesquelles on définit généralement la laïcité, à savoir la *séparation entre l'État et la religion* et la *neutralité de l'État par rapport aux religions* sont en fait les moyens à la disposition de l'État civil démocratique pour réaliser les fins de la laïcité, c'est-à-dire sa volonté d'accorder un *respect égal* à tous les citoyens nonobstant leur conception de la vie bonne et de respecter leur *liberté de conscience et de religion*. Les principes de neutralité et de séparation n'ont pas une valeur intrinsèque ; c'est parce que nous croyons que les citoyens ont droit à la même considération de la part de l'État et que l'exercice de leur liberté de conscience doit être favorisé qu'il est nécessaire qu'il y ait une certaine distance et indépendance entre l'État et les religions. La neutralité et la séparation sont des principes institutionnels dont la valeur vient de leur capacité de permettre à l'État d'accorder une considération égale et de respecter la liberté de conscience de tous les citoyens.

Analysons plus en détail les deux finalités morales poursuivies par la laïcité, soit la liberté de conscience et l'égalité de respect dû à tous les citoyens. Réitérons d'abord que la mise en place d'un État laïque vise la protection de la liberté de conscience des citoyens. L'État laïque se montre « agnostique » quant aux questions de nature métaphysique et théologique. L'État est tout aussi faillible que l'individu, et rien ne laisse croire que la discussion rationnelle mettra fin aux désaccords entre personnes rationnelles et raisonnables sur des questions métaphysiques et théologiques. Il est donc nécessaire de mettre en place un régime respectueux de la liberté de conscience des individus. Plus précisément, c'est la liberté de chacun de croire ou de ne pas croire en Dieu qui est promue, en raison de la souveraineté inhérente à chaque personne quant à ses choix de conscience. Cela inclut inévitablement la liberté d'agir sur la base de ses croyances, et non pas la seule liberté de *croire*.

Cependant, la liberté de conscience n'est pas le seul principe en jeu. Un régime démocratique doit aussi reconnaître une valeur morale égale ou une dignité égale à tous les citoyens. L'État doit être l'État de tous les citoyens, et puisque ceux-ci se rapportent à une pluralité de conceptions du monde et du bien, il ne doit pas s'identifier à une religion ou à une vision du monde particulière. C'est pour cela que les deux modes opératoires de la laïcité sont cruciaux : l'État et la religion doivent être « séparés » et l'État doit se rapprocher le plus de la neutralité par rapport aux doctrines compréhensives religieuses et séculières.

L'importante distinction entre ces *modes opératoires* et les *finalités morales* de la laïcité est essentielle pour comprendre les tensions inévi-

tables qui surgissent dans les régimes laïques. Pour exercer notre jugement de façon éclairée au sujet de ces tensions, une telle distinction est souvent nécessaire. Il n'est pas rare que des citoyens ou des intellectuels affirment qu'il soit nécessaire de limiter la liberté de religion d'un citoyen ou des membres d'un groupe car la pratique religieuse ciblée contreviendrait à la neutralité religieuse de l'État ; pensons, par exemple, au discours justificatif de l'interdiction des signes religieux facilement visibles par les employés des organismes publics pendant le débat sur la Charte de la laïcité. Or, cette justification n'est plus disponible si l'on accepte la primauté des fins sur les moyens. Si l'on veut interdire ou limiter une pratique religieuse *au nom de la laïcité*, il faut le faire car elle entre en conflit avec le principe du respect égal dû à tous ou pour protéger les liberté de conscience et de religion d'autrui²¹.

Prenons un exemple pour illustrer cet argument. Dans une école publique fréquentée très majoritairement par des enfants issus de familles catholiques, les parents ou la direction de l'école pourraient vouloir installer un crucifix dans les locaux ou réciter une prière avant le début des classes, tout en permettant aux enfants d'être exemptés s'ils ne souhaitent pas prier. Du point de vue de la laïcité de l'État, nous considérons que ces pratiques ne sont pas souhaitables et justifiées puisque l'institution publique qu'est l'école s'identifie ici à une communauté religieuse particulière et relaie certains de ses symboles et pratiques. Ce faisant, elle n'accorde pas un respect égal, du moins si l'il s'agit d'une communauté diversifiée sur le plan des croyances et des valeurs, à tous les membres de la communauté. Les élèves et les familles non-religieuses et non-catholiques sont traités comme des citoyens de deuxième ordre. Si l'identification de l'école au catholicisme favorise l'exercice de la liberté de religion des familles catholiques, elle porte néanmoins atteinte au principe du respect égal dû à toutes les familles.

L'objectif ultime de l'État laïque est ainsi la conciliation optimale des principes de respect égal et de liberté de conscience, en sachant qu'une harmonisation parfaite est parfois impossible en pratique. Des conflits peuvent subsister entre l'égalité et la liberté et, surtout, l'élaboration d'un modèle concret de laïcité s'inscrit toujours dans une histoire spécifique et

²¹ Voir Jocelyn MACLURE, « The Meaning and Entailment of the Religious Neutrality of the State: The Case of Public Employees », dans Benjamin L. BARBER et Richard MOON (dir.), *Religion and the Exercise of Public Authority*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 11.

doit composer avec les contingences et singularités propres à chaque contexte. Cette conciliation optimale du respect égal et de la liberté de conscience exige d'une façon ou d'une autre différents degrés de séparation entre le pouvoir politique et les religions et de neutralité religieuse de l'État. Plutôt que d'être « ouverte » ou « stricte », la laïcité doit tenter d'être « équilibrée²² ».

Pour résumer, l'État peut faillir sur le plan du respect égal en privilégiant une conception du monde particulière, tout en respectant la souveraineté des agents par rapport à leurs croyances fondamentales ou leurs évaluations fortes, et l'État peut faillir sur le plan de la liberté de conscience et de religion en pressurant la conscience de certains ou en créant des obstacles à l'exercice de cette liberté. L'un ou l'autre de ces deux échecs pose un sérieux problème à l'État laïque, mais il est impératif de les distinguer afin d'éviter des confusions conceptuelles comme celle de la Cour suprême dans l'affaire Saguenay, que nous analyserons à l'instant.

III. En quoi l'arrêt Saguenay est-il problématique ?

Bien que nous appuyons la conclusion de la Cour suprême dans cette affaire, nous pensons que son argumentaire pourrait être beaucoup plus convaincant. Trois points semblent particulièrement problématiques.

A. Confusion conceptuelle

À notre avis, la Cour a tort de fonder son jugement sur l'atteinte à la liberté de religion. Il n'y a pas de prime abord d'atteinte *sérieuse* à la liberté de religion de M. Simoneau. En s'identifiant à une doctrine particulière, une doctrine théiste, l'État traite les athées et les polythéistes avec moins de considération. Cela ne revient toutefois pas nécessairement à brimer leur liberté de religion. Pensons aux régimes de « Weak Establishment », tels le Royaume-Uni, le Danemark et la Norvège, où une religion a un statut officiel et jouit de certaines formes de reconnaissance politique et symbolique. Ces pays s'identifient à une religion particulière,

²² Pour le concept de laïcité « équilibrée », voir Jocelyn MACLURE et Georges LEROUX, « Charte – Poursuivre sur le chemin de la laïcité équilibrée », *Le Devoir*, 23 janvier 2014, p. A7. Voir aussi Guy LAFOREST, *Un Québec exilé dans la fédération*, Montréal, Québec Amérique, 2014.

respectivement l'Église anglicane et l'Église luthérienne ; nous pourrions aussi penser au statut privilégié de l'Église catholique en Espagne. Ils avantagent donc, dans une certaine mesure, les croyants de ces religions, mais ils protègent tout de même les libertés fondamentales, dont la liberté de conscience, de tous les citoyens. Ce sont des démocraties libérales.

D'ailleurs, lorsque la Cour traite de l'atteinte à la liberté de conscience et de religion, ses propos demeurent évasifs et superficiels. La Cour écrit par exemple : « [l']État peut porter atteinte à la liberté de conscience et de religion notamment par l'adoption d'une loi ou d'un règlement, ou lorsque ses représentants, dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une pratique qui contrevient à son obligation de neutralité²³ ». Toutes les parties importantes de la phrase sont mises en disjonction, de tel sorte que l'énoncé peut être vrai en ne respectant qu'un seul des nombreux critères énumérés. Pourtant, lorsqu'elle se penche sur la discrimination, la Cour est plus directe, comme on peut le voir dans cet extrait : « Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État comme en l'espèce, le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres²⁴ et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant²⁵ ». Ici, les deux critères sont placés en conjonction, créant un énoncé simple et clair.

Cela dit, il faut noter que la définition de la liberté de religion mobilisée par les juges dans l'arrêt *Saguenay* est celle développée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*²⁶ : « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par

²³ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 80.

²⁴ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, préc., note 18, par. 32.

²⁵ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 83.

²⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Pour une analyse plus pointue de la confusion conceptuelle entre liberté de religion et égalité en matière religieuse dans l'arrêt *Big M*, voir Sébastien LACROIX, « L'imposant problème de *Big M* : une analyse conceptuelle de la liberté de religion », dans Jocelyn MACLURE et Sébastien LACROIX (dirs), *Sécularité, laïcité et diversité*, Québec, Presses de l'Université Laval, [à paraître].

leur enseignement et leur propagation»²⁷. Or, une prière récitée au début d'une assemblée municipale ou un crucifix accroché sur un mur dans une institution publique comme une école ou une assemblée législative n'exercent pas une forme de coercition sur la conscience des personnes, en particulier lorsque l'on peut sortir de la salle ou entrer juste après la récitation. Cela n'impose pas de croyances ou ne forcent pas à répudier les croyances que nous avons. Il faut se rappeler que le principe de liberté de conscience est né dans un contexte marqué par la persécution religieuse et l'intolérance à l'égard des hérétiques et de l'apostasie. La liberté de religion nous protège contre la coercition psychologique et physique et permet la mise en pratique de nos croyances. La liberté de religion ne nous donne pas un droit à ne pas être exposé à la religion des autres. D'ailleurs, pour démontrer l'atteinte à la liberté de religion, la Cour doit faire de l'athéisme une religion, ce qui est incongru et ce qui n'a pas été affirmé dans la preuve des plaignants. Nous y reviendrons.

Si la prière au conseil de Ville de Saguenay pose problème, c'est sur le plan de l'égalité morale de tous les citoyens et de la neutralité corrélative par rapport aux conceptions du bien à laquelle l'État doit aspirer en contexte de pluralisme. En débutant les réunions du conseil par une prière théiste, la Ville épouse une doctrine théiste et par conséquent ne traite pas également tous ses citoyens. Dans les sociétés marquées par le pluralisme des conceptions de monde et du bien, l'État doit autant que possible éviter, comme Rawls l'a affirmé, de s'identifier à l'une des « doctrines englobantes » adoptées par les citoyens. La neutralité religieuse de l'État qu'aucune posture métaphysique et morale raisonnable ne soit favorisée ou défavorisée par l'État.

Cela dit, s'il y a un argument que l'on peut accorder à la Cour, c'est que l'obligation de sortir de la salle avant le début de la prière force indirectement les athées et les agnostiques indisposés par la prière à exprimer publiquement leurs convictions, ce que les institutions publiques ne devraient jamais obliger les individus à faire. Il y a, ici, une atteinte à la liberté de conscience, mais il ne faut pas exagérer son ampleur : il est tout à fait possible pour le citoyen concerné d'entrer dans la salle tout juste après la récitation de la prière, plutôt que d'être déjà présent et de devoir quitter les lieux.

²⁷ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 68, citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 26, 336.

B. Participation démocratique

L'un des arguments les plus intéressants de la Cour suprême dans ce jugement concerne l'égalité politique des citoyens ou l'égalité dans l'accès au processus démocratique. Les athées ne sont évidemment pas exclus formellement de la démocratie municipale saguenéenne, mais l'incorporation de la prière au processus crée ce qu'on pourrait appeler une inégalité symbolique entre les citoyens et rend le processus moins invitant pour les citoyens athées et tous ceux qui considèrent que les pouvoirs religieux et politiques devraient être séparés. La Cour indique clairement que la participation de M. Simoneau au processus démocratique de sa ville est atteinte par ladite prière. En effet, on affirme que sa participation n'est possible qu'« au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation »²⁸. Selon la Cour, il doit en quelque sorte choisir entre son désir de participer à la démocratie municipale et l'exercice de sa liberté de conscience et de religion. Cela se fait principalement sentir par son exclusion de la salle du conseil au moment de la récitation de la prière. Pour respecter les préceptes de ce qui est vu par le tribunal comme sa « religion », l'athéisme, il doit s'exclure et est obligé d'afficher ses croyances. Or, les institutions démocratiques devant encourager et favoriser la participation la plus large et active possible, et non la décourager, cet état de fait pose problème. Encore ici, c'est sur le principe d'égalité bien plus que celui de liberté de religion que s'appuie le raisonnement du tribunal : l'égalité dans les conditions d'accès au processus démocratiques est compromise. La liberté de religion du plaignant, toutefois, n'est pas en jeu : l'athéisme n'a pas de livre saint selon lequel les prières seraient blasphématoires ou interdites. Bien au contraire, l'athéisme bien compris n'a aucun dogme religieux, ce dont il sera maintenant question.

C. L'athéisme est-il une religion ?

Pour qu'il y ait atteinte à la liberté de religion, la Cour doit reconnaître une religion à M. Simoneau. C'est ce qu'elle fait en reprenant un aspect de l'argumentaire du plaignant, qui se dit athée. Dans les mots de la Cour : « La prière récitée par le conseil municipal en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence

²⁸ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 120.

fondée sur la religion, soit l'athéisme de M. Simoneau»²⁹. Cela dit, faire de l'athéisme une « foi » est incongru puisque le rejet de l'hypothèse de l'existence de Dieu s'appuie généralement sur une conception naturaliste et scientifique du monde. Une conception athéiste, jusqu'à preuve du contraire, n'inclut pas d'articles de foi ou de pratiques religieuses auxquels l'athée devrait renoncer étant donné la récitation de la prière. L'athéisme de M. Simoneau est présenté exclusivement comme une doctrine négative, qui nie l'existence d'un Dieu, et ne semble pas incorporer une doctrine positive prescrivant des comportements comme le font d'autres doctrines englobantes³⁰. Cela correspond à la définition philosophique de l'athéisme en tant que négation du théisme³¹.

Il y a donc une tension entre la conception philosophique de l'athéisme comme pensée négative et la conception juridique de l'athéisme en tant que religion. Même en acceptant pour les besoins de la cause la conception de la Cour, cela ne fait pas de l'athéisme une religion pour autant, étant donné la définition de ce qu'est une religion retenue par la Cour. En effet, la Cour paraphrase le professeur Richard Moon³² en affirmant « qu'une croyance religieuse est plus qu'une opinion. Elle est le prisme à travers lequel une personne perçoit et explique la réalité qui l'entoure. Elle définit le cadre moral qui guide sa conduite. La religion est partie intégrante de l'identité de chacun³³ ». Cette définition de ce qu'est une religion ne peut être accolée à l'athéisme de M. Simoneau en l'espèce, car aucun indice ne nous est donné pour savoir s'il s'agit réellement d'un cadre moral guidant sa conduite, d'une partie intégrante de son identité ou du prisme explicatif de nature métaphysique ou morale pour lui. Le droit de ne pas croire en Dieu doit faire partie des libertés fondamentales, mais il relève davantage de la liberté de conscience que de la liberté de religion. En ce sens, les juges rejoignent la position historique de la Cour suprême du Canada, pour qui « [l]a même protection s'applique, pour les

²⁹ *Id.*, par. 120 (nous soulignons).

³⁰ Pensons par exemple à certaines formes d'humanisme civique, à un existentialisme inspiré de Sartre ou à divers courants écologistes.

³¹ Voir John J.C. SMART, « Atheism and Agnosticism », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : plato.stanford.edu/entries/atheism-agnosticism (consulté le 22 juillet 2016).

³² Richard MOON, « Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », (2012) 45 *University of British Columbia Law Review* 497, 507.

³³ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 2, par. 73.

mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses [qu'aux expressions et manifestations de croyance] »³⁴.

On pourrait cependant offrir une autre justification aux propos de la Cour, en insistant non pas sur le fait que l'athéisme est une religion, mais que les pratiques de l'athéisme de M. Simoneau relèvent de ce que les juristes appellent les « convictions religieuses ». Définies au sens large, celles-ci sont les incarnations concrètes du phénomène religieux tel que vécu par un individu donné. Selon le professeur Louis-Philippe Lampron³⁵, trois grands critères permettent de qualifier une conviction de « religieuse ».

Premièrement, les convictions religieuses concernent directement ce qui est une « croyance » ou une « conviction ». Cette phrase n'est pas que tautologique : elle révèle que les convictions religieuses ne sont pas l'affaire des sciences, de la certitude ou du connaissable. En ce sens, les convictions religieuses ne peuvent être de simples connaissances. Un individu qui connaîtrait les dix Commandements de la chrétienté, par exemple, mais ne se considérerait pas lié par ceux-ci, n'aurait pas réellement une conviction religieuse. Il devrait se sentir obligé par les Commandements pour que nous puissions dire qu'il a une conviction religieuse. Peut-on donc utiliser cette conceptualisation des convictions religieuses pour dire que M. Simoneau a une conviction athée qualifiable de « religieuse » ? D'un certain point de vue, nous pourrions dire que oui, puisque son athéisme pourrait relever d'une croyance – l'inexistence d'une force métaphysique plus grande que nous – plutôt que d'un savoir³⁶. Cela dit, sa liberté de religion n'est pas remise en question en l'espèce, car la prière du conseil municipal de la Ville de Saguenay ne l'empêche pas de maintenir sa conviction athée – bien que, rappelons-le, la prière crée une inégalité de traitement entre les citoyens.

Deuxièmement, les convictions religieuses peuvent être vues en tant que réponses métaphysiques aux questions existentielles de la vie humaine (la mort, les raisons de la vie humaine, l'origine de celle-ci, etc.). Selon

³⁴ *Id.*, par. 70, citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 26, 346.

³⁵ Louis-Philippe LAMPRON, *La hiérarchie des droits. Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, Bruxelles, Peter Lang, 2012, p. 42-49.

³⁶ Cela dit, plutôt que de prétendre être capable de démontrer l'inexistence de Dieu, l'athéisme peut simplement être dérivé de la croyance selon laquelle c'est la démarche scientifique qui nous permet de découvrir ce qui existe.

ce point de vue, les réponses religieuses et séculières aux mystères métaphysiques sont équivalentes en ce qu'elles sont des actes de foi. Comme nous le disions précédemment, ces réponses sont des convictions et non pas des certitudes, qu'elles soient religieuses ou areligieuses. Le problème central de cette proposition, c'est qu'elle élimine la possibilité de discriminer entre les convictions réellement religieuses et les convictions séculières, qui sont généralement de nature philosophique. Ces dernières ne devraient pas être protégées par la liberté de religion, puisqu'elles ne sont pas religieuses. Cela ne signifie pas que les convictions athées, existentialistes, écologistes ou autrement areligieuses ne méritent pas de protection de l'État ; simplement, celles-ci relèvent de la liberté de conscience et non pas de la liberté de religion. Cette seconde conceptualisation des convictions religieuses ne résout donc pas non plus le problème de la Cour suprême, qui considère l'athéisme comme une religion.

Une troisième et dernière façon de conceptualiser les convictions religieuses, c'est de les voir en tant que croyances liées à une « religion ». Celle-ci peut être considérée de manière collective ou individuelle. Dans le premier cas, l'accent est mis sur l'aspect institutionnel ou commun. Il est donc possible d'identifier des critères objectifs selon lesquels une conviction donnée est religieuse, puisqu'une communauté de croyants partagent certaines pratiques et habitudes. Dans le cas d'une religion dite individuelle, on n'insiste que sur la *croyance sincère* d'un individu donné. Cette religion individuelle est donc basée sur des critères beaucoup plus subjectifs que la religion collective. En droit canadien, c'est la conception individuelle de la religion qui prévaut ; l'aspect institutionnel ne possède que peu de, voire aucun poids lorsqu'il s'agit des revendications d'individus plutôt que d'institutions³⁷. En ce sens, on pourrait tenter d'arguer que l'athéisme de M. Simoneau est sa religion personnelle. Cette affirmation ne respecte cependant pas les critères les plus minimaux de ce qu'est une religion, même au sens individuel. En effet, on ne peut pas dire que M. Simoneau doit respecter quelque obligation déontique que ce soit en vertu de son athéisme, qui n'est présenté qu'en tant que réponse négative aux grands mystères métaphysiques. Si son athéisme était une conviction philosophique positive ou une forme syncrétique de divers courants spirituels, alors il y aurait matière à le protéger en vertu de la liberté de religion. En l'absence de telles convictions positives, il semble erroné de considérer l'athéisme de M. Simoneau comme une religion.

³⁷ Voir *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613.

Conclusion

Les considérations théoriques développées dans ce texte ne signifient pas que nous nous opposons à la décision de la Cour suprême du Canada. Elle a heureusement invalidé la décision de la Cour d'appel du Québec, qui avait jugé que la liberté de conscience du plaignant n'était pas véritablement restreinte par la récitation d'une prière théiste. Cependant, comme le jugement de la Cour d'appel l'avait déjà révélé, la décision de la Cour suprême montre aussi que ce n'est pas d'abord sur la base de la liberté de conscience et de religion que l'atteinte à la neutralité religieuse de l'État peut être contestée dans cette affaire. C'est le respect égal dû à tous les citoyens, nonobstant leurs convictions de conscience, et l'égalité dans l'accès au processus démocratique qui justifient la décision de la Cour suprême. Nous croyons que la confusion de l'argumentaire de notre plus haut tribunal est largement dérivée de l'ambiguïté et du flou artistique dans la conceptualisation du rapport entre égalité et liberté de religion dans la jurisprudence, et c'est pourquoi nous avons tenté d'éclaircir ces enjeux.

Le droit de la non-discrimination aux prises avec la conscience des entreprises*

Emmanuelle Bribosia**, Isabelle Rorive***
et Gabrielle Caceres****

I. Quand l'entreprise se découvre une conscience.....	423
A. L'accès aux droits sexuels et reproductifs	423
1. L'affaire <i>Hobby Lobby</i>	424
a) Applicabilité des exemptions religieuses aux entreprises..	426
b) Mise en balance des droits et intérêts en présence	428
2. Contraste avec le paysage jurisprudentiel existant	431
B. Le refus de biens ou de services fondé sur l'orientation sexuelle....	438
II. Quand l'exclusion des signes religieux devient une éthique de l'entreprise.....	444
A. Les affaires <i>Eweida</i> et <i>Abercrombie & Fitch</i>	444
B. Une jurisprudence belge et française où la politique de neutralité d'une entreprise justifie l'interdiction des signes religieux	448
C. Une interprétation attendue de la Cour de justice de l'UE sur les discriminations religieuses dans le secteur privé.....	450

* Cette contribution a été finalisée en août 2016 et ne tient dès lors pas compte des développements législatifs et jurisprudentiels ultérieurs. Elle s'inscrit dans le cadre du projet PAI «The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a Users' Perspective» (2012-2017) financé par BELSPO et auquel Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive sont parties prenantes, en tant que partenaire ULB. Elle bénéficie également du soutien de la Communauté française dans le cadre du projet ARC «Sous le signe du mérite et de la conformité culturelle. Les nouvelles politiques d'intégration des immigrés en Europe» (2012-2017).

** Emmanuelle Bribosia est Professeure à l'Institut d'Études européennes et à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, ainsi que directrice du Centre de droit européen (www.cde.ulb.be).

*** Isabelle Rorive est Professeure à la Faculté de droit et à l'Institut d'Études européennes de l'Université libre de Bruxelles, ainsi que directrice du Centre Perelman de philosophie du droit (www.philodroit.be).

**** Gabrielle Caceres est Docteure en droit de l'Université Libre de Bruxelles.

Comme l'a souligné José Woehrling, les questions liées à la liberté de religion, dans les démocraties libérales, ne proviennent plus tant d'une volonté étatique de favoriser une religion par rapport aux autres, mais plutôt de règles adoptées par l'Etat, sans rapport avec la religion, qui interfèrent avec les croyances. Cela renvoie à la question des exemptions, accommodements ou statuts dérogatoires au droit commun qui sont revendiqués sur la base de la religion ou de la conviction¹.

Dans un article pionnier et inspirant à bien des égards, José Woehrling a abordé, dès 1998, soit bien avant qu'il soit question au Québec de « crise des accommodements », la question de l'accommodement raisonnable et de l'adaptation de la société à la diversité religieuse².

Au-delà de l'accommodement raisonnable *stricto sensu*, nombre d'exemptions ou de statuts spécifiques en faveur de certaines religions ou organisations religieuses existent de longue date. Ces exceptions au droit commun, destinées à favoriser la liberté de religion, peuvent générer des conflits avec d'autres droits fondamentaux, au rang desquels le principe d'égalité et de non-discrimination figure en bonne place. Dans certains cas, le législateur intervient, en amont, afin de fournir les lignes directrices permettant de guider les acteurs de première ligne et, éventuellement, le juge, dans la résolution de ces conflits³.

En droit de l'Union européenne, il s'agit, par exemple, de l'exception spécifique à l'interdiction de discriminations directement fondées sur la religion ou les convictions, introduite dans la directive 2000/78/CE à l'article 4 (2), en réponse notamment aux pressions exercées par les Églises et organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. Ces dernières peuvent, à certaines conditions, traiter une personne différemment en raison de ses convictions religieuses (ne pas l'engager, la

¹ José WOEHLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien », dans Emanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 135-136.

² José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325.

³ Emanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, « Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe », dans E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *préc.*, note 1, p. 171.

licencier, etc.), sans violer le principe de non-discrimination. Cette disposition a son équivalent dans des législations américaines ou canadiennes. Pour José Woehrling, ces exemptions privilégient la liberté religieuse dans le conflit qui l'oppose au droit à l'égalité⁴.

Ces dernières années, un phénomène d'une autre nature s'est développé : des demandes d'exemption fondées sur la liberté de religion ou de conscience formulées non plus par des Églises ou organisations religieuses, mais par des entreprises à but lucratif. Au nom de leur liberté religieuse, ces dernières refusent de se soumettre à l'obligation de souscrire des contrats d'assurance collective remboursant la « pilule du lendemain » ou de fournir des services à des personnes en raison de leur orientation sexuelle (I).

En parallèle, d'autres entreprises ou associations invoquent leur image de marque, en y incluant la neutralité, afin de justifier le licenciement ou le refus d'embauche de travailleuses portant le *hidjab* ou afin de refuser aux membres de leur personnel le port d'une croix chrétienne visible autour du cou (II). Ce mouvement, assez différent à première vue du précédent, peut néanmoins en être rapproché⁵. Dans les deux cas, des entreprises invoquent une forme de « conscience », entendue au sens large, pour faire prévaloir « les droits de l'entreprise sur les droits dans l'entreprise » ou les convictions de l'employeur sur les droits de ses employés⁶.

Selon une approche intégrée et comparative⁷, cette contribution analyse et confronte des cas emblématiques décidés des deux côtés de l'Atlantique, pour apprécier comment l'invocation par les entreprises d'une forme de conscience vient bousculer et remettre en cause le droit de la non-discrimination. Ces affaires décidées tantôt au niveau national tantôt au niveau supranational donnent un aperçu de batailles juridiques qui se livrent en Europe, comme en Amérique du Nord notamment, et acquiè-

⁴ J. WOEHRLING, préc., note 1, p. 155-158.

⁵ Voir notamment pour un traitement conjoint de ces différents cas, le rapport élaboré par le INTERNATIONAL NETWORK OF CIVIL LIBERTIES ORGANIZATIONS (I.N.C.L.O.), « Drawing the Line : Tackling Tensions Between Religious Freedom and Equality », 2015, en ligne : ccla.org/cclanewsites/wp-content/uploads/2015/09/INCLC-Report-Drawing-the-Line-EQ-vs-FoR.pdf (consulté le 12 octobre 2016).

⁶ Johann MORRI, « Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif », (2014) *Revue des droits de l'Homme*.

⁷ Emanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, « Antidiscrimination law in the global age », (2015) *European Journal of Human Rights* 3.

rent une dimension globale dans le climat actuel de « guerre des consciences⁸ ».

I. Quand l'entreprise se découvre une conscience

Un mouvement récent a vu plusieurs entreprises, qui poursuivent un but de lucre, invoquer une forme de conscience dans le but d'échapper à des obligations qui y seraient contraires. Cette tendance s'est illustrée notamment dans le domaine de l'accès aux soins reproductifs (A) et dans celui de la fourniture de biens ou de services à des personnes homosexuelles (B). Pour ces entreprises ou leurs propriétaires, il s'agit souvent de recourir à la voie judiciaire pour rejouer des combats perdus au parlement et maintenir une certaine vision conservatrice de la morale traditionnelle par le jeu d'exemptions individuelles, généralisables à d'autres⁹. Ces affaires revisitent les contours de la liberté de conscience et de religion, qui se trouve ainsi invoquée – voire instrumentalisée – par des personnes morales dont l'objet social n'est nullement la promotion d'une conviction déterminée. Elles bousculent également la frontière entre l'« éthique » d'une entreprise et les convictions de ses dirigeants, au risque de faire prévaloir ces dernières sur le droit à l'égalité et à la non-discrimination de leurs employés ou de leurs clients.

A. L'accès aux droits sexuels et reproductifs

Le secteur de l'accès aux soins reproductifs constitue assurément l'un des terrains privilégiés de revendications, par les milieux religieux et traditionalistes, de clauses de conscience¹⁰. Sans revenir sur l'ensemble

⁸ Voir la conférence internationale et interdisciplinaire organisée par la *Cardozo School of Law* intitulée *The Conscience Wars: Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, New York, 20-21 septembre 2015.

⁹ Douglas NEJAIME et Reva B. SIEGEL, « Conscience Wars. Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics », (2015) 124 *Yale Law Journal* 2516, 2543. Voir aussi I.N.C.L.O., préc., note 5.

¹⁰ D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9, 2552-2565; Emmanuelle BRIBOSIA, Ivana ISAILOVIC et Isabelle RORIVE, « Objection Ladies! Taking IPPF-EN v. Italy One Step Further », dans Eva BREMS (dir.), *Rewriting Integrated Human Rights*, Edward Elgar Publishers, 2017 (à paraître); Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, « The Unbearable Conscientious Objection in Reproductive Healthcare », dans Susanna

de la problématique et du contentieux qui y est lié¹¹, l'accent est mis ici sur les cas dans lesquels ces objections de conscience émanent de personnes morales, et plus particulièrement encore de sociétés à but lucratif.

L'affaire *Hobby Lobby*, jugée par la Cour suprême des États-Unis, en juin 2014, et qui consacre une forme d'objection de conscience au bénéfice des entreprises à but lucratif, est particulièrement emblématique (1). Elle s'inscrit à contre courant de la position de plusieurs juridictions nationales et supranationales en faveur d'une interprétation stricte des clauses de conscience en matière de droits sexuels et reproductifs (2).

1. L'affaire Hobby Lobby

Dans son jugement, *Burwell v. Hobby Lobby*, qui a connu d'importants retentissements tant médiatiques que politiques, la Cour suprême des États-Unis a considéré qu'une entreprise commerciale pouvait être exemptée d'une loi ou d'une mesure gouvernementale à l'égard de laquelle ses dirigeants avaient des objections religieuses. Il s'agissait, en l'espèce, de l'obligation de couvrir les frais relatifs à certains types de contraceptifs, tels que la pilule du lendemain¹².

MANCINI et Michel ROSENFELD (dir.), *Conscience Wars*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (à paraître).

¹¹ A ce sujet, voir notamment E. BRIBOSIA et I. RORIVE, préc., note 10 et les références citées. Voir aussi CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, « Conscientious Objection and Reproductive Rights. International Human Rights Standards », *Reproductive Rights*, juillet 2013, en ligne : www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/_Conscientious_FS_Intro_English_FINAL.pdf (consulté le 12 octobre 2016) ; O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL LAW, T-388/2009. *Conscientious Objection and Abortion. A Global Perspective on the Colombian Experience*, 2014 ; Brooke R. JOHNSON JR, Eszter KISMODI, Monica V. DRAGOMAN et Marleen TEMMERMAN, « Conscientious Objection to the Provision of Legal Abortion Care », (2013) 123 *International Journal of Gynaecology and Obstetrics* S60.

¹² *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 22 (2014). La décision a été rendue à une courte majorité de cinq juges contre quatre, révélant un clivage politique, voire de genre (majorité de cinq hommes nommés par des présidents républicains et minorité de trois femmes et un homme nommés par des présidents démocrates). Voir notamment parmi les nombreux commentaires de cette décision : Johann MORRI, « Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif », (2014) *Revue des droits de l'Homme* ; Steven J. WILLIS, « Corporations, Taxes, and Religion : The Hobby Lobby and Conestoga Contraceptive Cases », (2013) 65 *South Carolina Law Review* 1 ; Marc TUSHNET, « Do for-profit Corpora-

L'«Obama Care» (le *Patient Protection and Affordable Care Act*) était au cœur de cette affaire. Cette législation fédérale très controversée, adoptée en 2010, impose aux employeurs, occupant plus de cinquante employés à temps plein, de prendre notamment en charge les frais de contraception dans le cadre de la couverture médicale offerte à leurs employés (contrat d'assurance collective). Les organisations religieuses à but non-lucratif (par exemple, les Églises) étaient dispensées de cette obligation. Par contre, l'introduction d'une «clause de conscience» plus large, qui aurait permis aux employeurs ou aux assureurs de refuser la couverture des frais de contraception en cas d'objection religieuse ou morale, avait été rejetée à une très courte majorité par le Sénat¹³.

Plusieurs dirigeants chrétiens d'entreprises commerciales¹⁴ se sont alors tournés vers les juges pour obtenir une dispense d'inclure dans leur assurance collective certains types de contraceptifs dont la «pilule du lendemain¹⁵», au motif qu'ils sont en porte-à-faux avec leur croyance en une vie qui commence dès la conception. Leur demande reposait sur la liberté constitutionnelle de religion (*Free Exercise clause*) et le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993¹⁶ en vertu duquel les lois ou

tions Have Rights of Religious Conscience?», (2013) 99 *Cornell Law Review online* 70.

¹³ *Respect for Rights of Conscience Act*, S.1467, 112th Cong. § (3) a) (2011). Ledit «Blunt Amendment» a été rejeté au Sénat par un vote de 51 contre 48 et une abstention (Dépôt de la motion Blunt Amendment. No. 1520, 1^{er} mars 2012).

¹⁴ Il s'agit, dans l'affaire Hobby-Lobby, des dirigeants de trois entreprises commerciales, la famille Green (sociétés *Hobby Lobby Stores Inc.* et *Mardel*) et la famille Hahn (société *Conestoga Wood Specialties Corp.*). L'entreprise *Hobby Lobby Stores Inc.* regroupe des magasins d'art et d'artisanat, l'entreprise *Mardel* regroupe des magasins de livres chrétiens mais aussi de vêtements et d'accessoires de mode et l'entreprise *Conestoga Wood Specialties Corp.* est spécialisée dans la fabrication de portes et d'éléments en bois pour le mobilier, les cuisines, etc. Ces trois entreprises ont peu d'actionnaires (*closely-held corporation*) mais elles occupent un nombre important d'employés. Par exemple, la société *Hobby Lobby* comprend 600 magasins avec plus de 20.000 employés et comptabilise un chiffre d'affaire annuel de plus de trois milliards de dollars.

¹⁵ D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9, 2551.

¹⁶ Aux États-Unis, depuis la jurisprudence *Sherbert* de 1963, les individus peuvent invoquer le 1^{er} Amendement à la Constitution, qui consacre la liberté de religion (*Free Exercise clause*), afin de solliciter des exemptions constitutionnelles à l'application de mesures adoptées par les pouvoirs publics (*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)). Au départ, ce type de dérogation religieuse supposait de démontrer une atteinte à la

mesures gouvernementales qui portent une atteinte substantielle à l'exercice d'une religion peuvent donner lieu à une exemption, même si elles sont d'application générale¹⁷.

Dans cet arrêt très médiatisé, la Cour Suprême s'est prononcée en deux temps. Elle reconnaît d'abord la possibilité pour une organisation à but de lucre de se prévaloir de la liberté religieuse dans le cadre du RFRA. Elle met ensuite en balance la liberté de religion invoquée par ces entreprises et le droit d'accès gratuit à la contraception reconnu à leurs salariées.

a) *Applicabilité des exemptions religieuses aux entreprises*

Pour la première fois, la Cour suprême a reconnu aux personnes morales qui poursuivent un but de lucre la possibilité d'avoir des croyances religieuses protégées en vertu du RFRA¹⁸. Dans la ligne des sociétés re-

pratique d'une religion, qui ne réponde pas à un intérêt public impérieux (*compelling state interest*) de la manière la moins restrictive (*no alternative forms of regulation would combat such abuses without infringing First Amendment rights*). Ensuite, la Cour suprême a précisé, au terme de son arrêt *Smith* de 1990, que de tels « accommodements » étaient exclus lorsque la mesure concernée était d'application générale (*law of general applicability*) (*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)). En réponse à cette jurisprudence, le Congrès a adopté le *Religious Freedom Restoration Act* en 1993 (ci-après « RFRA »), en vue de réintroduire par voie législative le principe posé par la jurisprudence *Sherbert* (*strict scrutiny*).

¹⁷ *Religious Freedom Restoration Act 1993*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488, codifié à 42 U.S.C. § 2000bb-2000bb-4. Puisque la Cour suprême a restreint l'application de cette loi à l'échelon fédéral (*City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) et *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006)), vingt-et-un États américains ont adopté des *Religious Freedom Restoration Act*, à l'image de celui qui a été adopté en 1993 au niveau fédéral, afin de réintroduire le *Sherbert test* par rapport aux lois ou aux mesures adoptées au niveau étatique ou local. À ce sujet, voir Emmanuelle BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », (2009) 78 *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 319 ; Gabrielle CACERES, « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'Atlantique. Étude comparative États-Unis/France », (2012) 89 *Revue de droit international et de droit comparé* 7.

¹⁸ L'on notera que la Cour suprême ne s'est pas fondée sur la liberté constitutionnelle de religion garantie par la *Free Exercise clause*. Elle a considéré que le régime du

quérantes, la Cour souligne, d'une part, que les personnes morales ne sont pas exclues du bénéfice de cette loi qui s'étend notamment aux organisations religieuses non-lucratives. D'autre part, le but de lucre n'empêche pas l'application de ce dispositif, au motif que des personnes physiques, exerçant une activité lucrative en tant que commerçants, sont également protégées par le RFRA¹⁹. Ainsi, pour la Cour, les sociétés commerciales qui ont peu d'actionnaires (*closely-held corporations*) sont des « personnes » au sens du RFRA²⁰ et doivent bénéficier de sa protection pour garantir la liberté religieuse des personnes physiques qui possèdent et contrôlent ces entreprises.

Cette position est loin de faire l'unanimité, comme en témoignent la dissidence virulente de la juge Ginsburg²¹ à laquelle s'est ralliée la juge Sotomayor ainsi que, plus largement, la doctrine très divisée sur le sujet²². Les deux arguments sont sujets à caution. D'abord, le rapprochement avec les Églises et organisations non lucratives à fondement religieux ne semble pas fondé. Ces dernières bénéficient de l'exemption au titre de

RFRA s'était progressivement écarté de celui de la *Free Exercise clause* contenue au 1^{er} Amendement de la Constitution américaine, notamment en raison d'une modification, en 2000, par le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, qui a défini « l'exercice d'une religion » non plus comme « l'exercice d'une religion au sens du 1^{er} Amendement », mais comme « le quelconque exercice d'une religion, qu'il soit ou non, imposé par ou central à, un système de croyances religieuses ». La Cour suprême en a déduit une volonté de séparer le régime du 1^{er} Amendement de celui du RFRA et, ainsi, d'étendre le champ des bénéficiaires du RFRA. Dans son opinion dissidente partagée par la juge Sotomayor, la juge Ginsburg a estimé que ce changement de définition visait seulement à élargir le champ des pratiques protégées par le RFRA.

¹⁹ *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 21-22. Pour soutenir son propos, la Cour cite l'exemple de commerçants juifs dont il avait été admis qu'ils remettent en cause, sur la base de leurs convictions, la loi pennsylvanienne imposant de fermer les commerces le dimanche – même si leur requête fut finalement rejetée au fond (*Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961)).

²⁰ *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 18.

²¹ À noter que les deux autres juges minoritaires (Breyer et Kagan) ne se sont pas joints à l'opinion dissidente de la juge Ginsburg sur ce point précis (la possibilité pour une entreprise d'invoquer le RFRA), préférant ne pas trancher cette question. En revanche, ils se sont joints à cette opinion dissidente quant au rejet de la requête sur le fond, au stade de la mise en balance des intérêts en présence.

²² Peter OLIVER, « Companies and their Fundamental Rights: a Comparative Perspective », (2015) 64 *International and Comparative Law Quarterly* 661, 674-675.

l'autonomie organisationnelle des cultes (liberté religieuse sous son angle collectif) dans le but de promouvoir leurs croyances religieuses et les intérêts de personnes qui les partagent. Le cas des entreprises commerciales diffère fondamentalement dans la mesure où les travailleurs, qui doivent être recrutés sur une base non-discriminatoire, ne partagent pas forcément les mêmes croyances que l'employeur dont l'objectif principal reste la rentabilité²³. Ensuite, l'analogie avec les personnes physiques commerçantes n'est pas pertinente. Pour la juge Ginsburg, la situation dans laquelle un commerce et son propriétaire ne font qu'un doit être distinguée de celle d'une entreprise commerciale dont le dirigeant a fait le choix de se séparer juridiquement, afin de ne pas être tenu personnellement responsable des obligations de l'entité ainsi créée²⁴. Enfin, même si la Cour suprême ne statue, en l'espèce, que sur l'applicabilité de l'exemption aux entreprises avec peu d'actionnaires (*closely held corporations*), cela ne lui en confère pas moins un champ d'application large, si l'on songe que la société *Hobby Lobby* ne compte pas moins de 20 000 employés²⁵.

b) *Mise en balance des droits et intérêts en présence*

Pour déterminer si l'obligation imposée par l'« Obama Care » résistait au contrôle exigeant (*strict scrutiny*) du RFRA, la Cour commence par juger que l'atteinte à la liberté religieuse des requérantes est substantielle. Celles-ci doivent, au mépris de leur religion, couvrir les frais de contraception de leurs employées ou encourir d'importantes amendes et sanctions²⁶. La Cour admet ensuite que l'accès gratuit à la contraception constitue un intérêt public impérieux. Toutefois, des alternatives existent pour remplir ce dessein gouvernemental dans le respect des convictions des requérants²⁷. Ainsi, la Cour suggère notamment que le gouvernement ou le fournisseur d'assurance puisse prendre en charge les coûts des con-

²³ Opinion dissidente de la juge Ginsburg, jointe par la juge Sotomayor, p. 16-19. En ce sens, *Id.*, 674.

²⁴ Opinion dissidente (Ginsburg), *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 19.

²⁵ D'autres entreprises avec peu d'actionnaires comptent également beaucoup d'employés, par exemple la société Mars qui occupe 72 000 employés ou la société Cargill qui en occupe 140 000.

²⁶ *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 31-32.

²⁷ *Id.*, 39-40.

traceptifs concernés pour les femmes dont l'employeur refuse cette couverture au nom de ses convictions religieuses, comme c'est le cas pour les organisations religieuses non-lucratives²⁸.

Ici encore le raisonnement de la Cour suprême est critiquable et dénoncé dans l'opinion dissidente de la juge Ginsburg, à laquelle les juges Sotomayor, Breyer et Kagan se sont joints sur ce point. Premièrement, la qualification d'atteinte substantielle à la liberté religieuse des entreprises requérantes contraste avec l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'affaire *Pichon et Sajous c. France* relative à des pharmaciens qui brandissaient leur liberté religieuse pour refuser de vendre des pilules contraceptives²⁹. Pour la Cour européenne qui avait débouté les pharmaciens, la liberté religieuse reconnue à « l'article 9 de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction. Le terme "pratiques" au sens de l'article 9 (1) ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction ». Et de conclure que « dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle³⁰ ». Un tel raisonnement concernant des personnes physiques, est *a fortiori* transposable à des sociétés commerciales.

Deuxièmement, le résultat de la mise en balance des droits et intérêts en présence est étonnant dans la mesure où les exemptions concédées ont pour effet de priver de sa protection celles que la règle générale avait pour objectif de protéger³¹. Vérifier qu'il n'y a pas d'atteinte directe ou indirecte aux droits d'autrui est classique lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère acceptable ou raisonnable d'une demande d'accommodement ou

²⁸ *Id.*, 40-45.

²⁹ *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99, CEDH 2001-X.

³⁰ Pour un commentaire de cette décision, voir notamment Adriana LAMACKOVA, « Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of *Pichon and Sajous v. France* », (2008) 15 *European Journal of Health Law* 7.

³¹ Opinion dissidente (Ginsburg), *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 27.

d'exemption fondée sur la religion³². Pour les juges majoritaires les femmes employées par les entreprises requérantes ne subissent aucun désavantage dans la mesure où les moyens de contraception seraient pris en charge par le gouvernement. Cette position est réductrice comme le relève la juge Ginsburg, car l'« Obama Care » vise précisément à ce que des services préventifs comme la contraception soient directement couverts par les systèmes existants d'assurance professionnelle, de sorte que les employées soient confrontés à un minimum d'obstacles logistiques et administratifs. Obliger les femmes dont l'employeur a des objections religieuses à opérer des démarches et à souscrire à une assurance médicale supplémentaire, financée par le gouvernement, ne permettrait pas de répondre à cet objectif³³. Plus fondamentalement, comme le soulignent D. Nejaime et R. Siegel, la Cour ne tient pas compte du caractère discriminatoire de cette exemption et de l'atteinte à la dignité des femmes³⁴. Dans des recommandations adoptées peu de temps après l'arrêt *Hobby Lobby*, l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), organe fédéral indépendant chargé de veiller à la mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire dans l'emploi, a indiqué qu'une couverture médicale dans laquelle l'employeur exclut explicitement les contraceptifs serait constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe et/ou la grossesse³⁵. Plus largement, l'employeur impose ainsi ses convictions personnelles aux personnes engagées dans son activité commerciale, alors que celles-ci ne les partagent pas forcément³⁶.

Troisièmement, l'alternative visant à imposer au gouvernement d'assumer le coût de la couverture médicale refusée par un employeur au nom de sa conscience n'est pas sans conséquences. Elle revient à confé-

³² Robert WINTEMUTE, « Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusal to Serve Others », (2014) 77 *Modern Law Review* 223.

³³ Opinion dissidente (Ginsburg), *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 28.

³⁴ D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9, 2579-2586.

³⁵ *EEOC Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues*, n° 915.003, 14 juillet 2014, section I (A)(3)d, en ligne : www.eeoc.gov/laws/guidance/pregnancy_guidance.cfm (consulté le 12 octobre 2016). Ces recommandations ont été réitérées le 25 juin 2015. L'E.E.O.C. n'a toutefois pas abordé la question de savoir si des motifs religieux permettraient d'être exemptés du prescrit antidiscriminatoire quant à la couverture des frais de contraception.

³⁶ Opinion dissidente (Ginsburg), *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 32.

rer un avantage concurrentiel à cet employeur et à son entreprise³⁷. Qui plus est, si la Cour suprême a circonscrit son arrêt à l'obligation de couvrir les frais de contraception, l'on mesure aisément que d'autres demandes d'exemption pour motif religieux verront le jour, par exemple pour les vaccinations ou les transfusions sanguines. Du reste, la frontière tracée par la Cour en indiquant que sa décision *Hobby Lobby* ne revient pas à admettre l'invocation de la RFRA par des entreprises commerciales pour pratiquer de la discrimination raciale au titre de convictions religieuses, au nom d'un intérêt public impérieux à assurer l'égalité d'opportunité est malhabile³⁸. Cela ne revient-il pas à considérer qu'une conviction religieuse susceptible d'engendrer une discrimination à l'égard des femmes serait plus digne de protection que celle traduisant une discrimination raciale ?

2. *Contraste avec le paysage jurisprudentiel existant*

Cette décision *Hobby Lobby* de la Cour suprême des États-Unis s'inscrit en porte-à-faux par rapport à la position adoptée par plusieurs juridictions nationales et supranationales, des deux côtés de l'Atlantique, en faveur d'une interprétation stricte des clauses de conscience en matière de droits sexuels et reproductifs.

Au nom du droit d'accès des femmes aux soins reproductifs, ces exemptions ont été limitées à la participation matérielle des objecteurs, sans les étendre aux actes qui en facilitent l'accomplissement³⁹. La Cour suprême du Royaume-Uni a ainsi indiqué, à plusieurs reprises, que seule la participation à (*participate in*) l'intervention médicale d'interruption de grossesse était couverte par la clause de conscience contenue dans l'*Abortion Act* de 1967, à l'exclusion, par exemple, du refus d'une secrétaire de retranscrire une lettre de renvoi d'une patiente vers un autre praticien effectuant des avortement⁴⁰ ou du refus de deux sages-femmes d'accomplir des tâches administratives et d'encadrement⁴¹. Dans sa décision du 27 juin

³⁷ P. OLIVER, préc., 22, p. 675.

³⁸ *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 12, 46.

³⁹ Par rapport au refus de pharmaciens de vendre la pilule contraceptive, voir aussi la décision précitée de la C.E.D.H., décision *Pichon et Sajous c. France*, préc., note 29 (irrecevabilité); Crim. 21 oct. 1998, *Bull. crim.*, n° 273.

⁴⁰ *Janaway v. Salford Area Health Authority*, [1988] U.K.H.L. 17.

⁴¹ *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and Wood*, [2014] U.K.S.C. 68.

2001, le Conseil constitutionnel français a également limité la portée de la clause de conscience en matière d'avortement (Code de la santé publique, art. L. 2212-8) aux individus qui pratiquent concrètement ce type d'intervention, à l'exclusion de ceux qui ne font qu'en faciliter l'organisation⁴².

L'exemption d'impôts destinés à financer des activités jugées contraires à la foi ou la conscience n'est généralement pas non plus acceptée. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis elle-même a jugé, dans son arrêt *United States v. Lee*, rendu en 1982, qu'un Amish ne pouvait être dispensé, pour des motifs religieux, de l'obligation de payer des cotisations sociales pour ses employés – et, par extension, de payer des impôts⁴³. Les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ont également considéré que l'obligation générale de payer des impôts ne limitait en rien la liberté de conscience, contrairement à l'obligation d'effectuer un service militaire⁴⁴. Dans cette veine, l'article 9 de la Convention, qui garantit la liberté de religion, ne permet pas de s'opposer à l'obligation de contribuer par l'impôt aux fournitures d'armes⁴⁵. Les juridictions françaises se sont prononcées en ce sens en ce qui concerne le financement par l'impôt des interruptions de grossesse⁴⁶. Même si, dans l'affaire *Hobby Lobby*, la Cour suprême américaine a distingué cette situation de celle de l'obligation d'un employeur de couvrir les frais de contraception de ses employés par le biais d'une assurance collective, l'on peut douter de l'existence d'une distinction nette entre les deux cas de figure⁴⁷.

Ces positions en faveur d'une interprétation stricte des demandes d'exemption sont en phase avec l'Observation générale n° 22 adoptée, en juillet 2016, par le Comité des Nations Unies pour les droits écono-

⁴² Cons. const., 27 juin 2001, décision n° 2001-446 DC, par. 11-15.

⁴³ *United States v. Lee*, 455 U. S. 252 (1982) : « the tax system could not function if denominations were allowed to challenge the tax system because tax payments were spent in a manner that violates their religious belief ».

⁴⁴ *Bayatyan c. Turquie*, n° 23459/03, § 11, CEDH 2011.

⁴⁵ *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, CEDH 1983.

⁴⁶ Voir notamment, Soc. 13 déc. 1990, n° 89-11713 ; Cons. d'Ét. 13 mai 1987, n° 68.890.

⁴⁷ *Burwell v. Hobby Lobby*, préc., note 13, 46-47.

miques, sociaux et culturels⁴⁸. Il y souligne que, pour garantir le droit de chacun à la santé sexuelle et reproductive, les Etats doivent notamment empêcher les acteurs privés d'imposer des obstacles pratiques ou procéduraux dans l'accès aux services de santé et, plus particulièrement :

Where health-care providers are allowed to invoke conscientious objection, States must appropriately regulate this practice to ensure that it does not inhibit anyone's access to sexual and reproductive health care, including by requiring referrals to an accessible provider capable of and willing to provide the services being sought, and that it does not inhibit the performance of services in urgent or emergency situations.

Or, la décision de la Cour suprême américaine s'inscrit à contre courant de cette interprétation restrictive en ce qu'elle admet qu'une exemption pour motif religieux puisse porter sur la prise en charge financière de procédés contraires aux convictions de certains individus. Ce faisant, elle étend les possibilités d'abstention fondées sur la conscience à des activités qui ne sont pas directement réprimées par cette dernière, mais qui contribuent à la réalisation de ces activités d'une manière indirecte, par exemple via une aide financière. De la sorte, le croyant ne remet pas seulement en cause sa participation directe à une activité déterminée considérée comme un péché au regard de sa foi (avortement, contraception, etc.), mais une forme de « complicité » dans l'accomplissement par des tiers de celle-ci. L'extension d'exemptions pour motif religieux à ce type de requête fondée sur une complicité dans l'accomplissement de « péchés » par d'autres peut s'avérer extrêmement problématique notamment au regard de l'atteinte à la dignité des personnes ainsi stigmatisées comme « pécheresses⁴⁹ ».

La position de la Cour suprême américaine contraste également sur un autre plan avec celle adoptée dans d'autres ordres juridiques : elle reconnaît à des personnes morales le droit à l'invocation de la conscience, dans le domaine de l'accès aux soins reproductifs.

⁴⁸ *General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, Doc. N.U. E/C.12/GC/22 (2 mai 2016), par. 43.

⁴⁹ Voir l'idée de « complicity-based conscience » développée par D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9.

Ainsi notamment, la Cour constitutionnelle colombienne s'est clairement opposée à la consécration d'une objection de conscience d'ordre institutionnel dans le domaine de l'interruption volontaire de grossesse, en soulignant le risque d'une telle extension pour les droits d'autrui :

The right to conscientious objection may, therefore, trigger or unleash consequences for third persons. It is therefore impossible to characterize conscientious objection as a right that affects solely those who exercise it. When one objects for reasons of conscience, a legal duty has necessarily been breached, « with greater or lesser social implications ». The question then becomes what are the limits to conscientious objection – which *prima facie* may seem justified – given the negative impact it can have on the rights of third persons (§ 5.1) ; It is important to emphasize that *legal persons do not have the right to conscientious objection* and, as a result, healthcare providers (IPS) cannot oppose the practice of voluntary termination of a pregnancy. A conscientious objection claim is not based on an individual's opinion regarding a specific issue ; on the contrary, it is grounded in the most intimate and deeply-rooted convictions of an individual. *Legal persons cannot experience intimate and deeply-rooted convictions*. Though they can embody principles such as free enterprise or represent the fundamental rights of their individual members, *legal persons cannot possess an ethical or moral character transmitted to them by natural human beings* (§ 5.2)⁵⁰.

Dans le même ordre d'idées, le droit français permet à un médecin hospitalier de refuser de pratiquer personnellement un avortement, mais les chefs de service des hôpitaux publics ne peuvent pas s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans leur service⁵¹.

⁵⁰ Cour const., 28 mai 2009, T-388/09.

⁵¹ Jusqu'en 2001, la clause de conscience, contenue à l'article L. 2212-8 du Code de la santé publique, permettait aux chefs de service des établissements publics de santé de refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans leur service. Néanmoins, la jurisprudence considérait, dans ce cas, que les chefs de service ne pouvaient faire obstacle à la création d'un service autonome d'interruption de grossesse (Cons. d'Ét., 8 janvier 1982, n° 18.237). Désormais, les hôpitaux publics généraux et régionaux, ainsi que les établissements publics d'hospitalisation qui disposent d'un service de maternité ou de chirurgie, doivent se doter de moyens qui permettent la pratique correcte des interruptions volontaires de grossesse. De même, certains établissements de santé privés, qui ont été qualifiés d'intérêt collectif

Plus largement, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a également jugé, à plusieurs reprises, que les organisations non religieuses, et plus particulièrement celles qui poursuivent un but de lucre, ne pouvaient pas invoquer l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit la liberté de conscience et de religion (par exemple, une société anonyme qui exploitait une imprimerie⁵², une société à responsabilité limitée⁵³ ou une association privée qui gérait un centre de réadaptation de jeunes toxicomanes⁵⁴).

La question n'en reste pas moins controversée, même en Europe, comme en témoigne le retournement qu'a connu le rapport McCafferty dans le cadre du Conseil de l'Europe. Au départ, l'Assemblée parlementaire avait été saisie d'une proposition de résolution intitulée « Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience » qui dénonçait « l'absence d'un cadre juridique et politique effectif et complet régissant la pratique de l'objection de conscience par les prestataires de soins de santé » en ce qu'elle « pourrait avoir de graves répercussions sur la santé et la vie des personnes dans un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe ». Le rapport

ou qui ont conclu avec l'État un contrat de concession pour l'exécution du service public hospitalier, ne peuvent s'opposer à la pratique des avortements que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux (*Code de la santé publique*, art. L. 2212-8 al. 4).

- 52 En l'occurrence, la société contestait le paiement d'un impôt ecclésiastique. Voir *Société X c. Suisse*, n° 7865/77, décision de la Commission du 27 février 1979 (irrecevabilité): « la Commission, toutefois estime qu'une société anonyme, étant donné qu'il s'agit d'une personne morale à but lucratif ne peut ni jouir ni se prévaloir des droits mentionnés à l'article 9, paragraphe 1, de la Convention ».
- 53 Dans cette affaire, la société contestait également le paiement d'un impôt ecclésiastique. Voir *Kustannus oy Vapaa Ajattelija AB et al. c. Finlande*, n° 20471/92, décision de la Commission du 15 avril 1996 (irrecevabilité).
- 54 Les thérapeutes du centre refusaient de témoigner en justice à propos de la toxicomanie d'un pensionnaire et avaient notamment invoqué une violation de leur liberté de conscience. *Kontakt-Information-Therapie et Hagen c. Autriche*, n° 11921/86, décision de la Commission du 12 octobre 1988 (irrecevabilité): « les droits essentiellement invoqués, à savoir le droit à la liberté de conscience au sens de l'article 9 de la Convention et celui de ne pas être soumis à un traitement ou à un châtement dégradant (article 3) ne sont pas, par nature, susceptibles d'être exercés par une personne morale telle qu'une association privée. S'agissant de l'article 9, la Commission estime qu'il faut distinguer à cet égard entre la liberté de conscience et la liberté de religion qui peut, elle, être exercée par une église en tant que telle ».

de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, rédigé par Christine McCafferty, proposait notamment d'inviter les États membres du Conseil de l'Europe à garantir « le droit à l'objection de conscience seulement aux personnes prestataires de soins de santé *directement concernées par la procédure médicale en question, et non aux institutions publiques/de l'État, comme les hôpitaux publics et les cliniques dans leur ensemble*⁵⁵ ». Sous la pression de nombreux groupes conservateurs chrétiens, le rapport a fait l'objet d'un renversement complet devant l'Assemblée parlementaire qui a finalement adopté la résolution 1763 (2010), rebaptisée « Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux⁵⁶ ». Celle-ci consacre, plutôt que d'interdire, une forme d'objection de conscience dans le chef des hôpitaux ou établissements de soin dans les termes suivants :

1. Nul hôpital, établissement ou personne ne peut faire l'objet de pressions, être tenu responsable ou subir des discriminations d'aucune sorte pour son refus de réaliser, d'accueillir ou d'assister un avortement, une fausse couche provoquée ou une euthanasie, ou de s'y soumettre, ni pour son refus d'accomplir toute intervention visant à provoquer la mort d'un fœtus ou d'un embryon humain, quelles qu'en soient les raisons.

Certes il s'agit d'un instrument non contraignant adressant des recommandations aux États et la suite de la résolution leur suggère d'encadrer l'objection de conscience par des directives exhaustives et précises, afin de garantir l'accès à des soins médicaux légaux et de protéger le droit à la santé. Il n'en reste pas moins que le succès de ces mobilisations conservatrices illustre les controverses relatives à la reconnaissance d'une objection de conscience faite par des personnes morales ainsi que les risques de détricotage des droits sexuels et reproductifs qu'une telle approche extensive des exemptions pourrait engendrer.

Aux États-Unis, la jurisprudence *Hobby Lobby* a été l'amorce d'un mouvement en faveur d'un renforcement de la protection des convictions religieuses. Plusieurs États américains, comme l'Indiana ou l'Arkansas,

⁵⁵ *Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience*, Doc. No. 12347, 20 juillet 2010.

⁵⁶ *Discussion par l'Assemblée*, 7 octobre 2010 (35^e séance) (*Rapport de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille*, Christine McCafferty, Doc. No. 12347 et *Avis de la commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes*, Ingrida Circene, Doc. No. 12389).

ont inclus expressément les entreprises commerciales parmi les bénéficiaires des *Religious Freedom Restoration Acts* adoptés à l'échelle étatique⁵⁷. En outre, certaines de ces législations peuvent servir de défense en justice dans un litige entre particuliers, même si aucune autorité publique n'est impliquée – contrairement à la liberté de religion, en vertu de la doctrine du *state action*⁵⁸. Certains considèrent que cette extension pourrait avoir pour effet de porter atteinte aux droits d'autrui, et notamment d'autoriser des comportements discriminatoires sur la base de l'orientation sexuelle⁵⁹. En effet, dans plusieurs États, le développement de ces législations étatiques coïncide avec la légalisation du mariage homosexuel et semble, dès lors, avoir pour but d'éviter que des citoyens ou des entreprises ne soient contraints de fournir leurs services dans le cadre de ce type d'union. Une proposition de loi a d'ailleurs été introduite devant le Congrès, le 17 juin 2015, afin de protéger, contre toute action discriminatoire du gouvernement fédéral, les individus et les organisations avec ou sans but lucratif, qui ont une conviction religieuse ou morale selon laquelle le mariage ne peut être que l'union d'un homme et d'une femme ou que des relations sexuelles doivent être réservées au mariage entre un homme et une femme⁶⁰.

⁵⁷ Kristine GUERRA et Tim EVANS, «How Indiana's RFRA Differs from Federal Version», *Indy Star*, 2 avril 2015, en ligne : www.indystar.com/story/news/politics/2015/03/31/indianas-rfra-similar-federal-rfra/70729888/?from=global&sessionKey=&autologin= (consulté le 12 octobre 2016).

⁵⁸ Pour de plus amples développements, voir Dawn OLIVER et Jörg FEDTKE, «Comparative Analysis», dans Dawn OLIVER et Jörg FEDTKE (dir.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, New York, Routledge, 2007, p. 494 ; Jean THOMAS, *Public Rights, Private Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 10-11 et 30-31.

⁵⁹ Voir une lettre adressée, le 27 février 2015, par quinze professeurs ou chercheurs en droit de plusieurs universités, au parlement de l'Indiana, dans laquelle ceux-ci émettent plusieurs réserves quant au projet de *Religious Freedom Restoration Act* qui était alors pendant devant le parlement de l'Indiana, en ligne : web.law.columbia.edu (consulté le 12 octobre 2016). Voir également Michael C. DORF, «Religious Freedom Claims in Private Litigation», *Verdict*, 8 avril 2015, en ligne : verdict.justia.com/2015/04/08/religious-freedom-claims-in-private-litigation (consulté le 12 octobre 2016).

⁶⁰ *First Amendment Defense Act*, H.R. 2802, 114th Cong. (2015-2016). À ce sujet, voir Marci A. HAMILTON, «A Series of Unfortunate Events for "Religious Liberty": The Religious Freedom Restoration Act to the State RFRA to the SoCalled First Amendment Defense Act Bill», *Verdict*, 23 juillet 2015, en ligne : verdict.justia.com/2015/

B. Le refus de biens ou de services fondé sur l'orientation sexuelle

Ces dernières décennies, en marge des avancées des droits des personnes LGBT* en Europe et en Amérique du Nord notamment, des résistances motivées par des croyances religieuses ou par une conception traditionnelle de la vie affective, sexuelle ou familiale, se sont fait jour dans certaines franges de la population⁶¹. Les « objections de conscience » revendiquées par des officiers d'état civil dans les États, tels que les Pays-Bas, le Canada, la France ou les États-Unis, où le mariage a été consacré – par la voie législative ou judiciaire – au bénéfice des personnes de même sexe, constituent certainement le volet le plus commenté de ce phénomène⁶².

Parallèlement, une série d'affaires ont été portées devant les juges nationaux pour dénoncer des refus de biens ou de services par des entreprises (hôtels, chambres d'hôtes, photographes, imprimeries, boulangeries, etc.) en raison de l'orientation sexuelle de leurs clients. Dans une jurisprudence assez unanime, différentes juridictions nationales ont considéré que ces refus étaient discriminatoires dans le chef de l'entreprise ou de ses dirigeants, et ce même si les clients pouvaient obtenir le même service auprès d'un autre fournisseur.

Comme dans l'affaire *Hobby Lobby*, les dirigeants de ces sociétés ont invoqué leurs convictions chrétiennes pour justifier leur refus de louer une chambre avec un lit double à des couples de même sexe (*Riverbend* au Canada⁶³, *Bull & Bull* et *Wilkinson* au Royaume-Uni⁶⁴), d'assurer la couverture photographique d'une cérémonie d'engagement d'un couple

07/23/a-series-of-unfortunate-events-for-religious-liberty (consulté le 12 octobre 2016).

⁶¹ D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9, 2544 et suiv.; R. WINTEMUTE, préc., note 32.

⁶² Voir notamment J. WOEHLING, préc., note 1; COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *La conciliation des droits contradictoires. À la recherche d'un cadre analytique*, C.O.D.P., août 2005, p. 8-15; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, préc., note 3, 192-201.

⁶³ *Eadie & Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others*, 2012 BCHRT 247.

⁶⁴ *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, [2013] U.K.S.C. 73; *Black & Morgan v. Wilkinson*, [2013] E.W.C.A. Civ. 820.

de femmes (*Elane Photography* aux États-Unis⁶⁵), d'imprimer des documents pour une organisation de défense des droits LGBT* (*Brockie* au Canada⁶⁶) ou de confectionner un gâteau pour un évènement en faveur du mariage gay (*Ashers Baking* en Irlande du Nord⁶⁷).

Dans l'ensemble de ces décisions, l'atteinte à la liberté de religion des dirigeants d'entreprise⁶⁸ n'est pas de nature à justifier un comportement discriminatoire. La situation de l'entreprise (société commerciale) n'y est pas toujours clairement dissociée de celle de ses dirigeants qui ont invoqué leur réticence à servir des personnes homosexuelles. Parfois seuls les dirigeants ont été condamnés pour discrimination (*Bull & Bull*, *Brockie*, *Wilkinson*), parfois ils l'ont été de concert avec leur entreprise (*Riverbend*, *Ashers Baking*), parfois seule l'entreprise a été condamnée (*Elane Photography*). Dans les affaires *Riverbend* et *Ashers Baking*, les

⁶⁵ *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). Le 7 avril 2014, la Cour suprême américaine a refusé d'entendre l'appel de ce jugement (*petition for certiorari*).

⁶⁶ *Ontario Human Rights Commission v. Brockie*, [2002] 222 D.L.R. (4th) 174.

⁶⁷ *Lee v. Ashers Baking & Anor*, [2015] NICty 2 : « When should this process of reasonable accommodation arise? Where a person seeks accommodation for a religious belief which is discriminatory on a prohibited ground, and outside the specific exemptions provided for by Parliament or the Assembly itself, then the refusal to grant such accommodation should be justified » (par. 83). Un appel a été interjeté contre cette décision devant la Court of Appeal de Belfast qui y a consacré plusieurs audiences en mai 2016. À l'heure de soumettre ce manuscrit (août 2016), l'appel était toujours pendant.

⁶⁸ Dans l'affaire *Elane Photography, LLC v. Willock*, préc., note 65, seule la société était partie à la cause, mais la Cour suprême du Nouveau-Mexique ne s'est pas prononcée sur la possibilité qui lui était offerte d'invoquer des convictions, au motif que l'atteinte serait de toute façon justifiée. Plus précisément, la Cour a jugé que le droit à la liberté d'expression (*free speech*) de la société n'avait pas été violé par l'interdiction qui lui était faite de discriminer sur la base de l'orientation sexuelle (notamment, en acceptant de photographier la cérémonie d'engagement d'un couple homosexuel) et que cette interdiction des discriminations ne pouvait pas non plus faire l'objet d'une exemption religieuse – à considérer que la liberté de religion puisse être invoquée (*free exercise clause*) – car l'interdiction résultait d'une loi neutre et d'application générale (cf. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, préc., note 16, de la Cour suprême des États-Unis). La Cour a finalement écarté l'application du *Religious Freedom Restoration Act* (R.F.R.A.) adopté au Nouveau-Mexique car il ne pouvait pas être invoqué dans les rapports de droit privé.

juges ont explicitement distingué les convictions religieuses des gestionnaires de la société de l'objectif de lucre poursuivi par celle-ci⁶⁹.

Mis à part le jugement le plus récent, qui s'est expressément fondé sur la jurisprudence classique de la Commission européenne des droits de l'homme (*Ashers Baking*⁷⁰), la question de savoir si des personnes morales à but lucratif peuvent faire valoir des convictions religieuses n'a pas été aussi clairement tranchée que dans le jugement *Hobby Lobby* de la Cour suprême des États-Unis⁷¹. Cependant, la plupart de ces décisions ont expressément distingué le cas d'un commerce de celui d'une organisation religieuse et prôné une interprétation restrictive des exemptions admises au profit de ces dernières⁷². Pour une série de juges, l'exercice

⁶⁹ *Eadie & Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others*, préc., note 63, par. 144 («The standard was rationally connected to the Molnar's personal religious beliefs, but not to the function or purpose of the Riverbend»); *Lee v. Ashers Baking & Anor*, préc., note 67, par. 94 («The defendants are entitled to continue to hold their genuine and deeply held religious beliefs and to manifest them but, in accordance with the law, not to manifest them in the commercial sphere if it is contrary to the rights of others») et par. 98 («it has long been recognized in Convention jurisprudence that a limited company cannot invoke Article 9 rights»).

⁷⁰ *Lee v. Ashers Baking & Anor*, préc., note 67, par. 98 («it has long been recognized in Convention jurisprudence that a limited company cannot invoke Article 9 rights»).

⁷¹ *Elane Photography, LLC v. Willock*, préc., note 65, par. 59 («It is an open question whether Elane Photography, which is a limited liability company rather than a natural person, has First Amendment free exercise rights. Several federal courts have recently addressed this question with differing outcomes. [...] However, it is not necessary for this Court to address whether Elane Photography has a constitutionally protected right to exercise its religion. Assuming that Elane Photography has such rights, they are not offended by enforcement of the NMHRA »).

⁷² *Eadie & Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others*, préc., note 63, par. 141 («I note that the Riverbend was operated as a for-profit business, and that the Molnars managed it as individual citizens. Unlike the *Knights* case, the Molnars did not operate the Riverbend on behalf of the Church, and the Church had no direct involvement in its operations»); *Black & Morgan v. Wilkinson*, préc., note 64, par. 50 («It is essentially a commercial rather than a religious enterprise, although she conducts it in a way which reflects her religious and moral values and beliefs»); *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, préc., note 64, par. 38 («Parliament did not insert a conscientious objection clause for the protection of individuals who held such beliefs. Instead, it provided, in regulation 14, a carefully tailored exemption for religious organisations and ministers of religion from the prohibition of both direct and indirect discrimination on grounds of sexual orientation. This strongly suggests that the purpose of the Regulations was to go no further than this in catering for religious objections»); *Lee*

d'une activité commerciale à destination du public n'est pas un élément central, mais un élément périphérique de la liberté de religion, laquelle peut s'exprimer autrement⁷³.

C'est au niveau de la mise en balance des droits respectifs (liberté de religion *versus* non-discrimination) que les juges ont fait prévaloir le droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou, du moins, qu'ils ont jugé que la liberté de religion trouvait une limite justifiée dans l'interdiction de ce type de discrimination⁷⁴. Ainsi, l'entrée dans la sphère commerciale implique le respect du droit de la non-discrimination⁷⁵. Alors qu'à la différence de l'affaire *Bull & Bull* (Royaume-Uni) où il s'agissait d'un hôtel, les affaires *Riverbend* (Canada) et *Wilkinson* (Royaume-Uni) concernaient des chambres d'hôtes proposées dans le logement personnel

v. *Ashers Baking & Anor*, préc., note 67, par. 98 («it has long been recognized in Convention jurisprudence that a limited company cannot invoke Article 9 rights»).

⁷³ *Ontario Human Rights Commission v. Brockie*, préc., note 66; *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, préc., note 64, par. 39 («Mr and Mrs Bull are, of course, free to manifest their religion in many other ways»); *Elane Photography, LLC v. Willock*, préc., note 65, par. 3 («Businesses that choose to be public accommodations must comply with the NMHRA, although such businesses retain their First Amendment rights to express their religious or political beliefs. They may, for example, post a disclaimer on their website or in their studio advertising that they oppose same-sex marriage but that they comply with applicable antidiscrimination laws»); Colorado Cour of Appeals, 2015COA115, No. 14CA1351, *Charlie Craig and David Mullins v. Masterpiece Cakeshop*, par. 72 («CADA does not preclude Masterpiece from expressing its views on same-sex marriage – including its religious opposition to it – and the bakery remains free to disassociate itself from its customers' viewpoints»).

⁷⁴ Voir *Lee v. Ashers Baking & Anor*, préc., note 67, par. 91 («the law in Northern Ireland prohibits the defendants from acting as they did and, in relation to the requirement to balance competing interests, I find that the extent to which the 2006 Regulations and/or the 1998 Order limit the manifestation of the defendant's religious beliefs, those limitations are necessary in a democratic society and are a proportionate means of achieving the legitimate aim which is the protection of the rights and freedoms of the plaintiff»).

⁷⁵ *Eadie & Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others*, préc., note 63, par. 169 («Having entered into the commercial sphere, the Molnars, like other business people, were required to comply with the laws of the Province, including the Code, which is quasi-constitutional legislation that prohibits discrimination on the basis of sexual orientation»).

des gestionnaires, cet élément n'a pas été jugé pertinent par les juridictions⁷⁶. Ces dernières relèvent le choix personnel de transformer une habitation privée afin d'exercer une activité lucrative en fournissant des services au public. Dans l'affaire *Riverbend*, le Tribunal des droits de la personne a insisté sur la nécessité d'un lien entre la norme imposée (par exemple, restreindre la location des chambres avec un lit double aux couples hétérosexuels mariés) et l'objectif de l'entreprise, qui n'est pas de promouvoir une croyance déterminée (par exemple, la conviction chrétienne selon laquelle les relations sexuelles ne sont admissibles qu'au sein d'un couple hétérosexuel marié), mais de fournir un service au public (par exemple, un logement temporaire)⁷⁷.

Dans toutes ces affaires, les juridictions ont considéré que les entreprises et/ou leurs dirigeants se rendaient coupables de discrimination, même si les refus ne portaient que sur des services spécifiques (chambre avec un lit double, cérémonie d'engagement) accessibles ailleurs. Dans les cas *Brockie* et *Ashers Baking*, le service avait été refusé parce qu'il était destiné à une organisation active dans la défense des droits LGBT* et que l'entreprise ne souhaitait pas soutenir cette cause, tout en acceptant par ailleurs de servir toute personne physique, indépendamment de son orientation sexuelle. Aucune atteinte à la liberté d'expression n'a été retenue et, dans l'affaire *Ashers Baking*, il a même été décidé que l'entreprise et ses dirigeants avait commis une discrimination fondée sur les convictions religieuses et/ou l'opinion politique du client, en refusant que le glaçage de leur pâtisserie contienne une inscription en faveur du mariage gay⁷⁸. Dans la procédure d'appel (toujours en cours à la remise de ce ma-

⁷⁶ *Id.*, par. 143 («It was the Molnars' personal and voluntary choice to operate a business in their home that offered temporary accommodation to the general public. They were not compelled to renovate their home to offer this service to the public, but chose to do it for a variety of reasons, including to supplement their retirement income and to take vacations in a sunnier environment»); *Black & Morgan v. Wilkinson*, préc., note 64, par. 50 («I concentrate on article 9 because I do not think that article 8 adds materially to her case»).

⁷⁷ *Eadie & Thomas v. Riverbend Bed and Breakfast and others*, préc., note 63, par. 144 («I am not persuaded that the standard of restricting accommodation in single bed rooms to married heterosexual couples was adopted for a purpose or goal that was rationally connected to the Riverbend's function, which was to offer temporary accommodation to the general public. The standard was rationally connected to the Molnar's personal religious beliefs, but not to the function or purpose of the Riverbend»).

⁷⁸ *Lee v. Ashers Baking & Anor*, préc., note 67, par. 66.

nuscrit), cet aspect de la décision a du reste été mis en cause par le procureur général d'Irlande du Nord pour qui l'affaire concerne avant tout une atteinte à la liberté d'expression⁷⁹.

Une nuance a été apportée par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le cas *Brockie*. Pour cette juridiction, l'impression d'enveloppes, de cartes de visite et d'autres documents classiques ne revenait pas à supporter la cause LGBT* et ne violait pas la liberté de religion du dirigeant de l'entreprise, mais d'autres actes, susceptibles de porter atteinte au noyau dur (*core elements*) de la liberté religieuse, pourraient être refusés.

Ces différentes décisions nationales témoignent d'une volonté de limiter la liberté religieuse des entreprises et de leurs dirigeants lorsque son exercice est discriminatoire. Et les juges ne s'arrêtent pas au désavantage concrètement subi qui pourrait être réduit si le même service pouvait être obtenu ailleurs sans frais supplémentaires. Au contraire, ils soulignent le préjudice moral (atteinte à la dignité, humiliation) engendré par de tels refus, que ce soient pour les personnes visées, mais également plus largement pour la communauté LGBT* et pour la société dans son ensemble. Cette position nous paraît la seule tenable à la lumière du test proposé par Robert Wintemute afin de déterminer les cas dans lesquels un accommodement d'une croyance religieuse devrait être accordé. Ce test s'articule autour de la réunion de trois conditions : « (i) la manifestation particulière de la croyance religieuse ne crée pas par elle-même un dommage (harm) à autrui, (ii) l'accommodement requis n'implique pas de contrainte excessive dans le chef de la partie à laquelle il est demandé et (iii) l'accommodement requis ne cause pas de dommage indirect à autrui⁸⁰ ». Or accommoder la manifestation d'une croyance religieuse qui implique le refus d'un service à des clients au nom de leur orientation sexuelle cause inéluctablement des dommages indirects et cautionne une forme de ségrégation dont l'ampleur varie en fonction du nombre de personnes susceptibles d'invoquer ce type de croyances religieuses⁸¹. L'usage du terme

⁷⁹ « "Gay cake" case : Northern Ireland Attorney General says judgement against Ashers was wrong », *B.B.C. News*, 10 mai 2016, en ligne : www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-36261498 (consulté le 12 octobre 2016) ; Henry McDONALD, « Belfast Bakers "Would Have Sinned" if they Made Gay Marriage Cake », *The Guardian*, 9 mai 2016, en ligne : www.theguardian.com/society/2016/may/09/northern-ireland-belfast-bakers-would-have-sinned-ashers-bakery-gay-marriage-cake (consulté le 12 octobre 2016).

⁸⁰ R. WINTEMUTE, préc., note 32, 228-229.

⁸¹ *Id.*, 242. Voir aussi en ce sens le rapport élaboré par I.N.C.L.O., préc., note 5, p. 13-23.

« ségrégation », et son héritage historique très marqué dans un pays comme les États-Unis, permet de prendre la mesure du type de dérive qui veut ici être évitée.

II. Quand l'exclusion des signes religieux devient une éthique de l'entreprise

La première ligne jurisprudentielle concerne l'invocation d'une forme de conscience par les entreprises qui entraîne une discrimination de leurs employés et/ou de leurs clients sur la base de l'orientation sexuelle ou du genre. Le second ensemble d'affaires, en revanche, implique l'image de marque, voire une politique de neutralité, d'entreprises ou d'associations privées de nature à discriminer des travailleurs en raison de leurs convictions religieuses. Plus précisément, plusieurs juridictions nationales, ont été saisies par des employées se disant discriminées pour avoir refusé de retirer leur signe religieux au travail. Dans ces deux ensembles de cas, la liberté d'entreprise heurte de front le droit de la non-discrimination.

A. Les affaires *Eweida et Abercrombie & Fitch*

Sans prétendre à l'exhaustivité, deux affaires récentes décidées de part et d'autre de l'Atlantique méritent d'être épinglées pour leur caractère emblématique: l'affaire *Eweida*⁸², née au Royaume-Uni et finalement portée devant la Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire *Abercrombie & Fitch*⁸³, tranchée par la Cour suprême des États-Unis. Elles concernent un licenciement (*Eweida*) ou un non-recrutement (*Abercrombie & Fitch*) d'une personne sur la base du port d'un signe ou d'un vêtement religieux – croix chrétienne (*Eweida*) ou *hidjab* (*Abercrombie & Fitch*) – considéré comme contraire à l'image que l'entreprise souhaitait refléter au travers notamment de la tenue de ses employés.

Chargée de l'enregistrement pour la compagnie aérienne *British Airways*, Madame *Eweida* est privée de rémunération car elle refuse de dissimuler la croix chrétienne qu'elle portait par-dessus son uniforme. Si l'entreprise avait exempté les couvre-chefs religieux, comme le turban

⁸² *Eweida v. British Airways Plc*, [2008] U.K.E.A.T. 0123_08_2011, [2009] IRLR 78, [2009] ICR 303 ; *Eweida v. British Airways plc*, [2010] E.W.C.A. Civ. 80.

⁸³ *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. (2015).

sikh ou le voile islamique, de sa politique vestimentaire, elle ne voulait pas en faire de même pour la salariée chrétienne. Pour les juridictions anglaises qui rejettent son recours, le port d'une croix visible n'était pas un impératif du christianisme et son exclusion du code vestimentaire ne crée dès lors pas de préjudice spécifique pour les chrétiens considérés dans leur ensemble⁸⁴. La Cour européenne des droits de l'homme en jugera autrement. Dans son arrêt du 15 janvier 2013, elle condamne le Royaume-Uni pour avoir failli à son obligation positive d'assurer la protection de la liberté religieuse de Madame *Eweida*, telle que garantie par l'article 9 de la Convention européenne⁸⁵. Conformément à une jurisprudence déjà établie depuis l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*⁸⁶, la Cour indique que la qualification de « manifestation », au sens de cette disposition, implique l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine, mais que le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il avait agi conformément à un commandement de la religion en question⁸⁷. S'écartant sur ce point de l'approche traditionnelle de la Commission européenne des droits de l'homme, elle considère que l'engagement dans une relation professionnelle n'implique pas forcément un renoncement à la liberté de religion et que la possibilité de changer d'emploi est un élément qui doit être mis en balance avec les autres éléments en jeu⁸⁸. Dans

⁸⁴ *Eweida v. British Airways Plc*, préc., note 82.

⁸⁵ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, CEDH 2013. Voir, dans cet arrêt, la Cour a statué sur quatre affaires jointes concernant le Royaume-Uni (*Eweida, Chaplin, Ladele et McFarlane*). À ce sujet, notamment : Gérard GONZALEZ, « Liberté de religion au sein de l'entreprise », dans Laure MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Anthémis, 2016, p. 60 ; Julie RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », (2013) *Journal européen des droits de l'Homme* 57 ; Cecile MATHIEU, Serge GUTWIRTH et Paul DE HERT, « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires Lautsi, Eweida et Chaplin », (2013) *Journal européen des droits de l'Homme* 66.

⁸⁶ *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, CEDH 2005.

⁸⁷ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc., note 85, par. 82. Pour un commentaire, voir notamment, Megan PEARSON, « Article 9 at a Crossroads : Interference Before and After Eweida », (2013) 13 *Human Rights Law Review* 580.

⁸⁸ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc., note 85, par. 83. Voir S. OUALID CHAIB, « Religious Accommodation in the Workplace : Improving the Legal Reasoning of the European Court of Human Rights », dans Katayoun ALIDADI, Marie-Claire FOBLETS et Jogchum VRIELINK (dir.), *A Test of Faith ? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, New York, Routledge, 2012, p. 33, aux pages 38-41.

la ligne de la logique des accommodements raisonnables auxquels la haute juridiction se réfère explicitement, au titre de droit comparé pertinent⁸⁹, la Cour décide, au contraire, d'opter pour une approche casuistique où elle prend le principe de proportionnalité au sérieux et procède à une véritable mise en balance des intérêts en présence⁹⁰. Au vu des circonstances de l'espèce (certains symboles religieux admis, abandon par la suite de ce code vestimentaire, etc.), la volonté de projeter une certaine image de l'entreprise ne justifiait pas suffisamment l'ingérence constatée dans la liberté religieuse dont la protection exigeait un aménagement de l'uniforme.

Aucune violation de la liberté religieuse n'est, par contre, constatée dans l'affaire jointe *Chaplin*, du nom d'une infirmière qui n'avait pas été autorisée à porter une croix autour du cou pour des raisons de santé et de sécurité publiques. Au regard des motifs avancés par l'hôpital pour justifier sa politique et des solutions alternatives proposées dans l'intérêt des patients (comme le port d'une croix sous la forme d'une broche fixée à l'uniforme ou glissée sous une blouse à col montant), une importante marge d'appréciation est accordée au décideur national : « [I]es responsables hospitaliers [étant] mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge, qui plus est un tribunal international devant lequel personne n'a directement témoigné⁹¹ ».

Comp. avec l'arrêt *Syndicatul P storul c. Roumanie*, n° 2330/09, § 146, 9 juillet 2013.

⁸⁹ *Syndicatul P storul c. Roumanie*, préc., note 88, par. 48-49.

⁹⁰ Olivier DE SCHUTTER, « Human Rights in Employment Relationships : Contracts as Power », (2013) *European Journal of Human Rights* 49 ; J. RINGELHEIM, préc., note 85, p. 77 ; Nicolas HERVIEU, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *Combats pour les droits de l'homme*, 24 janvier 2013, en ligne : combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2013/01/24/un-nouvel-equilibre-europeen-dans-lapprehension-des-convictions-religieuses-au-travail-cedh-4e-sect-15-janvier-2013-eweida-et-autres-c-royaume-uni/ (consulté le 12 octobre 2016) ; Barbara GOMES, Xavier ORGERIT et Thomas UFASTE, « La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité », *Combats pour les droits de l'homme*, 1^{er} mai 2013, en ligne : combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2013/05/01/la-liberte-dexpression-religieuse-au-travail-a-lepreuve-des-soubresauts-du-principe-de-laicite-cass-soc-19-mars-2013-fatima-x-c-baby-loup/ (consulté le 12 octobre 2016).

⁹¹ *Syndicatul P storul c. Roumanie*, préc., note 88, par. 94.

Dans la seconde affaire examinée ici, *Abercrombie & Fitch*, une société active dans la vente de vêtements et d'accessoires de mode, avait refusé d'engager une femme qui portait un voile islamique car cela contrevenait à sa politique vestimentaire (*Look Policy*). Une réglementation interdisait le port de casquettes (*caps*), jugées trop informelles pour l'image de l'entreprise. La Cour suprême des États-Unis a estimé qu'un élément protégé par la législation anti-discrimination, plus précisément la pratique d'une religion, ne pouvait pas fonder la décision d'un employeur⁹². Selon la Cour, le fait d'adopter une politique neutre au sein de l'entreprise, qui traite les pratiques religieuses et non religieuses sur le même pied, ne permet pas d'échapper à l'interdiction des discriminations et à l'obligation d'aménagement raisonnable qu'elle implique⁹³. Elle a insisté sur le fait que le Titre VII du *Civil Rights Act* n'exigeait pas une simple neutralité vis-à-vis des pratiques religieuses, mais qu'il entendait les traiter favorablement en imposant aux employeurs de ne pas licencier ou de refuser d'engager des individus en raison de telles pratiques⁹⁴.

Indépendamment des cadres juridiques différents et des approches juridictionnelles spécifiques, il est manifeste que tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour suprême des États-Unis ne donnent pas un blanc-seing aux entreprises au nom de la protection de leur image de marque. Si la préservation de cette image est prise en compte, elle est examinée à la lumière des circonstances de l'espèce et soigneusement évaluée à la lumière du dommage encouru par les travailleurs ou candidats à l'emploi.

⁹² *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, préc., note 83.

⁹³ Il importe de souligner ici qu'à la différence du cadre législatif européen, les États-Unis disposent d'une législation imposant, dans le domaine de l'emploi, une obligation d'aménagement raisonnable de la croyance religieuse à condition que cela n'engendre pas de contrainte excessive (*undue hardship*) pour l'employeur. Voir à ce sujet : J. WOERHLING, préc., note 2 ; Emmanuelle BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE, « Reasonable Accommodation for Religious Minorities : A Promising Concept for European Antidiscrimination Law ? », (2010) 17 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 137.

⁹⁴ *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, préc., note 83, 6-7.

B. Une jurisprudence belge et française où la politique de neutralité d'une entreprise justifie l'interdiction des signes religieux

Une telle posture contraste avec celle observable dans un second groupe de cas principalement jugés en France (*Baby Loup*⁹⁵, *Micropole Univers*⁹⁶) et en Belgique⁹⁷ (*Club*⁹⁸, *Achbita*⁹⁹, *Hema*¹⁰⁰, *Carrefour*¹⁰¹) dans lesquels la politique de neutralité revendiquée – explicitement ou implicitement – par des entreprises privées a été validée par les juridictions pour justifier l'interdiction de signes religieux (en l'occurrence le foulard islamique – *hidjab*) au sein de leur force de travail.

La quasi totalité de ces affaires concerne des entreprises commerciales poursuivant un but de lucre (librairie, services de sécurité, vente de produits résidentiels à bas prix, supermarché). Seule la crèche *Baby Loup* était une organisation privée non-lucrative dont la mission de garde d'enfants en bas âge avait été jugée d'intérêt général, mais ne relevait pas du service public en tant que tel. Le plus souvent, l'exclusion des signes religieux reposait sur une exigence de neutralité et visait l'ensemble des signes religieux, philosophiques ou politiques. Parfois cette règle était

⁹⁵ Conseil de prud'hommes de Mantes La Jolie, n° 10/00587, 13 déc. 2010 ; Versailles, 27 oct. 2011, n° 10/05642 ; Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845 ; Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981 ; Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28369.

⁹⁶ Soc., 9 avr. 2015, n° 13-19855. Pour les différentes étapes de cette affaire, voir les conclusions de l'avocate générale Eleanor SHARPSTON, présentées le 13 juillet 2016, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, Affaire n° C-188/15, par. 22-27.

⁹⁷ Pour un commentaire de l'ensemble de ces affaires, voir notamment Gabrielle CACERES, *Quand la religion questionne la généralité de la norme. Quelle place pour l'« accommodement raisonnable » en Europe ? Étude de cas – Angleterre, France, Belgique*, thèse de doctorat, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 2016. Voir aussi Renaud LINGUELET, « L'obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux en droit du travail et les ressources du droit du bien-être », (2016) *Journal des Tribunaux du Travail* 231.

⁹⁸ C. trav. Bruxelles, 15 janv. 2008, n° 48.695.

⁹⁹ C. trav. Anvers, 23 déc. 2011, n° 2010/AA/453, conf. Trib. trav. Anvers, 27 avr. 2010, n° 06/397639/A. Pour un commentaire de la décision du Tribunal du travail d'Anvers, voir Katayoun ALIDADI, « Werkgever mag hoofddoek verbieden op basis van ongeschreven regels », *Juristenkrant*, 26 mai 2010, p. 1-2.

¹⁰⁰ Trib. trav. Tongres, 2 janv. 2013, n° 11/2142/A.

¹⁰¹ Trib. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, n° 14/5803/A.

écrite et préétablie dans un règlement d'ordre intérieur, parfois elle reposait sur une politique non écrite faisant notamment suite à des réticences de la clientèle (*Hema* ou *Micropole Univers*).

Indépendamment de ces divergences entre les cas d'espèce, les juridictions françaises et belges se sont généralement livrées à un examen très succinct et formaliste des griefs de violation de la liberté de religion ou de l'interdiction de discriminations allégués par les travailleuses licenciées.

Tout d'abord, la frontière entre discrimination directe et discrimination indirecte dans ces cas de licenciement pour refus d'ôter son foulard et de se conformer au code vestimentaire de l'entreprise n'apparaît pas clairement maîtrisée. Or, en droit de l'Union européenne, cette distinction s'avère essentielle vu la différence de système de justification admissible pour l'une et l'autre. Ce droit, qui lie les États membres, prévoit que les distinctions directement fondées sur la religion ne peuvent être justifiées que par une « exigence professionnelle essentielle ou déterminante » ou par la qualité d'« entreprise de tendance ». Pour la discrimination indirecte au contraire, l'éventail de justifications est plus large : la mesure apparemment neutre est admise si elle poursuit un objectif légitime et s'avère appropriée et nécessaire (proportionnée) à la poursuite de cet objectif¹⁰². Ensuite, les juridictions nationales saisies de ces affaires ont généralement validé les restrictions imposées par ces entreprises au nom d'une politique de neutralité, sans en questionner la légitimité et en présupposant la plupart du temps la proportionnalité des mesures de licenciement. Enfin, alors que, dans tous les cas, il s'agissait de femmes musulmanes issues de l'immigration, ces affaires n'ont jamais été abordées sous l'angle de la discrimination de genre, voire de la discrimination ethnique. L'impasse a ainsi été faite sur la dimension inter-sectionnelle de ces exclusions¹⁰³.

¹⁰² Conclusions de l'avocate générale Juliane KOKOTT, présentées le 31 mai 2016, *Samira Achbita & Centrum voor gelijkheid van kansen en voor raaismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, Affaire n° C-157/15, par. 40.

¹⁰³ Kimberle CRENSHAW, « Demarginalising the Intersection of Race and Sex », (1989) *University of Chicago Legal Forum* 139; Sandra FREDMAN, *Discrimination Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 139-143; Shreya ATREY, « Re-envisioning Discrimination Law. Making Discrimination Law respond to Intersectionality », *Global Equality Law International Conference*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 2014 [inédit].

ainsi que sur les préjugés et stéréotypes bien souvent à l'œuvre dans ces situations¹⁰⁴.

Ces raisonnements, qui semblent accorder une importance prépondérante à la liberté d'entreprise des employeurs autorisés à se prévaloir d'une politique de neutralité pour discriminer certaines travailleuses sur la base d'une manifestation de leur religion, ne répondent pas aux exigences fixées par la Cour européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence *Eweida* et pourraient faire l'objet d'une remise en cause si une affaire similaire était portée devant cette juridiction. Dans un avenir proche, c'est plutôt la Cour de justice de l'Union européenne qui va être amenée à préciser sa position à l'occasion de deux affaires belge (*Achbita*) et française (*Bougnaoui*) qui lui ont été déférées à titre judiciaire.

C. Une interprétation attendue de la Cour de justice de l'UE sur les discriminations religieuses dans le secteur privé

Certaines de ces questions sont actuellement pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁵ qui, pour la première fois, va être amenée à se prononcer sur l'interprétation de l'interdiction des discriminations fondées sur la religion ou les convictions prescrite par la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁰⁶. Plus particulièrement, dans l'affaire *Achbita c. G4S Secure Solu-*

¹⁰⁴ En ce sens, voir *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Affaire n° C-83/14, par. 82 et 91.

¹⁰⁵ Il est à noter que la Cour de justice a rendu les arrêts dans ses deux affaires, le 14 mars 2017 (soit après la remise du manuscrit de cette contribution) : C.J., 14 mars 2017, arrêt *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 ; C.J., 14 mars 2017, arrêt *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, anciennement Micropole Univers SA*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204). Pour un commentaire de ces décisions, v. notamment E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires Achbita et Bougnaoui : quand la neutralité devient le cache-sexe des préjugés », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017, à paraître.

¹⁰⁶ C.E., *Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, [2000] J.O., L. 303.

tions¹⁰⁷, la Cour de cassation de Belgique pose la question de savoir si l'interdiction faite à une travailleuse de religion musulmane de porter le foulard islamique au travail constitue une discrimination directe fondée sur la religion si cette interdiction s'appuie sur un règlement général de l'entreprise interdisant les signes politiques, philosophiques et religieux visibles sur les lieux du travail¹⁰⁸. Dans la seconde affaire, *Bouagnaoui c. Micropole Univers*, introduite à l'initiative de la Cour de cassation française¹⁰⁹, la question est de savoir si le souhait d'un client d'une société de

¹⁰⁷ Cass., 9 mars 2015 (Belgique).

¹⁰⁸ En l'espèce, la réceptionniste d'une entreprise spécialisée en services de sécurité, G4S Security Systems, avait commencé à porter un foulard après plusieurs années en fonction. La société s'était opposée à cette pratique, et avait même été jusqu'à modifier le règlement de travail – malgré l'intervention du Centre pour l'égalité des chances (organisme public pour l'égalité de traitement et la lutte contre les discriminations, aujourd'hui dénommé UNIA) – en vue d'interdire tous les signes religieux, philosophiques ou politiques visibles aux membres de son personnel. La réceptionniste avait finalement été licenciée, et s'était adressée aux juridictions du travail, avec le soutien du Centre pour l'égalité des chances. Les demandeurs avaient ainsi invoqué une atteinte à la liberté de religion et un traitement directement, ou du moins indirectement, discriminatoire sur la base des convictions. En 2011, la Cour du travail d'Anvers avait rejeté cet argumentaire et refusé de faire droit à la demande de dédommagement introduite. La juridiction d'appel avait considéré que le licenciement n'était pas abusif, puisque l'employeur n'avait pas agi de manière manifestement déraisonnable. C'est finalement la Cour de cassation, saisie sur pourvoi, qui a adressé cette question préjudicielle à la Cour de justice de l'U.E.

¹⁰⁹ Lors de l'embauche, la société Micropole Univers avait accepté le port du foulard par la salariée engagée en qualité d'ingénieur d'études, mais il avait été précisé que celui-ci pourrait être limité lors des contacts entretenus avec les clients de l'entreprise. Suite aux plaintes de clients gênés par le foulard porté par l'employée, Micropole Univers avait exigé qu'il soit retiré en présence de sa clientèle. Face au refus de la salariée, l'entreprise décida finalement de la congédier pour faute grave, la privant ainsi de tout dédommagement financier. La jeune femme saisit les tribunaux afin de contester le licenciement et de faire reconnaître une discrimination fondée sur ses convictions religieuses. Le Conseil de prud'hommes de Paris, le 4 mai 2011, puis la Cour d'appel de Paris, le 18 avril 2013, ont jugé que le licenciement était justifié par une « cause réelle et sérieuse » (Code du travail, art. L. 1232-1) mais que la salariée n'avait pas commis une faute grave susceptible de la priver d'une indemnité de rupture. L'ancienne salariée s'est finalement pourvue en cassation, en vue de faire établir la nullité du licenciement intervenu sur un motif qu'elle jugeait discriminatoire. Par un arrêt du 9 avril 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation a sursis à statuer et a adressé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (Soc., 9 avr. 2015, n° 13-19.855). Pour un commentaire, voir Thomas

conseils informatiques de ne plus voir les prestations de cette société assurées par une salariée portant un foulard islamique peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature de l'activité professionnelle en cause ou des conditions de son exercice. Au cœur de ces cas d'espèce, figure la distinction entre discrimination directe et indirecte et les différences de justifications qui y sont liées¹¹⁰.

Au vu des enjeux importants soulevés par ces affaires et du caractère souvent laconique des raisonnements des juridictions belges et françaises dans ce domaine, l'on mesure à quel point les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sont attendus. L'attente est d'autant plus vive que l'avocate générale Kokott, pour l'affaire *Achbita*, et l'avocate générale Sharpston, pour l'affaire *Bougnaoui*, ont rendu des conclusions qui s'opposent à bien des égards. La différence d'approche se matérialise d'emblée dans une présentation contrastée des enjeux. L'avocate générale Kokott met l'accent sur le foulard islamique et la question « plus fondamentale de savoir quelle mesure d'altérité et de diversité doit admettre en son sein une société européenne ouverte et pluraliste et quelle mesure d'intégration elle peut exiger en retour de certaines minorités¹¹¹ ». L'avocate générale Sharpston souligne, au contraire, que « [l]es questions [...] soulevées [...] ne concernent pas la seule religion islamique ni les seules personnes de sexe féminin. Le port de tenues vestimentaires religieuses ne se limite pas à une religion spécifique ni à un seul sexe¹¹² ».

Du reste, l'avocate générale Kokott, par une lecture surprenante et particulièrement large de la notion d'exigence professionnelle essentielle

DUMORTIER, Frédéric GUIOMARD, Tatiana GRÜNDLER, Ismaël OMARJEE et Marc TOUILLER, « Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015) », (2015) *Revue des droits de l'Homme* 11-12.

¹¹⁰ Dans l'affaire *Samira Achbita & Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions*, préc., note 102, « alors que G4S considère qu'il n'y a aucune discrimination, tandis que la France et le Royaume-Uni (ainsi que la Commission) admettent une discrimination indirecte, la Belgique et le Centre [pour l'égalité des chances] tiennent pour acquise l'existence d'une discrimination directe. [...] La pratique des juridictions nationales est cependant divergente en pareils cas » (Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, préc., note 102, par. 41).

¹¹¹ Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, préc., note 102, par. 2-4.

¹¹² Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON, préc., note 96, par. 30.

(par. 79)¹¹³, considère qu'une entreprise peut opter pour « une politique de stricte neutralité en matière de religion et de convictions et, pour réaliser cette image de marque, imposer à son personnel, dans le cadre des exigences professionnelles, d'afficher une apparence neutre au travail » (par. 76). Mettant l'accent sur la liberté d'entreprise et la marge de manœuvre qui doit être laissée aux acteurs économiques (par. 81), elle considère qu'une interdiction des signes religieux, politiques et philosophiques peut être considérée comme une « exigence professionnelle essentielle, déterminante et légitime au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78, qui est en principe appropriée pour justifier des inégalités de traitement – que celles-ci soient directes ou indirectes – fondées sur la religion – pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté¹¹⁴ ». L'avocate générale souligne certaines limites (respecter les valeurs fondamentales de l'Union et les buts essentiels qu'elle poursuit et ne pas céder aveuglément et sans considération à n'importe quelle exigence ou manifestation de volonté des tiers) à la possibilité pour l'entreprise d'imposer un code vestimentaire au nom de son image de marque ou du souhait de ses clients. Ces limites s'avèrent toutefois très peu contraignantes au regard de la marge de manœuvre reconnue à l'entreprise pour se doter d'une stricte politique de neutralité (par. 85-95). Enfin, après avoir rappelé que le droit de l'UE n'imposait pas à l'employeur d'obligation d'aménagement raisonnable de la croyance religieuse ou de sa manifestation, l'avocate générale conclut à l'absence d'atteinte excessive aux droits de la travailleuse, au prix d'une distinction contestable entre la pratique religieuse sur laquelle il serait possible d'influer et d'autres motifs de discrimination constituant une « donnée indissociable de la personne », comme le sexe, la couleur de peau, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, l'âge ou le handicap que « le travailleur ne peut pas laisser au vestiaire » (par. 116).

L'avocate générale Sharpston conclut, en revanche qu'un « règlement de travail d'une entreprise qui interdit aux travailleurs de cette entreprise de porter des signes ou tenues vestimentaires religieux lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle de l'entreprise entraîne une discrimination directe

¹¹³ Pour une lecture critique des conclusions de l'avocate générale Kokott, voir Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ et Cyril WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail, CJUE, Achbita, Aff. C-157-15 », *Semaine sociale Lamy*, 2016, p. 5, à la page 8.

¹¹⁴ Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, préc., note 102, par. 128.

fondée sur la religion ou les convictions» qui ne peut être justifiée en tant qu'exigence professionnelle essentielle et déterminante ou au titre d'« aucune des autres dérogations à l'interdiction de la discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions prévues par cette directive¹¹⁵». Elle rappelle « qu'une discrimination directe [...] ne peut pas être justifiée par le préjudice financier que pourrait subir l'employeur ». En insistant sur les limites de la liberté d'entreprise, elle rejette clairement l'invocation de l'intérêt commercial de l'entreprise dans ses relations avec la clientèle pour justifier l'interdiction du port du voile comme exigence professionnelle essentielle et déterminante (par. 100). Elle envisage ensuite, à toutes fins utiles, l'hypothèse d'une discrimination indirecte engendrée par un règlement d'entreprise qui imposerait à ses travailleurs un code vestimentaire parfaitement neutre (« En vertu d'un tel code vestimentaire, tous les symboles et éléments de tenue vestimentaire religieux sont (évidemment) bannis – mais il en va de même d'un maillot de partisan du FC Barcelone ou d'une cravate indiquant que son porteur a fréquenté tel ou tel collègue à Cambridge ou à Oxford », par. 110). À cet égard, elle estime que l'intérêt commercial de l'employeur et la volonté de projeter une certaine image envers sa clientèle en imposant un uniforme ou un certain style de tenue peuvent constituer un objectif légitime (par. 115-116). Mais, contrairement à l'avocate générale Kokott, elle souligne que, « pour l'adepte pratiquant d'une religion, son identité religieuse fait partie intégrante de son être même. Les exigences de la foi – sa discipline et les règles de vie qu'elle impose – ne sont pas des éléments à appliquer lorsque l'on ne se trouve pas au travail (par exemple le soir et le week-end pour ceux qui ont un travail de bureau), mais pouvant être poliment écartés pendant les heures de travail » (par. 118). En présence dès lors d'un conflit entre le droit d'adhérer à une religion et de la manifester et la liberté d'entreprise, l'avocate générale insiste sur la démarche d'aménagement à adopter afin qu'ils puissent coexister de manière harmonieuse et équilibrée (par. 119). La proportionnalité de la mesure doit, en dernier ressort

¹¹⁵ Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON, préc., note 96, par. 135. L'avocate générale écarte notamment l'exception prévue à l'article 4 (2) de la directive 2000/78 concernant les « activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ». Pour elle, « le considérant 24 de la directive montre que cette disposition est destinée à mettre en œuvre la déclaration n° 11 relative au statut des églises et des organisations non confessionnelles. Étant donné la nature des activités de Micropole (activités strictement commerciales), cette dérogation ne peut pas s'appliquer en l'espèce » (par. 106).

être appréciée par le juge national (par. 132). Mais l'avocate générale n'en termine pas moins en soulignant que :

dans la grande majorité des cas, une discussion sensée entre l'employeur et le travailleur permettra de parvenir à un arrangement qui concilie de manière adéquate les droits opposés du travailleur à manifester sa religion et de l'employeur à la liberté d'entreprise. Il se peut toutefois que, dans certains cas, ce ne soit pas possible. En dernier recours, l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors, selon moi, s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses. J'attire ici l'attention sur le caractère insidieux de l'argument selon lequel « mais nous devons faire ainsi car, autrement, cela ne plaira pas à nos clients ». Lorsque l'attitude des clients peut en soi indiquer un préjugé fondé sur l'un des « critères interdits », comme la religion, il me paraît particulièrement dangereux de dispenser l'employeur de l'obligation d'égalité de traitement afin de complaire à ce préjugé (par. 133).

Les différences factuelles entre les deux affaires n'expliquent que partiellement les divergences entre les analyses des deux avocates générales, lesquelles dévoilent les tensions et hésitations dans l'appréhension et l'articulation des notions de discriminations fondées sur la religion et de liberté d'entreprise avec le spectre du foulard islamique en toile de fond.

* * *

À l'issue de cette épopée transatlantique, comment la « conscience » des entreprises vient-elle bousculer le droit de la non-discrimination et entrer en tension avec les interdictions qu'il contient ?

Dans notre premier examen de jurisprudence, la liberté de conscience est invoquée par des entreprises à but de lucre pour échapper à des obligations générales qui y seraient contraires. Comme le soulignent Nejaime et Siegel, pour ces entreprises ou leurs propriétaires, il s'agit souvent de recourir à la voie judiciaire et de demander des exemptions pour conforter leur position, une fois que certaines batailles ont été perdues au plan législatif et qu'il devient difficile de faire progresser la morale traditionnelle qu'ils défendent par des lois d'application générale¹¹⁶. Cette tendance, présente notamment dans le domaine de l'accès aux droits sexuels et reproductifs et dans celui de la fourniture de biens ou de services à des

¹¹⁶ D. NEJAIME et R.B. SIEGEL, préc., note 9, 2543. Voir aussi I.N.C.L.O., préc., note 5.

personnes homosexuelles, aboutit à une hypertrophie de la notion de conscience ou de liberté religieuse qui est instrumentalisée pour être étendue à des personnes morales dont le but principal est le lucre et non la promotion d'une conviction déterminée. Cette conception extensive, consacrée par la Cour suprême des États-Unis dans le retentissant arrêt *Hobby Lobby*, n'est pas consacrée partout, loin sans faut. Elle est contestée, dans le domaine des droits reproductifs, où une conception restrictive de l'objection de conscience limitée aux pourvoyeurs directs de soins à l'exclusion des institutions est adoptée par une série de juridictions. En matière d'offres de biens et de services, si l'invocation de la liberté religieuse par les entreprises ou leurs dirigeants n'a généralement pas fait l'objet d'une discussion approfondie, les cas analysés révèlent une tendance uniforme à poser une limite à cette liberté lorsqu'elle entre en conflit avec l'interdiction des discriminations fondée sur l'orientation sexuelle des bénéficiaires de services. L'exemption ou l'accommodement est ici refusé au motif qu'il engendre un préjudice soit directement aux personnes homosexuelles visées soit indirectement à la communauté LGBT* et à la société dans son ensemble, faisant clairement fléchir la liberté religieuse des uns lorsqu'entre en jeu l'égalité des autres. Indépendamment du succès de ces mobilisations conservatrices fondées sur la liberté de conscience, ce contentieux révèle les risques de discriminations qu'une telle approche extensive de la liberté de conscience et de religion et des exemptions qui y sont liées pourrait entraîner.

Dans le second examen de jurisprudence, les entreprises ou organisations privées n'invoquent plus leur liberté religieuse, mais bien leur image de marque, voire une politique de neutralité, pour refuser le port de signes religieux par leurs employés et justifier leur licenciement sur cette base. Un certain nombre d'affaires, principalement jugées en France ou en Belgique, témoignent d'une grande déférence accordée à la liberté d'entreprise en acceptant que ces entreprises privées invoquent une politique de neutralité comme justification de l'interdiction de signes religieux au sein de leur force de travail, indépendamment des discriminations – directes ou indirectes – qu'une telle politique est susceptible d'engendrer pour certains travailleurs. Les raisonnements adoptés par les juges français et belges dans ces affaires, souvent formalistes et laconiques, semblent faire peu de cas de la dimension intersectionnelle des discriminations dont sont victimes les travailleuses musulmanes et des préjugés imprégnant bien souvent ces affaires. Ils ne devraient pas résister à un examen par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Eweida*, a exigé un véritable examen de proportionnalité à l'occasion duquel la

volonté de préserver l'image de marque de l'entreprise est prise en compte, mais se voit accorder peu de poids au regard du dommage encouru par les travailleurs ou candidats à l'emploi. C'est également la posture retenue par la Cour suprême des États-Unis qui, se fondant sur l'exigence d'accommodement raisonnable, a condamné l'invocation de l'image de marque de l'entreprise pour restreindre les droits d'une future employée de porter le voile. Dans ce contexte, les décisions que la Cour de justice de l'Union européenne est amenée à rendre dans les affaires *Achbita* et *Bougnaoui* sont particulièrement attendues. Soulignons d'ores et déjà que l'approche de l'avocate générale Sharpston, nourrie de la logique de l'accommodement et de la conciliation des deux droits en présence (liberté d'entreprise et non-discrimination fondée sur la religion) et axée sur les limites à la liberté d'entreprise, semble plus en phase avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Eweida*. Quelle que soit l'approche retenue, ces arrêts devraient, en toute hypothèse, constituer une « décision de principe qui, au-delà des deux affaires au principal, pourrait servir de référence pour le monde du travail dans l'ensemble de l'Union européenne, à tout le moins pour ce qui concerne le secteur privé¹¹⁷ ».

Au-delà des différences entre les deux groupes de jurisprudence présentés ici, leur rapprochement montre que les entreprises n'hésitent pas à recourir au registre des droits fondamentaux – qu'il s'agisse de l'invocation de la liberté religieuse ou de la liberté d'entreprise. Les juridictions amenées à trancher ces conflits ne devraient pas perdre de vue que l'extension de tels droits aux entreprises privées n'est pas sans risque pour le respect d'un traitement non-discriminatoire des travailleurs ou des bénéficiaires des services qu'elles pourvoient.

¹¹⁷ Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, préc., note 102, par. 6.

Partie IV

AMÉNAGEMENTS INSTITUTIONNELS DE LA DIVERSITÉ ET AUTONOMIE POLITIQUE

La dernière partie du livre discute de sujets dont José Woehrling a abondamment traité tout au cours de sa carrière. Il s'agit des enjeux relatifs aux aménagements institutionnels de la diversité et du droit à l'autonomie.

Les juristes belges Hugues Dumont et Mathias El Berhoumi amorcent de belle façon la discussion en s'interrogeant sur la possible émergence d'une reconnaissance constitutionnelle du droit de *demande* la sécession dans les États plurinationaux, hypothèse encore presque inimaginable il y a moins de vingt ans, mais qui est en train de devenir pensable sur la base des expériences canadienne (avec la décision de la Cour suprême de 1998 sur la sécession du Québec) et britannique (avec le référendum d'indépendance tenu en Écosse en 2014) et dont la clé se trouve dans la relation dialectique qui unit en les opposant les principes de primauté du droit et de démocratie. C'est dans cet esprit que les deux auteurs s'intéressent à la sécession en droit constitutionnel en appréhendant la possibilité de se séparer – et non la séparation en tant que telle – parmi les arrangements institutionnels des États plurinationaux. Après avoir exposé les fondements et les contours de leur thèse, ils évoquent quelques unes des modalités que la mise en œuvre du droit examiné appellerait, en particulier à propos du seuil de majorité lors du référendum d'indépendance et de l'obligation de négocier qui résulte de celui-ci en cas de succès.

Suit la contribution du Professeur Stéphane Bernatchez dans laquelle celui-ci examine le traitement que le constitutionnalisme contemporain accorde à la notion de démocratie. Bernatchez constate un certain renouveau de l'intérêt pour le concept de démocratie à la fois en droit constitutionnel et en théorie constitutionnelle. Cependant, cette tendance se limite bien souvent à concevoir le principe démocratique principalement comme une mesure de légitimité du droit. Or, c'est précisément pour dépasser cette seule acception de la démocratie que les constitutionnalistes doivent, paradoxalement, se réintéresser à la philosophie politique qui a fourni cette exigence démocratique de légitimité, plus précisément encore à la théorie

de la gouvernance qui démontre que la légitimité n'est pas la seule exigence contemporaine découlant de ce passage du gouvernement à la gouvernance. Il importe également que les juristes, et en particulier les constitutionnalistes, s'intéressent à nouveau à la démocratie en termes d'effectivité, l'effectivité étant conçue ici comme condition de validité interne de la norme, et non seulement dans une perspective externe ou sociologique.

Pour sa part, Michel Seymour se livre à une analyse des deux modalités du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit à l'autodétermination interne et le droit à l'autodétermination externe en vue d'explorer de nouveaux scénarios de gestion des rapports intercommunautaires au sein des États qui se trouvent aux prises avec d'importantes tensions culturelles, ethniques ou linguistiques. Seymour présente tout d'abord une vision enrichie de la notion d'autodétermination interne qui induit cinq droits spécifiques. Il défend ensuite l'idée que la communauté internationale accepte déjà le principe du droit collectif des peuples à l'autodétermination interne et accepte également, bien que ce soit dans une moindre mesure, que la violation de l'autodétermination interne puisse constituer une justification pour la sécession. Enfin, il se penche sur le cas du Québec afin de mettre son cadre théorique en application. Chez Seymour, ce sont les acteurs politiques et sociaux qui doivent avoir le dernier mot. Cela force le droit à prendre la mesure des transformations sociales et politiques.

Pour clore cette quatrième partie, Félix Mathieu et Dave Guénette proposent de porter un regard nouveau sur la situation des nations minoritaires évoluant en contexte multinational, celles-ci étant appréhendées par l'entremise du concept de « nations fragiles ». À cette fin, ils entreprennent de jeter les bases d'un index, l'« Index des cultures sociétales » (ICS), comprenant six leviers juridico-constitutionnels et destiné à étudier, de manière comparative et standardisée, le contexte dans lequel évoluent les nations minoritaires au sein des États multinationaux, en comparant plus particulièrement les cas du Québec et du Tyrol du Sud en tant que nations fragiles. Leur contribution se veut ainsi fondamentalement interdisciplinaire : à partir d'un ancrage en théorie politique sur la fragilité de certaines nations, elle emploie également une démarche juridique en droit constitutionnel comparé afin d'étudier les aménagements institutionnels permettant à une nation fragile, sur son territoire et à même ses institutions, de développer et de renforcer sa culture sociétale, entendue comme un contrepoids à sa fragilité relative.

La reconnaissance constitutionnelle du droit de demander la sécession dans les états plurinationaux

Hugues Dumont* et Mathias El Berhoumi**

I. Le droit de demander la sécession : une des marques juridiques de la plurinationalité de certains États	467
II. Le droit de demander la sécession : l'<i>ultima ratio</i> lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté	474
III. Le droit de demander la sécession : un droit compatible avec le droit de l'Union européenne ?	477
IV. Le droit de demander la sécession : un droit dont la constitutionnalisation postule une norme trans-constitutionnelle	483
V. Le droit de demander la sécession : du principe aux modalités.....	494
A. La question du seuil de majorité dans les référendums d'indépendance	495
B. Les contours de l'obligation de négocier	498
Conclusion	501

* Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et président du Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC).

** Chargé de recherches et professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC).

C'est par la plume du professeur José Woehrling, plus précisément de son commentaire publié dans la *Revue française de droit constitutionnel* en 1999, que de l'autre côté de l'Atlantique, les juristes francophones ont pu saisir la portée décisive du désormais célèbre avis de la Cour suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹.

Depuis cet avis du 20 août 1998, l'on ne peut plus raisonner en résumant à une simple antinomie de principe le rapport entre la notion de Constitution et le phénomène de la sécession définie par la Cour suprême comme la « démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international² ».

Certes, la Commission de Venise écrit encore en 1999 que « l'autodétermination est régie avant tout par le droit international [...]. Dire que le droit constitutionnel national n'est pas favorable à la sécession relève de la litote. Cela ne surprend pas, puisqu'il est le fondement de l'État que la sécession conduirait pour le moins à amputer³ ». Mais en 2001, lorsqu'elle esquisse un *Cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe*⁴, la Commission est déjà bien plus nuancée. Elle ne peut pas passer sous silence, fût-ce à titre d'exceptions, les contextes constitutionnels de deux États, le Canada et le Royaume-Uni. En 2014, à propos de la Crimée, elle recourt à une formulation négative qu'il est permis de juger révélatrice d'une évolution des esprits : « Le fait que la Constitution de l'Ukraine n'autorise pas la tenue d'un référendum sur la sécession n'est aucunement contradictoire avec les normes constitutionnelles européennes⁵ ». Autrement dit, l'interdiction constitutionnelle

¹ José WOEHLING, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) *Revue française de droit constitutionnel* 3.

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 83.

³ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, *L'autodétermination et la sécession en droit constitutionnel*, CDL-INF (2000) 2, 1999.

⁴ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, *Cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe*, CDL-INF (2000) 016-f, 2000.

⁵ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, 98^e sess. plénière, *Avis sur la compatibilité avec les principes constitutionnels de la décision du Conseil Suprême de la République autonome de Crimée en Ukraine de*

de la sécession a cessé d'être une évidence de principe puisque la Commission se met à justifier l'absence de clause sécessionniste.

En moins de vingt ans, le presque impensable, sous la seule réserve des Constitutions de l'URSS, de l'Éthiopie, du Liechtenstein ou de Saint-Christophe-et-Niévès, cas peu propices à l'étude comparative avec le droit constitutionnel des États démocratiques plurinationaux, commence à devenir pensable. Et s'il en va ainsi, c'est à la Cour suprême du Canada qu'on le doit. En effet, depuis son avis de 1998, les affaires monténégrine, écossaise et catalane invitent les constitutionnalistes à passer du cas canadien à la règle, ou du moins à quelques principes juridiques⁶. La Cour suprême du Canada a donné la clé du raisonnement qui, à notre estime, devrait s'imposer dans tous les États plurinationaux démocratiques dont paradoxalement l'assise nationale s'érode en se contentant d'affirmer l'unicité juridique de leur nation pour s'opposer à l'expression formalisée d'une demande de sécession. Cette clé réside dans la conciliation des quatre principes sous-jacents qui inspirent et nourrissent le texte de la Constitution canadienne, mais qui n'ont rien de spécifique à celle-ci, à savoir le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des droits des minorités⁷. Plus précisément, la clé se trouve dans la reconnaissance de la relation dialectique qui unit en les opposant État de droit et démocratie : on ne peut ni faire primer la démocratie sur l'État de droit ni privilégier l'État de droit sur la démocratie. S'il est conforme à la logique de l'État de droit que la Constitution exclue une sécession réalisée unilatéralement, c'est-à-dire sans des négociations fondées sur des principes, il est aussi conforme à la logique démocratique d'exclure que la formation d'une majorité claire en réponse à une question claire en faveur d'une sécession demeure dépourvue d'effets juridiques⁸. En rejetant les deux thèses extrêmes, celle d'un référendum positif des Québécois qui oblige le reste du Canada à accepter la

tenir un référendum sur la question de devenir un territoire constitutif de la Fédération de Russie ou de restaurer la constitution de la Crimée de 1992, CDL-AD (2014) 002.

⁶ Sur ce thème de la « pensée juridique par cas », voir François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 508 et suiv.

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 49. La Cour suprême précise que « Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre ».

⁸ *Id.*, par. 88.

sécession et celle d'un référendum positif dépourvu de conséquences juridiques ou politiques, la Cour suprême contraint les parties, souverainiste et fédéraliste, «à revenir sur le terrain plus modéré des discussions et de la négociation⁹». Dans un État plurinational démocratique, une nation infra-étatique devrait donc se voir reconnaître le droit de demander une sécession et de chercher à la réaliser par la voie de la négociation.

Le Royaume-Uni, autre État cité à titre d'exception par la Commission de Venise, a aussi cherché à concilier démocratie et État de droit pour répondre aux revendications nationalistes. Le *Northern Ireland Act* 1998 réaffirme, dès son premier article, l'appartenance de l'Irlande du Nord au Royaume-Uni sauf s'il devait en être décidé autrement par une majorité du peuple d'Irlande du Nord à l'occasion d'un référendum¹⁰. Le dernier référendum de souveraineté en Irlande du Nord remonte toutefois au 8 mars 1973 («*border poll*»). Le maintien de l'appartenance au Royaume-Uni avait fait l'objet d'un soutien franc et massif (98,9 % de «oui»). Le cas de l'Écosse nous paraît plus intéressant, non seulement en raison de son actualité, mais aussi parce que les modalités d'organisation du référendum d'indépendance qui s'est tenu le 18 septembre 2014 permettent de ranger le Royaume-Uni parmi les laboratoires de la sécession juridiquement encadrée par des règles de droit interne. Le référendum écossais reposait sur un fondement juridique clair et résultait d'un processus négocié entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement d'Écosse, l'accord d'Édimbourg du 15 octobre 2012. En outre, comme l'observe Neil Walker, le débat autour de l'indépendance de l'Écosse a consacré une division du travail juridique inédite : le droit constitutionnel a donné un cadre à la revendication sécessionniste, alors que le droit international a été relégué à la marge¹¹. Jusque récemment, et l'avis de la Commission de Venise de 1999 s'en fait l'écho, la question de la sécession était envisagée à partir du droit international. Or, en dehors des situations coloniales et d'oppression, le droit international se montre particulièrement restrictif

⁹ J. WOEHLING, préc., note 1, p. 25.

¹⁰ Cette disposition reprend l'article 1^{er} du *Northern Ireland Constitution Act* 1973. On laisse ici de côté l'incidence du Brexit.

¹¹ Neil WALKER, «*Beyond Secession ? Law in the Framing of the National Polity*», dans Stephen TIERNEY (dir.), *Nationalism and Globalisation*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 158.

sur la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹². Certes, la sécession n'est pas interdite. La Cour internationale de justice l'a encore rappelé dans son avis sur la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo. Elle s'est cependant empressée de préciser qu'elle « n'est pas tenue, par la question qui lui est posée, de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférerait au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, a fortiori, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un État existant le droit de s'en séparer unilatéralement¹³ ».

Prenant conscience des marges de manœuvre étroites qu'offre le droit international, les minorités nationales abandonnent leur tropisme international et se tournent de plus en plus vers le droit constitutionnel de l'État dont – paradoxalement – ils souhaitent se séparer. Si le caractère démocratique de leur État et l'absence de recours à la violence empêchent les Catalans, Écossais ou Québécois de puiser dans la théorie encore controversée de la sécession-remède un moyen d'obtenir gain de cause, ces mêmes traits autorisent ces nations infraétatiques à chercher des réponses constitutionnelles à leurs aspirations. Et de fait, le droit constitutionnel de certains États s'est ouvert, à des degrés divers, à la sécession. Cette ouverture contribue à traduire en termes juridiques le caractère plurinationnel de ces États. C'est dans cet esprit que nous nous intéresserons à la sécession en droit constitutionnel en appréhendant la possibilité de se séparer – et non la séparation en tant que telle – parmi les arrangements institutionnels des États plurinationaux. Nous nous inscrivons ainsi dans la démarche consistant à appréhender la sécession non comme un phénomène isolé, mais dans le cadre de la dynamique plus large des relations entre l'État et les communautés infraétatiques¹⁴.

Les constitutionnalistes qui cherchent à forger une théorie juridique de l'État fédéral plurinationnel ne sont cependant qu'au début d'une entre-

¹² Sur ce thème, voir notamment Théodore CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La documentation française, 1999; James CRAWFORD, « State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession », *Tamilnation*, 19 février 1997, par. 26-62.

¹³ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif n° 2010/25, [2010] C.I.J. Rec. 403.

¹⁴ Voir dans le sens de cette approche, Susanna MANCINI, « Secession and Self-determination », dans Michel ROSENFELD et Andras SAJÓ (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 482.

prise de construction d'un régime de la sécession qui ne saurait se contenter de célébrer les vertus de l'avis rendu par la Cour suprême du Canada ou de l'accord d'Édimbourg. Les questions qui restent à résoudre sont particulièrement épineuses. En guise de modeste contribution à cette théorie, nous voudrions ici soutenir quatre thèses. La première reprend en l'étayant notre montée en généralité au-delà du cas canadien : la reconnaissance du droit des nations infraétatiques de demander la sécession pourrait bientôt former une des caractéristiques juridiques des États démocratiques plurinationaux (I). La deuxième est moins originale, mais néanmoins essentielle : l'exercice de ce droit ne devrait être revendiqué qu'au titre de l'*ultima ratio*, lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté (II). La troisième thèse consiste plutôt dans une mise en garde adressée aux États plurinationaux qui tirent un statut particulier du fait de leur qualité de membre de l'Union européenne (III). La quatrième est techniquement la plus périlleuse : le droit des nations infraétatiques de demander la sécession dans ces États postule l'inscription dans la Constitution de l'État parent d'une norme « trans-constitutionnelle » (IV). Nous compléterons enfin ces quatre thèses en évoquant quelques-unes des modalités que la mise en œuvre du droit examiné appelle, en particulier à propos du seuil de majorité lors du référendum d'indépendance et de l'obligation de négocier (V). Nos conclusions nous permettront de souligner les limites et les risques de notre entreprise.

I. Le droit de demander la sécession : une des marques juridiques de la plurinationalité de certains États

Dans une contribution majeure aux débats autour du droit à la sécession, Cass Sunstein a soutenu l'idée que la consécration d'un tel droit se heurte aux fondements mêmes du constitutionnalisme¹⁵. La Constitution soustrait certaines questions de l'agenda politique et du système majoritaire en vue de garantir des exigences aussi essentielles que la démocratie, les droits fondamentaux ou la stabilité de l'État. À ses yeux, le droit constitutionnel a vocation à favoriser la délibération et une prise de décision qui dépassent les intérêts particuliers, ceux d'une faction ou d'un territoire. Or, l'existence d'un droit à la sécession – nous dirions d'un droit formalisé de demander la sécession – encouragerait des comportements stratégiques de la part de ses destinataires qui pourront s'en servir comme

¹⁵ Cass R. SUNSTEIN, « Constitutionalism and Secession », (1991) 58 *University of Chicago Law Review* 633.

menace pour obtenir des faveurs, notamment financières, de l'État central. La Constitution devrait au contraire favoriser la coopération des citoyens et des composantes de l'État sur le long terme et l'engagement de chacun dans la recherche de compromis.

Le réquisitoire de Cass Sunstein fait écho à la question des fonctions de la constitution. Parmi les multiples fonctions qui peuvent être évoquées, on distinguera avec Marie-Claire Ponthoreau la fonction normative et la fonction intégrative^{16/17}. La fonction normative renvoie à la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne, suprématie qui limite les pouvoirs des gouvernants en vue de protéger les droits et libertés des citoyens. Cette fonction fonde le contrôle juridictionnel de constitutionnalité. La fonction intégrative rend compte du rôle de la constitution dans le processus d'intégration continue de l'État. La constitution rassemble les membres d'une société pour former une communauté politique qui transcende dans une certaine mesure les différences et les conflits qui la traversent. Relevons que la constitution apparaît comme la garantie du consensus de base nécessaire à la cohésion sociale¹⁸. Cette dynamique suppose que la constitution suscite l'adhésion des citoyens qui doivent pouvoir s'y identifier. À cet égard, la Constitution américaine fait partie des constitutions dont la dimension intégrative est la plus prégnante¹⁹. Au regard notamment du contexte de la guerre de Sécession, la Cour suprême des États-Unis a ainsi rejeté l'idée d'une constitutionnalisation de la sécession :

« the Constitution was ordained “to form a more perfect Union.” It is difficult to convey the idea of indissoluble unity more clearly than by these words. What can be indissoluble if a perpetual Union, made

¹⁶ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 256-295.

¹⁷ Nous n'aborderons pas la fonction symbolique d'une constitution, même si elle peut contribuer à la fonction intégrative. Cf. Hugues DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », dans Isabelle HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 « La théorie des sources du droit », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 103 et 104, ainsi que les références citées.

¹⁸ Dieter GRIMM, « Integration by Constitution », (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 194.

¹⁹ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 17, p. 270.

more perfect, is not ? [...] The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States²⁰ ».

Comme l'observe Susanna Mancini, entre cette décision de 1869 et l'avis en sens contraire de la Cour suprême du Canada de 1998, la conceptualisation du fédéralisme et ses traductions concrètes dans les États fédéraux ont profondément changé : entre le modèle de l'État fédéral américain qui a émergé dans une perspective d'unification mononationale, et le modèle fédéral que cherchent à construire des États menacés par un processus de désunion dans l'espoir d'y trouver le moyen de contenir les tendances centrifuges par l'octroi d'un haut degré d'autonomie à des groupes nationaux, les différences sont profondes²¹. En résumé, ajoute Mancini qui appuie principalement son propos sur les mutations (con)fédérales de l'État belge, de nombreuses fédérations ont été instituées non pour réaliser « une union plus parfaite », mais pour desserrer progressivement les liens d'une union devenue moins désirable pour une fraction de la population²².

Si le raisonnement de Cass Sunstein peut donc convenir à l'État mononational imprégné de l'idéologie de l'État-nation²³, un courant comptant une abondante littérature de philosophes, politologues et juristes invite à dépasser cette figure en explorant celle de l'État plurinational. En partant des paradigmes canadien, écossais et catalan, voire belge, nous définissons, pour notre part, cette notion comme un État composé de plusieurs communautés qui ne sont « unies par la volonté de partager un destin commun²⁴ » *que sous conditions*. À la différence du modèle de l'État-nation qui peut recouvrir une pluralité de nations au sens socio-politiques, mais unies par une volonté inconditionnelle de vivre ensemble sous un toit politique commun (l'on peut penser au cas suisse), dans un État plurinational, les nations

²⁰ *Texas v. White*, 74 US 700, 725 (1869).

²¹ S. MANCINI, préc., note 14, p. 498.

²² *Id.*, p. 498. Sur l'exemple belge, voir Hugues DUMONT, « Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale ? Les onze leçons d'un fédéralisme immature », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 177 et Marc VERDUSSEN, « La Belgique : un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », dans le même ouvrage, p. 211.

²³ Sur ce thème, voir notamment Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004 ; Jacques CHEVALLIER, « L'État-Nation », (1980) *Revue du droit public* 1271.

²⁴ Stéphane PIERRE-CAPS, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 9.

infraétatiques réclament la reconnaissance par leur État de leur statut de société distincte, d'une autonomie aussi étendue que possible et de la liberté de manifester une préférence pour la voie de l'indépendance au cas où elles n'obtiennent pas satisfaction²⁵.

La reconnaissance juridique du droit pour certaines des entités infraétatiques de demander la sécession dans ce type d'État serait fondée sur l'idée, d'allure paradoxale sans doute, que pour garantir l'existence continue d'une volonté de vivre ensemble, cet État doit laisser la porte ouverte à la séparation. Ce faisant, le droit de demander la sécession participe d'une reconnaissance mutuelle des partenaires de l'État plurinational²⁶.

En aménageant la pensée de Daniel Weinstock, on dira que la reconnaissance d'un droit à demander et à négocier la sécession devrait avoir pour effet vertueux de supprimer une source de ressentiment qu'une minorité nationale peut éprouver à l'encontre de l'État auquel elle appartient si celui-ci refuse à cette minorité toute possibilité de décider par elle-même son appartenance à cet État²⁷. À cet égard, Weinstock observe que des revendications sécessionnistes se sont fait entendre dans de nombreux États dépourvus d'une disposition constitutionnelle permettant la séparation. L'actualité catalane suggère que diaboliser la sécession, en faire un tabou constitutionnel, conduit finalement à jeter de l'huile sur le feu des revendications nationalistes²⁸. Dira-t-on qu'un droit constitutionnel à demander la sécession encourage automatiquement la sécession ? Ce n'est pas si sûr. Si ce droit fonde l'organisation, le cas échéant, de ce scénario sur le plan juridique, c'est parce qu'il prend en considération le fait qu'il serait bien pire qu'il advienne en dehors de tout encadrement juridique. Les conséquences de son rejet dans le non-droit sont en effet

²⁵ Cette première tentative de définition est amplifiée dans Hugues DUMONT, « Le pacte constitutionnel européen et les nations sans État », (2017:1) 38 *Civitas Europa*, 369 à 409 ; Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « L'État fédéral plurinational : tentative de définition juridique », *Liber Amicorum Yves Lejeune. Les visages de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 363 à 390.

²⁶ Wayne NORMAN, *Negotiating Nationalism. Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 209.

²⁷ Daniel WEINSTOCK, « Constitutionalizing the Right to Secede », (2001) 9 *Journal of Political Philosophy* 202.

²⁸ Cf. S. MANCINI, préc., note 14, p. 482 et Paul ALLIÈS et Joan MARCET, « La Catalogne sur le chemin de l'indépendance ? », (2014) 40 *Pôle Sud* 5, ainsi que les autres contributions dans le même numéro de cette revue.

potentiellement plus redoutables que celles de son inclusion dans le cadre constitutionnel. Aucun ordre constitutionnel d'une société plurinationale n'est totalement immunisé contre la possibilité d'une sécession. Dès lors, envisager cette hypothèse relève de la prudence et du pragmatisme, même lorsque ce scénario a très peu de chances de se réaliser. Ce faisant, non seulement l'architecture constitutionnelle définit à l'avance le cadre juridique applicable, mais elle démontre aussi une ouverture et une attitude équilibrée face aux différents types de changements fondamentaux de l'ordre constitutionnel²⁹.

Comme l'affirme David Haljan, «The core idea of any constitutional order is an adept, sustainable balancing or integration of popular sovereignty with the rule of law³⁰». Hors du droit, le risque qu'une sécession s'accompagne de comportements violents et arbitraires est élevé. Le traitement juridique d'une situation a vocation à sécuriser les rapports sociaux en indiquant par avance les règles du jeu. Il s'agit certes d'une situation exceptionnelle et certains juristes ont tendance à inverser la formule «*de minimis non curat praetor*» en considérant qu'il en va de même «*de maximis*». Mais c'est précisément la prétention et le progrès du constitutionnalisme de ne pas laisser hors du droit les décisions politiques, aussi lourdes d'enjeux soient-elles. Pour citer à nouveau la Cour suprême du Canada, «le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques³¹». Cet argument paraît décisif. Il invite à envisager la constitutionnalisation de la sécession dans le cadre plus général du développement de l'État de droit et du constitutionnalisme. Prise dans une acception usuelle et contemporaine, la Constitution «se caractérise par la prétention à régir de manière globale et unique, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice³²». Si autrefois il était naturel de ranger la sécession parmi les actes purement politiques, faisant intervenir des forces révolutionnaires, cette conception n'est plus compatible avec les progrès de l'État de droit et du constitutionnalisme.

²⁹ David HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 251.

³⁰ *Id.*, p. 9.

³¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 78.

³² Dieter Grimm, cité par Olivier BEAUD, «Constitution et constitutionnalisme», dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 119 [nos italiques].

La volonté d'assurer un fondement juridique clair au référendum écossais du 18 septembre 2014 illustre à merveille cette évolution. À la lumière de cette expérience écossaise, il apparaît que la juridicisation de la sécession apporte des garanties appréciables pour l'ensemble des parties prenantes au processus sécessionniste. Elle permet que les conditions procédurales de la sécession soient réglées d'un commun accord entre les autorités politiques de l'État parent et celles de l'entité souhaitant l'organisation d'un référendum d'autodétermination. Ce faisant, l'on évite les controverses insolubles où les légitimités de la nation étatique et de la nation infraétatique s'affrontent en vue d'imposer unilatéralement les règles du jeu. La détermination concertée des conditions de la sécession assure leur acceptation mutuelle. Pour l'entité souhaitant accéder à l'indépendance, cette démarche consensuelle apporte l'avantage considérable de lui assurer la reconnaissance de l'État parent et, dès lors, de favoriser celle de la communauté internationale.

Comme on l'a souligné dès notre introduction, il faut ajouter que si la reconnaissance juridique du droit pour certaines des entités infraétatiques de demander la sécession est appelée par la conception ambitieuse du constitutionnalisme et de l'État de droit que l'on vient d'évoquer, elle l'est aussi et de manière plus incontestable encore par l'idéal démocratique. Une société démocratique n'est pas compatible avec une conception purement ethnique de la nation, en ce sens qu'elle ne peut se définir « comme une communauté substantielle qui serait dotée de limites pré-établies et dont les membres seraient unis par des liens objectifs et contraignants³³ ». En démocratie, la politique ne peut pas être cantonnée dans une communauté dont les limites seraient soustraites à toute discussion. La politique n'est pas dissociable de la constitution même de cette communauté politique, du débat auquel peuvent donner lieu les limites du « nous ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme ce point de vue. Elle protège en effet la liberté de manifester publiquement des idées séparatistes. Dans son arrêt *Stankov et organisation macédonienne unie Ilinden contre Bulgarie* du 2 octobre 2001, elle s'exprime comme suit : « Le fait qu'un groupe de personnes appelle à l'autonomie ou même demande la sécession d'une partie du territoire d'un

³³ Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 221.

pays – exigeant par là des modifications constitutionnelles et territoriales fondamentales – ne justifie pas nécessairement l’interdiction de leur rassemblement. Exiger des changements territoriaux dans des discours et manifestations ne s’analyse pas automatiquement en une menace pour l’intégrité territoriale et la sécurité nationale du pays³⁴». Ainsi, à l’estime des juges strasbourgeois, le régime de déchéance des droits fondamentaux employés à des fins liberticides n’est pas applicable aux revendications sécessionnistes.

Le droit des nations infraétatiques de demander la sécession peut ainsi s’autoriser des requêtes combinées du constitutionnalisme et de la démocratie. Mais celles-ci doivent encore être complétées par la prise en considération des avertissements des internationalistes. Quand une nation veut se séparer de son État, une distinction essentielle doit être faite entre deux hypothèses : celle d’une sécession unilatérale et celle d’une séparation convenue. Les organisations de sécurité collective sont de plus en plus réticentes devant le premier scénario dans la mesure où il engendre souvent de très graves conflits et où il donne aux nations intégrées dans des États sociologiquement plurinationaux – et l’on sait que ceux-ci sont nettement majoritaires sur la surface du globe – un incitant à refaire l’histoire et la carte politique du monde à rebours. Comme le souligne J. Crawford : « Outside the colonial context, the United Nations is extremely reluctant to admit a seceding entity to membership against the wishes of the government of the state for which it has purported to secede. There is no case since 1945 where it has done so³⁵ ». On peut donc comprendre que la reconnaissance internationale que postule une sécession unilatérale suscite d’amples réserves³⁶. En revanche, une séparation procéduralisée à la suite d’un accord négocié dans un cadre constitutionnel ne justifie pas de telles réticences.

³⁴ *Stankov et Organisation macédonienne Unie Ilinden c. Bulgarie*, n^{os} 29221/95 et 29225/95, 2 octobre 2001, par. 97.

³⁵ J. CRAWFORD, préc., note 12, par. 69. Il ajoute : « Where the parent state agrees to allow a territory to separate and become independent, the terms on which the separation is agreed between the parties concerned will be respected, whether it involves continued association with that state (e.g. Faroes) or emergence to independence (e.g. Eritrea). If independence is achieved under such an agreement, rapid admission to the United Nations will follow ».

³⁶ Voir sur ce thème John DUGARD et David RAIC, « The role of Recognition in the Law and Practice of Secession », dans Marcelo G. KOHEN (dir.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 94.

Ces avertissements des internationalistes nous conduisent aussi à notre deuxième thèse.

II. Le droit de demander la sécession : l'*ultima ratio* lorsque le droit à l'autodétermination interne n'est pas respecté

Emprunter la voie de la sécession est une décision lourde de conséquences en raison de son caractère bien souvent irréversible. La sécession est à la fois l'objectif final des nationalistes les plus radicaux, et l'échec ultime des fédéralistes les plus convaincus³⁷. Un droit de demander la sécession trop permissif risquerait d'alimenter « l'obsession du territoire » dénoncée par Cassese avec les menaces qu'il rappelle : multiplication de conflits dramatiques, prolifération d'une myriade de micro-États, anarchie sur la scène internationale, et regain de puissance pour quelques grands États³⁸. Quitter un État plurinational, c'est aussi mettre fin à un projet de coexistence durable de sociétés distinctes au sein d'un même toit étatique. Sur le plan éthique, on peut juger l'État plurinational préférable à une multiplication d'États construits sur la recherche de la mononationalité. Ces arguments ne nous conduisent pas à renier ce que nous venons d'écrire. Néanmoins, ils nous conduisent à affirmer que le droit de demander la sécession ne peut être invoqué à la légère. La sécession ne peut s'envisager qu'à titre d'*ultima ratio*, d'*ultimum remedium*³⁹.

Puisque le droit de demander la sécession devrait figurer parmi les principes juridiques d'un État plurinational démocratique, il gagnerait à être envisagé dans la perspective plus large des arrangements du droit constitutionnel de l'État visant à répondre aux aspirations des nations infraétatiques. Dans cette optique, le droit de demander la sécession ne saurait être consacré de manière isolée. Au contraire, il devrait s'articuler aux autres droits reconnus aux groupes infraétatiques en tant que nations constitutives d'un État plurinational.

³⁷ W. NORMAN, préc., note 26, p. 170.

³⁸ Antonio CASSESE, *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 342 et 343.

³⁹ Mélanie DUBUY, « La théorie de la sécession remède (*remedial secession*) : avatar contemporain du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », p. 8, en ligne : www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/dubuyTD2.pdf (consulté le 14 octobre 2016), qui fait référence à plusieurs occurrences de cette expression dans les écrits traitant du thème de la sécession.

En ce sens, nous rejoignons, moyennant certains aménagements, la position d'Alan Patten qui cherche une voie médiane⁴⁰ entre, d'une part, un droit incondionnel à la sécession justifié en référence à un droit fondamental (*primary right theory*) de nature soit démocratique – exigence d'autonomie collective – soit nationaliste et, d'autre part, la théorie de la sécession-remède proposée par Allen Buchanan (*remedial right only theory*) qui n'admet la légitimité de la sécession qu'en réponse à une situation de violation constante des droits humains ou d'annexion injuste d'un territoire⁴¹. Tout en reprenant ces deux dernières hypothèses (sous la formule « *conditions of minimal justice* »), Patten ajoute un troisième scénario, moins restrictif, dans lequel la sécession devrait être permise. Lorsque l'État ne prévoit pas des arrangements constitutionnels significatifs pour reconnaître l'identité distincte d'un groupe national, ce dernier pourrait demander la sécession (« *failure-of-recognition condition* »)⁴².

Cette perspective lie ainsi autodétermination externe et autodétermination interne en conditionnant le droit à la première au défaut de garantir la seconde. La sécession n'est donc ni un droit incondionnel ni un droit dont l'exercice se limite aux situations extrêmes qu'envisage Buchanan. Or, comme l'observe José Woehrling, le droit international fait écho à ce lien entre les deux facettes du droit à l'autodétermination. Il évoque en particulier la célèbre résolution 2625 adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale des Nations-Unies sous l'intitulé *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations-Unies*⁴³. L'autonomie d'un groupe infraétatique que confère le fédéralisme est un des moyens de réaliser l'autodétermination interne de ce groupe. On peut se référer aussi à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales issue des travaux du Conseil de l'Europe. Même s'il s'agit de dispositions particulièrement *soft* qui n'imposent aucunement

⁴⁰ Alan PATTEN, « Democratic Secession from a Multinational State », (2002) 112 *Ethics* 558.

⁴¹ Antonio BUCHANAN, « Democracy and Secession », dans Margaret MOORE (dir.), *National Self-Determination and Secession*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 25.

⁴² A. PATTEN, préc., note 40, p. 563.

⁴³ José WOEHRLING, « L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHRLING (dir.), *Demain, le Québec... Choix politique et constitutionnel d'un pays en devenir*, Sillery, Septentrion, 1994, p. 127-128.

d'épouser une structure fédérale, il échet tout de même d'en rappeler au moins l'article 15 : « Les Parties s'engagent à créer les conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant ». Selon le commentaire thématique du comité consultatif, si les circonstances nationales pertinentes doivent toujours rester à l'esprit, « subnational forms of government and minority autonomous self-governments can be valuable tools to foster effective participation of persons belonging to national minorities in many areas of life⁴⁴ ».

Est-ce à dire qu'une nation infraétatique disposant d'une collectivité fédérée ne pourra jamais demander la sécession ? Il s'agit d'une acception trop restrictive de l'autodétermination interne. Si le fédéralisme constitue en quelque sorte la voie royale pour prendre en compte la pluralité nationale, un déficit de reconnaissance peut subsister dans un État fédéral. Nous nous rallions sur ce plan à la conception de l'autodétermination interne qu'esquisse Michel Seymour dans le présent ouvrage en s'appuyant lui aussi sur les travaux de José Woehrling. De l'autodétermination interne, cinq droits spécifiques peuvent être dégagés : « le droit à la représentation politique, le droit de participer à la conversation constitutionnelle, le droit au gouvernement autonome, le droit de se doter d'une constitution interne et le droit d'être reconnu constitutionnellement dans sa différence⁴⁵ ».

Avant de poursuivre notre cheminement par l'examen de la norme « trans-constitutionnelle » que postule la constitutionnalisation du droit de demander la sécession, nous devons évoquer le cas particulier des États membres de l'Union européenne. On ne peut pas ignorer, en effet, que la sécession d'une nation infraétatique insérée dans le contexte politique et

⁴⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, *The Effective participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Live and Public Affairs*, Commentaire n° 2, 27 février 2008.

⁴⁵ Pour une explication de la portée de ces différents droits, nous renvoyons à sa contribution intitulée « Demain, le Québec : autodétermination interne ou autodétermination externe ? ».

normatif de la Fédération plurinationale que forme l'Union européenne⁴⁶ pose des questions spécifiques⁴⁷.

III. Le droit de demander la sécession : un droit compatible avec le droit de l'Union européenne ?

À première vue, la question existentielle que posent les nations infranationales enclavées dans les États membres de l'Union européenne est vite réglée : si elles veulent acquérir le statut d'État indépendant, elles doivent se débrouiller à l'intérieur de leur État et n'ont rien à attendre de l'Union. Celle-ci est tenue, en effet, de respecter l'identité nationale de chaque État, tout comme son autonomie institutionnelle et procédurale, en vertu de l'article 4 (2), du Traité sur l'Union européenne (TUE)⁴⁸.

Pour autant, tout comme le droit international public, le droit de l'Union n'interdit pas une éventuelle sécession au sein d'un État membre, à condition du moins qu'elle ne soit pas accompagnée d'un recours illicite à la force ou d'autres violations graves des normes de droit international général⁴⁹. L'Union européenne devrait donc considérer une éventuelle sécession comme un fait qui ne relève pas du droit, sauf pour y attacher certaines conséquences juridiques une fois que ce fait se serait produit. Pour l'Union, la première conséquence, comme l'a rappelée la Commission aux Écossais et aux Catalans, c'est que « la région nouvellement indépendante deviendrait, du fait de son indépendance, un pays tiers par rapport à l'Union et les traités ne s'appliqueraient plus sur son territoire à compter du jour de son indépendance⁵⁰ ». C'est en effet une coutume

⁴⁶ Voir sur cette qualification Hugues DUMONT, « L'Union européenne, une fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », dans Jean-Christophe BARBATO et Yves PETIT (dir.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 35, ainsi que Antoine BAILLEUX et Hugues DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1 « Fondements du droit institutionnel de l'Union », Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 226 et suiv.

⁴⁷ On ne les aborde ici que très brièvement. Voir pour le surplus H. DUMONT, préc., note 25.

⁴⁸ Cf. A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, n° 754-760, 840-848.

⁴⁹ Cf. notamment Théodore CHRISTAKIS, « Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international », (2014) 141 *Journal du droit international* 748, 750-752.

⁵⁰ Telle a été la réponse de Romano Prodi, à l'époque président de la Commission, à une question écrite posée par le député européen Eluned Morgan à propos d'une éventuelle

bien établie en droit international qui veut que la composante d'un État qui a choisi de s'en séparer est réputée s'être simultanément retirée des organisations internationales dont cet État fait partie. Le nouvel État indépendant issu de la sécession devrait donc demander à adhérer à l'Union s'il souhaite en devenir membre en tant qu'État. Une nouvelle demande d'adhésion à laquelle s'appliquerait l'article 49 du TUE⁵¹ nous semble donc incontournable⁵², même si certains auteurs considèrent que la voie d'un amendement aux traités adopté en vertu de l'article 48 du TUE serait aussi plaidable⁵³. En toute hypothèse, que l'on passe par un traité d'adhésion ou par un amendement aux traités, l'unanimité des États membres est exigée. Pour autant que lui-même reste membre de l'Union, l'État victime de l'amputation de son territoire disposerait ainsi d'un droit de veto pour s'opposer à l'adhésion du nouveau pays candidat.

Sous cette réserve non négligeable, dans un État plurinationnel démocratique membre de l'Union européenne, une nation infra-étatique devrait donc se voir reconnaître le droit de demander une sécession et de chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Il est remarquable qu'une juridiction constitutionnelle aussi attachée à la souveraineté de la nation que le Tribunal constitutionnel espagnol a pu, du moins dans une décision isolée, se rapprocher de cette doctrine en distinguant bien le droit à

indépendance de l'Écosse (cf. J.O., 3 avril 2004, C 84E/0492). Le président J.M. Barroso et le vice-président J. Almunia ont renvoyé à cette réponse respectivement le 13 novembre 2012 et le 16 septembre 2013. Voir les références dans Cyril TRÉPIER, «L'indépendance de la Catalogne, un débat européen d'abord politique», (2013) 21 *L'Espace Politique* 2, par. 21 et 22.

⁵¹ Sur cette procédure et sur l'écart qui sépare la pratique du droit formel, voir A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 315-321.

⁵² Comme on le sait, le choix de la base juridique d'un acte de l'Union est déterminé par la finalité et le contenu de cet acte. Qu'un acte d'adhésion emporte avec lui une révision des traités ne signifie pas que l'on pourrait poser cet acte en recourant à la procédure de révision là où le TUE a prévu une procédure spécifique pour encadrer une demande d'adhésion. Cf. en ce sens J.C. Piris, Intervention devant la Commission des affaires étrangères du Parlement écossais le 23 janvier 2014 et l'opinion en date du 12 décembre 2013 du président du Conseil européen H. van Rompuy, citées par Stephen TIERNEY et Katie BOILE, «A Tale of Two Referendums: Scotland, the UK and Europe», dans Patrick J. BIRKINSHAW et Andrea BIONDI (dir.), *Britain Alone! The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the EU*, Alphen aan de Rijn, Wolters Kluwer, 2016, chapitre 2.

⁵³ Cf. Stephen TIERNEY, «Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland», (2013) *European Constitutional Law Review* 359.

l'autodétermination que les communautés autonomes du Royaume n'ont pas, du droit que celles-ci possèdent en revanche de manifester « une aspiration politique » à l'indépendance⁵⁴ « par un processus conforme à la légalité constitutionnelle », en particulier aux principes de légitimité démocratique, de pluralisme et de légalité⁵⁵.

Si l'on se risque à prolonger ce raisonnement à l'échelle de l'ensemble des États membres de l'Union européenne, l'on devrait considérer qu'il serait illégitime qu'une nation qui se séparerait d'un des États membres au terme d'un accord négocié doive ensuite essayer le refus d'obtenir la qualité de nouvel État membre en raison du veto de l'État résiduel. La renonciation à l'exercice de ce droit de veto devrait évidemment être prévue dans l'accord entre la nation sécessionniste et l'État résiduel.

Il reste toutefois à apprécier les réactions possibles des autres États membres de l'Union. Ils n'auraient pas tort de penser que l'intégration européenne n'a rien à gagner à multiplier le nombre des États siégeant à la table du Conseil sans s'élargir pour autant. Dans la mesure où l'Union repose toute entière sur un projet d'intégration, il peut sembler paradoxal qu'elle reconnaisse et encourage du même coup les fragmentations territoriales au sein des États membres⁵⁶. Quant aux États qui sont potentiellement menacés par d'autres sécessions en leur sein, ils seront sûrement encore plus réticents à donner leur aval au traité d'adhésion. Néanmoins, rationnellement, ils devraient distinguer l'hypothèse d'une sécession négociée et convenue d'un commun accord d'une sécession unilatérale.

⁵⁴ Présentée par les autorités catalanes sous l'expression ambiguë du « droit de décider ».

⁵⁵ Joan RIDAO I MARTIN, « Le “droit à décider” et le cas de la Catalogne », (2015) *Revue belge de droit constitutionnel* 179, 194 et 200, reprenant les termes de la décision du tribunal constitutionnel S.T.C. 42/2014 du 25 mars 2014. Voir aussi sur cet arrêt Victor FERRERES COMELLA, « The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's Right to “decide” (Comment on the Judgment 42/2014) », (2014) *European Constitutional Law Review* 571. Il faut relever que depuis lors, la haute juridiction est revenue à son ancienne jurisprudence beaucoup plus restrictive avec sa décision S.T.C. 138/2015 du 11 juin 2015. C.f. *infra*, note 78.

⁵⁶ Tel est le point de vue (dont nous avons pris connaissance via le mémoire de maîtrise de Béatriz GARCIA FERNANDEZ-VIAGAS, *L'indépendantisme dans l'Union européenne. Le cas catalan*, mémoire de maîtrise, Université catholique de Louvain et Université Saint-Louis, 2016) de Manuel Medina Ortega (*El Derecho de secesion en la Union Europea*, Madrid, Martial Pons, 2014, p. 210).

Autant il serait logique qu'ils opposent leur veto dans le second cas, autant il serait abusif d'en user dans le premier⁵⁷.

La question fondamentale qui se pose en définitive, c'est celle de savoir si le nationalisme est compatible avec les valeurs de l'Union qui conditionnent l'admission d'un nouvel État membre aux termes du pacte constitutionnel européen. Nous songeons bien sûr aux articles 2 et 49 du TUE. Les valeurs de l'Union – dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit, droits de l'homme et protection des droits des personnes appartenant à des minorités – sont celles du cosmopolitisme, comme l'a bien montré Jean-Marc Ferry⁵⁸. Avec Astrid von Busekist, on peut penser que « le nationalisme et le cosmopolitisme ne sont pas a priori des valeurs antinomiques⁵⁹ ». Mais il faut alors, nous semble-t-il, ne retenir qu'une seule des deux versions possibles du nationalisme. À nos yeux, il faut en effet distinguer soigneusement le nationalisme au sens fort, ethnique et exclusif, d'une part, et le nationalisme au sens faible, civique et inclusif, d'autre part. L'un et l'autre sont des nationalismes – majoritaires⁶⁰ ou minoritaires, peu importe – en ce qu'ils entendent faire de la nation un sujet politique en lui attribuant une forme d'autodétermination. Mais le premier convertit un sentiment ethnique ou tribal d'appartenance obsédé par l'homogénéité en une revendication de souveraineté politique intolérante à l'égard de tout ce qui peut venir la limiter. Le second, au contraire, admet à la fois que la nation est le résultat d'une construction sociale apte à évoluer et que l'autodétermination à laquelle elle peut prétendre est susceptible de degré, de sorte qu'elle peut supporter la figure de l'État plurinational ou celle d'une Fédération plurinationale, moyennant les conditions énoncées par Michel Seymour que nous avons faites nôtres dans la section précédente.

⁵⁷ Cf. en ce sens S. TIERNEY et K. BOILE, préc., note 52.

⁵⁸ Cf. A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 246-263.

⁵⁹ Astrid VON BUSEKIST, *Penser la politique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 177.

⁶⁰ Sur la distinction au sein des nationalismes majoritaires entre ceux qui cherchent à incorporer, à assimiler ou à exclure les minorités, voir John COAKLEY, « Les majorités nationales dans les nouveaux États : relever le défi de la diversité », dans Alain-G. GAGNON, André LECOURS et Geneviève NOOTENS (dir.), *Les Nationalismes majoritaires contemporains : identité, mémoire, pouvoir*, Montréal, Québec Amérique, 2007, p. 157.

Le pacte constitutionnel européen repose sur la répudiation généralisée du nationalisme ethnique et exclusif. Mais cela ne veut pas dire qu'il est incompatible avec toutes les revendications des minorités dites nationales. Au contraire, on peut penser avec le politologue Michael Keating que l'intégration européenne et « la montée en puissance des revendications nationales, nouvelles et anciennes, dans et à travers les États », sont « deux processus complémentaires ». En effet, le premier offre au second des « structures d'opportunité » inédites à travers les « nouvelles formes d'autorité institutionnelle » qu'il engendre, aussi bien au sein de l'Union européenne qu'à l'intérieur de ses États membres⁶¹. Il s'agit notamment des mécanismes institués par le droit de l'Union qui permettent aux régions à pouvoir législatif et aux nations sans État qui ont réussi à se doter du statut d'entité fédérée ou quasi fédérée au sein de leur État, de faire entendre leur voix lors de l'élaboration du droit européen⁶². Au-delà de ces mécanismes, il faut reconnaître que les collectivités fédérées des États membres de l'Union et les quelques « nations sans État » qui possèdent ce statut sont exposées, de par leur soumission au droit européen et en raison des caractéristiques les plus fondamentales de celui-ci, tant à des effets favorables à leur autonomie qu'à des contraintes défavorables à celle-ci. Il est impossible de synthétiser le produit de ces facteurs contradictoires par la mise en avant d'une seule tendance globalement dominante⁶³.

En définitive, il est permis de penser que les nations européennes, qu'elles coïncident ou non avec leur État, sont confrontées à un même défi fondamental. En tant que composantes primaires ou dérivées de la Fédération plurinationale que forme l'Union, elles sont invitées à repenser leur légitime aspiration à la souveraineté en la redéfinissant comme un degré d'autonomie et en déterminant celui-ci en fonction du degré d'intégration qu'elles souhaitent pour l'Union, entre les logiques fédérative et plurinationale qui sous-tendent les structures et l'action de cette dernière⁶⁴.

⁶¹ Michael KEATING, « L'intégration européenne et la question des nationalités minoritaires », dans Jacques PALARD, Alain-G. GAGNON et Bernard GAGNON (dir.), *Diversité et identités au Québec et dans les régions d'Europe*, Bruxelles, Peter Lang, 2006, p. 43-44.

⁶² Sur ces structures d'opportunité, cf. H. DUMONT, préc., note 25.

⁶³ Voir pour le surplus *id.*

⁶⁴ Sur ces logiques, voir H. DUMONT, préc., note 46.

Le temps où la notion de souveraineté pouvait se comprendre comme un pouvoir d'autodétermination illimité ou limité au gré de la seule volonté discrétionnaire des États-nations est révolu⁶⁵. Le statut d'État membre de l'Union n'implique pas la disparition de la souveraineté formelle : chaque État reste titulaire du droit de s'opposer à la révision des traités et du droit de se retirer de l'Union. Mais il doit accepter le remplacement de sa « souveraineté positive » dans les matières qu'il a transférées à l'Union par une co-souveraineté, une mise en commun plus ou moins large et plus ou moins approfondie des souverainetés qui rendent celles-ci plus efficaces que si chacune s'obstinait à chercher son épanouissement dans l'ignorance ou le mépris des attentes des autres. C'est ce qu'une majorité de citoyens britanniques semble avoir négligé, alors que le Royaume-Uni a fait largement usage de sa souveraineté formelle en multipliant les clauses d'*opting out*.

Les nations enclavées dans les États plurinationaux que comprend l'Union doivent aussi repenser la souveraineté à laquelle elles aspirent. Si elles veulent contribuer positivement à la construction européenne, elles ne peuvent pas déceimment en souhaiter la balkanisation. La qualité et l'efficacité du processus décisionnel européen n'auraient rien à gagner si l'Écosse, la Catalogne, le Pays Basque, la Flandre, la Vénétie, la Corse et d'autres territoires coïncidant à des minorités nationales accédaient au statut d'État membre à côté de leur ancien État parent. En revanche, il n'est pas nécessairement illégitime que ces minorités nationales cherchent à bénéficier au sein de leur propre État d'un statut équivalent *mutatis mutandis* à celui des États membres de l'Union. Quand elles revendiquent le droit de participer à la révision de la Constitution de leur État, voire d'opposer un droit de veto à ces révisions, ainsi que le droit de décider du maintien ou non de leur appartenance à cet État, c'est bien de cela qu'il s'agit. On comprend bien les objections et les craintes des États parents. Mais l'exemple écossais, du moins avant le vote du *Brexit*, montre que le droit de décider n'est pas nécessairement voué à être exercé en défaveur de l'appartenance à l'État parent. Inversement, le refus obstiné de l'Espagne à

⁶⁵ Voir sur ce thème A. BAILLEUX et H. DUMONT, préc., note 46, p. 145-156 ; Hugues DUMONT et Isabelle HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de Rusen Ergec* (à paraître).

consacrer ce droit au profit du peuple catalan ne fait qu'exacerber la pression indépendantiste⁶⁶.

Il reste la question de savoir si ces nations sub-étatiques peuvent se contenter des structures d'opportunité que l'Union leur procure et des équilibres que celle-ci ménage, non sans tâtonnements, entre le respect des autonomies régionales reconnues par leur État et l'application uniforme du droit de l'Union⁶⁷. Qu'elles puissent exiger à bon droit certaines améliorations sur ces deux plans n'est pas douteux. Mais qu'elles doivent se limiter à pareilles exigences relativement marginales ne nous paraît pas douteux non plus, si du moins elles veulent contribuer positivement à la construction européenne.

Cette nécessaire parenthèse européenne étant refermée, poursuivons l'examen des implications juridiques que la constitutionnalisation du droit de demander la sécession comporte.

IV. Le droit de demander la sécession : un droit dont la constitutionnalisation postule une norme trans-constitutionnelle

Le processus de sécession peut se montrer rétif à la distinction cardinale entre les pouvoirs constituants originaire et dérivé⁶⁸. Soit, l'on attribue la sécession à ce dernier. Elle est alors considérée comme le fruit d'une simple révision constitutionnelle, au motif qu'elle n'affecterait qu'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles qu'il conviendrait d'adapter, notamment en supprimant les références à l'entité sécessionniste et à sa représentation dans les organes de l'État. Soit, la sécession est conçue comme postulant une révision totale de la Constitution, tantôt en raison de l'ampleur des modifications constitutionnelles qu'elle appelle, tantôt en raison de la nature de la sécession qui saperait les fondements mêmes de l'État et de la Constitution. Si l'on adhère à cette seconde thèse, la

⁶⁶ Quant au refus des nationalistes flamands d'organiser un référendum (dé-)constituant en Belgique en raison de leur crainte de voir leur option séparatiste désavouée par une majorité en Flandre-même, cf. Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « Les référendums constitutionnels et constituants dans l'État plurinational belge : un parcours d'obstacles insurmontable ? », dans Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux* (à paraître).

⁶⁷ Sur ces délicats équilibres, cf. H. DUMONT, préc., note 25.

⁶⁸ Sur cette question, cf. Christophe PARENT, *Le concept d'État fédéral multinational. Essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 196 et suiv.

sécession – et la clause qui l'autorise ou qui l'interdit – relève du pouvoir constituant originaire.

La Commission de Venise semble se rallier à la première thèse : c'est parce que les constitutions qu'elle mentionne consacrent des principes tels que l'indivisibilité du territoire que la sécession n'est pas admissible. Il suffirait donc apparemment que le constituant révise ou abroge ces dispositions pour que la sécession puisse être constitutionnalisée⁶⁹.

Certes, si l'État potentiellement résiduel, bien que privé d'une partie du territoire et de la population de l'État parent, est appelé à conserver la personnalité juridique de celui-ci, formellement, aucune objection ne s'oppose à l'encadrement de la sécession concertée par des règles constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant dérivé de l'État parent. L'amputation est alors réduite à une sorte d'accident qui laisse l'État parent juridiquement intact. Mais, première objection, il arrive que la Constitution réputée irrévocable toute atteinte à l'intégrité de son territoire⁷⁰. L'abrogation d'une règle constitutionnelle irréformable passant nécessairement par un acte du pouvoir constituant originaire, l'intervention de ce dernier serait donc inévitable pour encadrer un processus sécessionniste dans ce cas.

Deuxième objection : il se peut aussi que l'État résiduel soit voué à disparaître juridiquement. Ce fut le cas de la Serbie-Monténégro en 2006 quand le Monténégro a décidé par référendum de devenir un État indépendant. C'est bien le pouvoir constituant monténégrin originaire qui s'est alors exprimé, en vertu de l'article 60 de la Charte constitutionnelle de la communauté étatique de Serbie-Monténégro du 14 mars 2002⁷¹. Il faut en effet analyser cette charte fondée sur l'accord de Belgrade conclu

⁶⁹ En ce sens, Peter RADAN, «Secession in Constitutional Law», dans Aleksandar PAVKOVIC et Peter RADAN (dir.), *The Ashgate Research Companion to Secession*, Ashgate, Farnham, 2011, p. 335 : «Such constitutional stipulations ultimately do not stand in the way of any constitutionally processed secession, simply because such stipulations themselves can be deleted or rendered inoperative by the relevant state's constitutional amendment procedures, thereby clearing the path for a constitutionally legal secession to take place».

⁷⁰ Marie-Françoise RIGAUD, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 50.

⁷¹ «À l'expiration d'une période de trois ans, les États membres ont le droit d'engager la procédure de changement de leur statut étatique, c'est-à-dire la procédure de leur retrait de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro.

par la Serbie et le Monténégro comme un pacte fédératif créateur d'une confédération au sens classique du terme, c'est-à-dire unissant deux États souverains⁷². L'exemple de l'État fédéral belge mérite aussi de retenir l'attention. Dans l'hypothèse où la Flandre demanderait de se séparer du reste de la Belgique, il n'est pas tout à fait sûr que celle-ci puisse prétendre subsister « en étant atteinte de manière aussi radicale dans ce qui fait son identité⁷³ ». Sa structure bipolaire fondée sur deux grandes Communautés

La décision de se retirer de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro est prise après un référendum.

L'État membre promulgue la loi sur le référendum, en tenant compte des standards démocratiques internationalement reconnus.

Dans le cas du retrait de l'État du Monténégro de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro, les documents internationaux relatifs à la République Fédérale de Yougoslavie, en particulier la Résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations unies, se rapporteraient et seraient intégralement applicables à l'État de Serbie en tant que successeur.

L'État membre qui use de son droit de se retirer n'hérite pas du droit à la personnalité internationale et juridique, et toutes les questions litigieuses seront réglées séparément entre l'État-successeur et l'État devenu indépendant.

Au cas où les deux États membres se prononcent lors de la procédure de référendum sur le changement de leur statut d'État, à savoir pour leur indépendance, toutes les questions litigieuses seront réglées au cours de la procédure de succession, comme dans le cas de l'ancienne République socialiste fédérative de Yougoslavie ».

⁷² Voir l'analyse de la Commission de Venise de la nature particulière de l'acte fondateur de la République fédérale de Yougoslavie :

« La Constitution de la République fédérale de Yougoslavie, tout comme la plupart des autres constitutions, ne contient aucune disposition expresse quant à savoir si une entité fédérée peut faire sécession. Toutefois, la mention, dans le préambule de la Constitution, de l'association volontaire entre la Serbie et le Monténégro pourrait s'interpréter comme autorisant la sécession de l'une des républiques. En toute hypothèse, du point de vue politique, la question de l'admissibilité de la sécession en droit fédéral ne semble pas se poser. Il est remarquable que, durant les entretiens de la délégation de la Commission avec les représentants des autorités fédérales ou des autorités serbes, personne n'a mis en doute la possibilité de principe, pour le Monténégro, de faire sécession. La nécessité qu'une sécession éventuelle ait lieu dans le respect du droit et des dispositions constitutionnelles a bien été mentionnée mais tous les interlocuteurs ont souligné qu'il n'y aurait pas d'intervention militaire ni d'autre pression anormale pour prévenir une sécession du Monténégro. » (*Rapport intermédiaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie*, CDL-INF (2001) 23, par. 12).

⁷³ Marc VERDUSSEN, « La Belgique appartient-elle à l'avenir ou au passé ? », dans Joëlle SAUTOIS et Marc UYTENDAELE (dir.), *La sixième réforme de l'État (2012-2013). Tourment historique ou soubresaut ordinaire ?*, Limal, Anthemis, 2013, p. 579.

serait détruite⁷⁴ ; sa population serait diminuée de près de 58 % ; son territoire serait amputé de quasiment la moitié de sa surface et près de la moitié de ses normes constitutionnelles devraient être réécrites. Comment ne pas songer en outre au décret du 18 novembre 1830 par lequel le Congrès national a proclamé l'indépendance du peuple belge, et par conséquent l'existence de l'État belge ? Il est considéré, par une partie de la doctrine en tout cas, comme une norme irrévocable. Ce décret a en effet été délibérément tenu à l'écart du corpus constitutionnel du 7 février 1831 parce que le Congrès national a voulu le soustraire à l'emprise de l'article 195 qui règle l'exercice du pouvoir constituant dérivé⁷⁵. On peut d'ailleurs considérer que si ce décret n'existait pas, il y aurait d'excellents arguments pour faire de sa substance une limite implicite à l'exercice de ce pouvoir. En effet, l'existence juridique de l'État forme un présupposé de toute Constitution. Il n'appartient dès lors pas au pouvoir constituant qui dérive de celle-ci d'en décider la suppression⁷⁶.

Troisième objection : dans bien des cas, réserver l'encadrement de la sécession concertée au pouvoir constituant dérivé revient à nier les droits des nations infraétatiques à demander l'autodétermination avec des chances équitables de succès. La participation des nations infraétatiques à l'exercice de la fonction constituante est souvent jugée insuffisante par celles qui revendiquent un fédéralisme asymétrique. Dans le contexte d'une procédure de révision très rigide, l'affirmation constitutionnelle de l'intégrité territoriale peut fermer la porte à toute initiative cherchant à réaliser un projet sécessionniste. Le cas de l'Espagne en constitue le paradigme : l'article 2 de sa Constitution proclame l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Cette disposition peut être révisée, mais selon une procédure particulièrement lourde diluant le poids des Catalans ou des Basques⁷⁷. Or, c'est au

⁷⁴ Cf. *supra*, note 22.

⁷⁵ Sur l'interprétation à apporter au décret du 18 novembre 1830, la doctrine n'est pas unanime. Voir M.-F. RIGAUX, préc., note 70, p. 54 et suiv. et H. DUMONT, préc., note 17, p. 128 et 129.

⁷⁶ Sur cette thèse de la limite matérielle tacite à l'exercice du pouvoir constituant, voir les références dans *id.*

⁷⁷ L'article 168 de la Constitution espagnole règle la procédure de révision totale de la Constitution et celle d'une révision partielle affectant notamment son titre préliminaire dont l'article 2 fait partie. Deux tiers de chaque chambre doit approuver le principe de cette révision. Ce vote entraîne la dissolution des Cortès. L'adoption du

nom de ces principes constitutionnels que le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré les initiatives de consultations autonomistes⁷⁸.

texte par les chambres nouvellement élues requiert également une majorité des deux tiers. Cette révision est soumise à ratification par référendum.

⁷⁸ Voir S.T.C. 103/2008 du 11 septembre 2008 sur un projet de loi de convocation et de régulation d'une consultation populaire afin d'obtenir, dans la Communauté autonome du Pays basque, l'opinion des citoyens sur l'ouverture de négociations en vue d'atteindre la paix et la normalisation politique :

«The appealed law presupposes the existence of a subject, the “Basque public” holder of a “right to decide” likely to be “exercised” [art. 1 b) of the contested law] equivalent to the holder of sovereignty, the Spanish people, and able to negotiate with the State constituted by the Spanish nation on the terms of the new relation between the state and one of the Autonomous Communities in which it is organised. The identification of an institutional subject provided with such qualities and authorities is, however, impossible without a previous reform of the current Constitution. In reality, the content of the consultation is no other than the opening of a procedure of reconsideration of the constituted order which would have to conclude possibly, in a “new relation” between the State and the Autonomous Community of the Basque Country; that is, between whomsoever, in accordance with the Constitution, is today the formalised expression of a system constituted by sovereign wishes of the unique and indivisible Spanish nation (art. 2 SC) and a subject created, within the framework of the Constitution, by the powers constituted in virtue of the exercise of a right to the autonomy recognised by the fundamental norm. This subject is not the holder of a sovereign power, exclusive to the Nation constituted as a State. The fact is that, as we recalled in CCJ 3347/2007 of 12 December, LC 4 a) citing CCJ 4/1981, of 2 February, LC 3, “the Constitution is based on the unity of the Spanish nation, which constitutes a social and democratic state of law the powers of which emanate from the Spanish people in which national sovereignty resides”. The procedure which it wished to open, with the scope pertinent to it, cannot refrain from affecting Spanish citizens as a whole, as this would address the redefinition of the system constituted by the sovereign wishes of the Nation, the source of which is constitutionally simply that of formal revision of the Constitution via art. 168 SC, that is, with the dual participation of the Cortes Generales or Parliament in that it represents the Spanish people (art. 66.1 SC), and the holder of the sovereignty directly through the requisite ratification referendum (art. 168.3 SC) [traduction officieuse] ».

Un revirement de jurisprudence a pu être perçu dans l'arrêt S.T.C. 42/2014 du 25 mars 2014 sur la résolution du 23 janvier 2013 approuvant la déclaration de souveraineté et le droit de décider du peuple de Catalogne. En effet, si le tribunal constitutionnel espagnol a déclaré inconstitutionnelle et nulle la clause première de la Déclaration qui proclamait le caractère de sujet politique et juridique souverain du peuple de Catalogne, elle a considéré que le droit de décider du peuple de Catalogne pouvait recevoir une interprétation conforme à la Constitution en tant qu'aspiration politique qui peut être poursuivie uniquement à travers un processus conforme à la légalité constitutionnelle et spécialement aux principes de légitimité démocratique, de pluralisme et de légalité (sur cette question, voir J. RIDAO I MARTIN, préc., note 55, p. 194 et suiv., ainsi que les références sous la note 55 *supra*). Toutefois, dans sa

Compte tenu de ces trois objections, l'on peut être enclin à soutenir la seconde thèse : si la voie de la révision constitutionnelle est fermée parce que le processus sécessionniste peut conduire soit à refonder l'État sur une nouvelle base constitutionnelle, soit à le supprimer, c'est nécessairement au pouvoir constituant originaire qu'il appartient d'agir. Mais l'opération consistant à déterminer les composantes du peuple souverain habilité à organiser une procédure potentiellement sécessionniste est fatalement paradoxale. S'agit-il du peuple formant le substrat de l'État parent, peuple au nom duquel la Constitution en voie d'abrogation virtuelle a été proclamée ? Il serait paradoxal de s'en remettre à ce peuple de l'État parent alors qu'il est question de fonder un ordre étatique et constitutionnel qui ne repose plus sur lui, mais sur une fraction de ce peuple. S'agit-il alors de la nation infraétatique qui réclame de pouvoir s'exprimer sur son indépendance ? Cette solution est tout autant paradoxale puisqu'elle pré-juge du résultat du référendum de souveraineté. Elle attribue le pouvoir constituant originaire à une nation avant de savoir si cette nation souhaite former un État.

L'identification du pouvoir constituant originaire nous conduit ainsi à de nouvelles impasses. Pour tenter de sortir de ces impasses et pour rencontrer les objections liées à la thèse d'une sécession relevant du pouvoir constituant dérivé, nous nous appuyons sur la lecture fine que José Woehrling propose de l'avis de la Cour suprême du Canada de 1998.

Prima facie, la Cour suprême du Canada semble se rallier à la thèse selon laquelle la sécession s'envisage comme une simple modification de la Constitution :

« Certains auteurs ont exprimé l'avis qu'une sécession entraînerait un changement d'une telle ampleur qu'il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n'en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n'autorise pas ni n'interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d'une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou qu'ils

décision S.T.C. 138/2015 du 11 juin 2015, le tribunal constitutionnel espagnol est revenu à sa jurisprudence S.T.C. 103/2008.

prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada⁷⁹».

Toutefois, la Cour s'abstient d'identifier laquelle des procédures de révision constitutionnelle s'appliquerait à la sécession du Québec, de même qu'elle ne mentionne jamais dans son avis les dispositions de la partie V de la *Loi constitutionnelle* de 1982 relative aux procédures de modification de la Constitution du Canada⁸⁰. Pour José Woehrling, « cette façon de procéder indique clairement que la mise en œuvre des dispositions de la partie V, si elle reste nécessaire pour qu'une éventuelle sécession soit conforme à la Constitution, devra être subordonnée au respect des principes constitutionnels non écrits et, plus précisément, de l'obligation de négocier qui en découle⁸¹ ». Dans cette optique, les quatre principes fondamentaux dégagés par la Cour et l'obligation de négocier de bonne foi auraient priorité sur les dispositions de la partie V et pourraient rendre celles-ci inapplicables notamment pour éviter que le veto de l'assemblée législative d'une ou de plusieurs provinces fasse échec à une sécession négociée. « Une sécession qui aurait fait l'objet d'un accord négocié, ajoute José Woehrling, ne serait par conséquent pas unilatérale, ni donc illégale, même si elle ne respectait pas les dispositions de la partie V. Dans la mesure où elle insiste sur l'obligation de négocier et sur celle de respecter les principes fondamentaux, la Cour relègue le mécanisme prévu dans la partie V au rang de simple formalité⁸² ».

La Cour suprême du Canada a ainsi adopté une démarche à l'opposé de celle du Tribunal constitutionnel espagnol. Il doit être dérogé à la logique sous-jacente à la procédure de révision de la Constitution lorsqu'elle

⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 84 et 85.

⁸⁰ Un des désaccords fondamentaux au sein de la Cour suprême du Canada porte sur le droit de veto dont dispose ou non le Québec sur tout amendement constitutionnel affectant ses pouvoirs, compte tenu moins du texte constitutionnel que de données historiques et sociologiques qui témoignent du caractère distinct de la société québécoise. Cf. à ce sujet Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The "Principles of Federalism" and the Legacy of the *Patriation* and *Quebec Veto References* », (2011) 54 *Supreme Court Law Review* 77. Sur les tentatives avortées de révision de la Constitution canadienne, cf. Dave GUÉNETTE, « La modification constitutionnelle au Canada – Quelle procédure de révision pour quelle constitution ? », (2015) *Revue belge de droit constitutionnel* 417.

⁸¹ J. WOEHRLING, préc., note 1, p. 19.

⁸² *Id.*, p. 20.

ne donne aucune chance aux revendications des nations infraétatiques. Dans le cadre d'un État plurinationnel démocratique, une entité qui demande la sécession n'est pas simplement une collectivité fédérée parmi d'autres. Dans la manière dont elle articule la procédure de révision de la Constitution, le respect des principes fondamentaux et l'obligation de négocier, la Cour suprême du Canada « bilatéralise » les relations entre le Québec et le reste du Canada⁸³. Si la procédure de la partie V de la Constitution devait primer, le Québec serait dans une situation d'infériorité puisque le consentement des autorités fédérales et de chacune des neuf autres provinces serait nécessaire. Or, « dans le cadre de l'obligation de négocier telle que définie par la Cour, les autorités fédérales et les autres provinces seraient tenues de parler d'une seule voix⁸⁴ ».

Il n'en demeure pas moins que, dans l'équilibre fragile qu'elle cherche à dégager, la Cour suprême du Canada ne fait pas disparaître le droit constitutionnel de l'État parent dont le Québec pourrait chercher à se séparer. D'une part, la Cour considère qu'une sécession entraînerait une modification de la Constitution, et non l'adoption d'une nouvelle Constitution. D'autre part, c'est de l'ordre constitutionnel canadien que la Cour dégage les principes l'amenant à concevoir un droit de demander la sécession. L'obligation de négociation qui en découle traduit une logique dans laquelle ne l'emportent ni la perspective de l'État parent, ni celle de la nation infraétatique.

Du point de vue de la théorie générale de l'État, la conceptualisation de ce point d'équilibre n'est pas évidente. Il ne s'agit ni de l'exercice d'un pouvoir constituant dérivé entièrement encadré par le droit constitutionnel d'un État, ni de l'expression d'un pouvoir constituant originaire qui, parce qu'il est souverain, ne peut être juridiquement encadré et se voit ainsi renvoyé aux ténèbres du non-droit.

Le raisonnement que nous proposons dépasse cette dualité entre pouvoirs constituants originaire et dérivé⁸⁵. Quand un État plus ou moins ancien veut s'en remettre aux composantes de sa nation pour statuer sur sa propre existence, il se retrouve nécessairement dans la situation juridique qui était la sienne dans la phase pré-constituante, c'est-à-dire celle qui a

⁸³ *Id.*, p. 20.

⁸⁴ *Id.*, p. 21.

⁸⁵ Nous reprenons et approfondissons le raisonnement développé dans H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 66.

précédé l'adoption de la Constitution, à cette double différence près qu'il demeure soumis au droit international tel qu'il a évolué depuis lors et à toutes les règles de droit internes, y compris constitutionnelles, conciliables avec la procédure reconstituante ou déconstituante qu'il va falloir inventer. Des normes constitutionnelles nouvelles sont nécessaires pour régir la procédure qui permettra au pouvoir constituant originaire de renaître et de trancher les questions existentielles. Comment les introduire si ce n'est en révisant la Constitution ? Mais cette révision aurait une portée tout à fait spécifique. Elle devrait s'analyser comme une clause passerelle entre le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire, et entre la nation de l'État parent et la nation qui revendique le droit de demander son indépendance. Cette disposition transitoire ne prescrit pas elle-même l'éventuelle suppression de l'État. Elle se contente soit de déterminer la procédure référendaire permettant au titulaire du pouvoir constituant originaire de statuer dans un sens déconstituant ou reconstituant, soit d'habiliter des organes qui mettront eux-mêmes en place cette procédure, soit encore de prévoir la combinaison d'une procédure référendaire avec la décision préalable d'un organe élu spécialement pour la circonstance⁸⁶. Le pouvoir constituant dérivé qui instituerait l'une ou l'autre de ces procédures ou créerait ces organes devrait s'analyser comme un pouvoir « trans-constituant ». Ce pouvoir devrait inévitablement identifier les

⁸⁶ Comme la Commission de Venise l'a démontré, une telle combinaison est parfaitement envisageable :

« la démocratie ne peut pas se réduire à une simple réflexion de la volonté populaire. Dans un État respectueux des principes du Conseil de l'Europe, les décisions doivent être prises conformément à la Loi. [...] Une décision sur l'indépendance du pays ne devrait cependant pas être laissée à une majorité *ad hoc* dans un scrutin unique mais nécessite des sauvegardes expresses. Il est donc pleinement justifié que la Constitution exige, en plus d'un référendum, une majorité qualifiée à l'Assemblée (*Rapport intermédiaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie*, CDL-INF (2001) 23, par. 16 et 17) ».

La Commission se positionnait ainsi contre la thèse consistant à dire que la Constitution ne pouvait soumettre la demande d'indépendance à d'autres exigences qu'un référendum :

« Plusieurs des interlocuteurs de la délégation ont estimé que cette majorité parlementaire n'est pas nécessaire après la tenue d'un référendum par lequel les électeurs se sont prononcés en faveur de l'indépendance. Leurs arguments étaient, tout d'abord, que le peuple est souverain et que le parlement n'a donc pas d'autre choix que de suivre la volonté exprimée par le peuple, et ensuite, que l'indépendance est une situation qui se différencie d'un amendement constitutionnel ordinaire. Dans ce cas particulier, le peuple agit en tant que pouvoir constituant et la constitution antérieure perd sa validité. La Commission n'est pas convaincue par ces arguments ».

groupes infraétatiques considérés comme les entités constituantes de l'État. Celui-ci s'en trouverait du coup métamorphosé dans la mesure où il emprunterait au même moment les traits d'une confédération reposant sur l'association entre ces groupes nationaux⁸⁷. La nature de la norme fondatrice s'éloignerait de la notion de Constitution qui, au sens formel, postule un commandement unilatéral⁸⁸ pour se rapprocher d'un pacte révisable entre nations souveraines⁸⁹. Impossible de se le dissimuler : la constitutionnalisation de la sécession ne peut pas laisser indemne l'édifice constitutionnel. Du point de vue des acteurs du droit constitutionnel de l'État parent attachés au *statu quo*, ce remplacement de la Constitution-acte unilatéral par un pacte constitutionnel conclu entre des nations constituantes sera sans doute taxé d'illégal. Sous l'angle plus externe de la sociologie du droit, on peut y voir une manifestation typique du phénomène de la « para-légalité⁹⁰ ». Il y va en effet d'une conception alternative du fondement juridique de l'État, portée par des mouvements et des élites nationalistes qui contestent le droit positif en vigueur en soulignant ses carences, ses injustices et son inadaptation à l'évolution de la société. Les promoteurs de cette légalité alternative ne se cantonnent pas dans un pur imaginaire juridique et dans une contestation morale. Ils sont assez puissants pour faire adopter effectivement des règles dans l'ordre juridique de leur collectivité fédérée et des interprétations du droit fédéral en vigueur qui pavent le chemin devant conduire à la révolution juridique qu'ils appellent de leurs vœux et qu'ils jugent foncièrement légitime.

Du point de vue plus doctrinal qui est le nôtre ici, celui de constitutionnalistes à la recherche d'un élargissement du droit constitutionnel propre à encadrer, sans préjugé, les revendications sécessionnistes, l'organisation du droit de demander la sécession ne peut reposer que sur une légalité et une légitimité toute particulière, celle d'un pouvoir trans-constituant qui cherche à concilier le droit constitutionnel de l'État parent avec les aspirations des nations infraétatiques. Formellement la procédure de révision de la Constitution de l'État parent serait respectée, mais

⁸⁷ D. HALJAN, préc., note 29, p. 257-260.

⁸⁸ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 246 et suiv.

⁸⁹ C. PARENT, préc., note 68, p. 185 et suiv.

⁹⁰ Voir Hugues DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer les mutations de certaines illégalités en sources formelles du droit », dans I. HACHEZ *et al.* (dir.), préc., note 17, p. 639.

elle conduirait à l'inscription dans cette Constitution d'une procédure permettant aux nations infraétatiques d'exprimer leurs préférences. Cette procédure devrait faire l'objet d'un accord entre les autorités de l'État parent investies du pouvoir de révision et lesdites nations. La légitimité du pouvoir trans-constituant tant aux yeux de la nation étatique que des nations infraétatiques est une condition de son efficacité. La sécession qui est susceptible de conduire à la disparition de l'État ou à la refondation de sa Constitution s'inscrit fatalement aux marges de la légalité. Pour que le cadre juridique qui l'organise soit efficace, la procédure qu'il prévoit doit être communément acceptée par les deux parties.

L'idée d'un pouvoir trans-constituant reposant sur une double légitimité suppose donc que les modalités de l'exercice du droit de demander la sécession soient réglées d'un commun accord entre l'État parent et la nation sécessionniste.

C'est la voie empruntée par le Royaume-Uni dans le cadre du référendum d'indépendance de l'Écosse du 18 novembre 2014. L'Accord d'Édimbourg règle des questions aussi essentielles que le fondement juridique du référendum, l'unicité de la question référendaire, l'organisation de la consultation avant la fin de l'année 2014 et le contrôle du processus référendaire par la commission électorale britannique⁹¹. Comme l'ont écrit Frédéric Bérard et Stéphane Beaulac, ce processus marque un « contraste évident avec les deux expériences au Canada et au Québec, où les autorités provinciales se sont toujours gardées, jalousement, l'exclusivité des décisions concernant la tenue d'un référendum sur la souveraineté, de

⁹¹ Le gouvernement écossais a néanmoins été tenté dans un premier temps par la voie de l'unilatéralisme lorsqu'il annonça en janvier 2012 son intention d'organiser un référendum (voir Stephen TIERNEY, « The Scottish Independence Referendum: A Model of Good Practice in Direct Democracy? », dans Alleen MCHARG, Tom MULLEN, Alan PAGE et Neil WALKER (dir.), *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 57). L'année 2012 a été marquée par des mois de débats constitutionnels sur la compétence du Parlement écossais de légiférer sur le référendum d'indépendance. L'accord d'Édimbourg a mis fin à ces controverses. Comme l'écrit Andrew Tickell, cet accord a aussi privé la Cour suprême du Royaume-Uni d'une de ses affaires constitutionnelles historiques, comparable au *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (Andrew TICKELL, « The Technical Jekyll and the Political Hyde. The Constitutional Law and Politics of Scotland's Independence "Neverendum" », dans A. MCHARG, T. MULLEN, A. PAGE et N. WALKER (dir.), préc., note 91, p. 235).

même que le pouvoir de déterminer les modalités du processus référendaire, du libellé de la question à la majorité requise⁹²». Le propos peut être également adressé aux autorités fédérales qui, par la loi sur la clarté référendaire, ont tout autant revendiqué l'exclusivité des décisions sur cette question.

Si le droit constitutionnel du Royaume-Uni reconnaît la sécession et organise ses modalités par la voie législative, cette option est propre à un système juridique qui ne dispose pas de Constitution écrite⁹³. Ailleurs, le constitutionnalisme ne saurait admettre l'organisation par la loi d'un droit de demander la sécession que la Constitution proscribit ou ignore. C'est par un concept bien pensé de norme trans-constitutionnelle que l'on peut encadrer au mieux le processus sécessionniste en gérant les incontournables paradoxes que la louable volonté de constitutionnaliser ce processus engendre.

Supposons que nos lecteurs – et d'abord le premier auquel cette contribution est dédiée – aient consenti à suivre le raisonnement tenu jusqu'ici. Ils pourraient nous reprocher de n'avoir exploré que les principes sous-jacents à la constitutionnalisation du droit de demander la sécession. Nul n'ignore en effet que le diable se cache dans les détails. Il est donc temps d'évoquer au moins quelques-unes des conditions de mise en œuvre de ce droit.

V. Le droit de demander la sécession : du principe aux modalités

En consacrant un droit de demander la sécession, le pouvoir trans-constituant devra inévitablement démêler un certain nombre de nœuds liés aux modalités de ce droit, qu'elles soient directement réglées par la Constitution ou qu'elles soient élaborées par l'organe *ad hoc* qu'elle désigne. Dans les lignes qui suivent, nous ne proposons pas l'étude systé-

⁹² Frédéric BÉRARD et Stéphane BEAULAC, *Droit à l'indépendance*, Montréal, Éditions XYZ, 2015, p. 181.

⁹³ Comme l'observe Neil Walker, cette particularité donne à l'architecture constitutionnelle anglaise une flexibilité qui lui permet d'incorporer des arrangements politiques et des formes juridiques radicalement différentes. Ainsi une évolution de la pensée et de la pratique constitutionnelle a récemment permis une réinterprétation des implications de l'idée d'«*Union State*» sur laquelle reposent les dévolutions et les référendums d'autodétermination (N. WALKER, préc., note 11).

matique des questions à trancher⁹⁴. Nous n'en retenons que deux : celle du seuil de la majorité nécessaire pour considérer qu'une nation demande la sécession (A) et celle des contours de l'obligation de négocier (B).

A. La question du seuil de majorité dans les référendums d'indépendance

Souhaitant décourager la sécession en l'encadrant juridiquement, Daniel Weinstock défend la constitutionnalisation non d'un « droit simple » à la sécession – qui devrait « seulement » recueillir le soutien de la majorité absolue des votants –, mais d'un « droit qualifié », soumis notamment à une majorité renforcée⁹⁵. Si un positionnement favorable ou défavorable au droit de demander la sécession influence ainsi le soutien à des modalités particulières d'exercice de ce droit, il ne faut pas perdre de vue que la légitimité et l'efficacité d'une clause relative à la sécession supposent le soutien tant de l'État parent que de la nation infraétatique. Les groupes sécessionnistes peuvent à cet égard se montrer hostiles à une clause « robuste » de sécession qui, si elle leur ouvre le droit de demander la sécession, assortit ce dernier de conditions à ce point exigeantes qu'elle rend l'activation de cette clause illusoire⁹⁶.

Compte tenu de ce défi, il paraît extrêmement délicat d'envisager *in abstracto* des modalités d'exercice du droit de demander la sécession, sans les relier à ce que les minorités nationales et l'État auquel elles appartiennent pourraient accepter compte tenu du contexte politique qui leur est propre et de l'histoire de leurs relations.

Dans les quelques cas de sécessions constitutionnalisées, les seuils de participation et de majorité exigés pour valider le résultat du référendum varient fortement. S'agissant de l'indépendance du Monténégro, une majorité qualifiée de 55 % avait été exigée. Ce seuil fut atteint de justesse lors du référendum du 21 mai 2006 où le « oui » remporta 55,4 % des suffrages. Il s'accompagnait d'une exigence de participation d'au moins la moitié de l'électorat. Cette condition fut largement rencontrée puisque le taux de participation atteignit 86,3 %. Si le Monténégro avait d'emblée

⁹⁴ Pour un aperçu de ces questions, voir W. NORMAN, préc., note 26, p. 177-179.

⁹⁵ D. WEINSTOCK, préc., note 27.

⁹⁶ Stéphane COURTOIS, « En quel sens peut-on affirmer que l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec "constitutionnalise" la sécession ? », (2014) *Revue québécoise de droit constitutionnel* 52.

prévu ce seuil de participation de 50 %, il envisageait initialement de soumettre le « oui » au référendum à une simple exigence de majorité absolue. Invitée à remettre un avis sur le projet de référendum des autorités monténégrines, la Commission de Venise jugea conforme aux normes internationales la condition de la participation de la majorité du corps électoral : « l'enjeu correspond probablement à la décision la plus importante qu'une communauté politique puisse prendre par la voie démocratique : son indépendance. Il faut donc que les citoyens s'impliquent le plus largement possible dans le règlement de la question⁹⁷ ». Tout en observant que seuls quelques pays européens exigent une majorité qualifiée, et qu'il n'était donc pas anormal que la loi référendaire monténégrine ne prévoyait aucune condition spéciale de majorité pour que l'indépendance l'emporte, la Commission de Venise répétait qu'il ne fallait pas perdre de vue que le référendum proposé porte sur la question majeure de l'indépendance du pays et notait que les règles les plus exigeantes au sujet de la majorité ont vocation à s'appliquer aux référendums d'autodétermination. Et de conclure : « Si, donc, l'absence de toute exigence d'un certain niveau d'appui en faveur d'un référendum sur l'indépendance n'est pas incompatible avec les normes internationalement reconnues, la Commission souligne néanmoins qu'il y a des raisons d'exiger un niveau supérieur à celui d'une simple majorité des suffrages exprimés car une telle condition peut être nécessaire pour assurer la légitimité du résultat d'un référendum⁹⁸ ».

S'agissant du référendum écossais de 2014, il est intéressant d'observer que le seuil de majorité ou de participation ne figure pas parmi les éléments réglés par l'accord d'Édimbourg. Pour les Écossais, la question allait de soi. Après l'échec du premier référendum de dévolution, les Écossais ne pouvaient admettre des conditions de majorités spéciales. Rappelons que le « oui » l'avait emporté lors du référendum du 1^{er} mars 1979 avec 51,6 % des suffrages, mais que le « oui » représentait 32,9 % de l'électorat (63,7 % des électeurs inscrits avaient participé au vote), bien en dessous du seuil de 40 % qui avait été fixé. Les Écossais eurent à attendre 1997 pour qu'un nouveau référendum de dévolution soit organisé. Deux questions étaient posées : la création d'un Parlement écossais et l'attribu-

⁹⁷ *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums*, CDL-AD (2005) 041, par. 24.

⁹⁸ *Id.*, par. 36. Sur cette question, voir Julien CAZALA, « L'accession du Monténégro à l'indépendance », (2006) 52 *Annuaire français de droit international* 160, 169-171.

tion à ce Parlement d'un pouvoir fiscal. La première question a recueilli 74,3 % de votes favorables, la seconde 63,5 %. Le seuil qui avait posé problème en 1979, 40 % de « oui » calculés sur l'ensemble de l'électorat, n'a pas été appliqué à ce double scrutin. Compte tenu du taux de participation de 60,4 %, ce seuil aurait eu pour effet d'invalider le résultat à la seconde question (44,9 % de l'électorat en faveur du « oui » sur la création du Parlement écossais contre 38,4 % de « oui » sur le pouvoir de taxation). Du point de vue écossais, ces expériences ont fort probablement milité en faveur d'une majorité absolue pour le référendum de 2014⁹⁹.

Au Canada, la question est – on le sait – bien plus controversée. Dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a mentionné l'exigence d'une « majorité claire » en précisant qu'elle l'entendait « au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu¹⁰⁰ ». Elle ajoutait que « seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient¹⁰¹ ». Ainsi, la Cour ne clarifie pas ce qu'elle entend par « majorité claire ». La loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec laisse également la question ouverte¹⁰².

Majorité qualifiée, majorité absolue ou majorité indéterminée, la diversité des pratiques est manifeste. Le seuil à atteindre fait partie des questions qui doivent être négociées par les différentes parties dans le cadre d'un processus sécessionniste.

⁹⁹ F. BÉRARD et S. BEAULAC, préc., note 92, p. 178.

¹⁰⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 87.

¹⁰¹ *Id.*, par. 100.

¹⁰² « 2. (2). Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes prend en considération :

a) l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession ;

b) le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum ;

c) tous autres facteurs ou circonstances qu'elle estime pertinents ».

Si les réponses à de nombreuses questions liées aux modalités de la sécession dépendent ainsi des contextes nationaux par hypothèse très divers, il nous semble que sur l'obligation de négocier elle-même, il est permis de réfléchir à des règles communes qui en définissent le cadre et doivent donc s'imposer aux différentes parties prenantes.

B. Les contours de l'obligation de négocier

Tout au long de cette étude, nous avons pris soin d'utiliser l'expression « droit de demander la sécession » plutôt que « droit de sécession » ou « droit à la sécession ».

Derrière ce choix terminologique, nous voulions exprimer l'idée qu'une sécession juridiquement encadrée par une norme trans-constitutionnelle ne saurait être déclarée unilatéralement, mais doit faire l'objet de négociations préalables entre les représentants de l'État parent et ceux du groupe infraétatique. Les négociations doivent se tenir à la fois en amont lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités par lesquelles ce groupe pourra exprimer clairement sa volonté de se séparer, mais aussi en aval pour définir les conditions de la sécession.

Nous suivons en cela à nouveau les enseignements de la Cour suprême du Canada dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste “une majorité claire en réponse à une question claire”, suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre¹⁰³ ».

Cette obligation de négocier découle de la conciliation des droits légitimes du Québec et du reste du Canada, et de l'articulation entre les principes constitutionnels fondamentaux identifiés par la Cour suprême. L'obligation est la conséquence « qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres¹⁰⁴ ». Ainsi, la Cour affirme que « le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote dé-

¹⁰³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 153.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 93.

mocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada¹⁰⁵ ».

À cet égard, un parallèle intéressant nous semble pouvoir être fait entre le raisonnement de la Cour suprême du Canada et la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur l'obligation de négocier¹⁰⁶, en particulier de l'arrêt qu'elle a rendu le 25 juillet 1974 dans l'affaire *de la compétence en matière de pêche*. La juridiction a conclu que « la méthode la plus propre à résoudre le différend est de toute évidence celle de la négociation » afin de garantir le respect des droits respectifs des États concernés par le différend en sachant que « ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus¹⁰⁷ ».

L'expression claire par une nation de sa volonté de demander la sécession crée une obligation de négocier de la part des deux parties. Cette obligation ne signifie pas qu'aux termes des négociations, la sécession doit obligatoirement intervenir. Comme l'observe la Cour suprême du Canada, les négociations iront au-delà « des détails logistiques de la sécession » et « personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties¹⁰⁸ ». De manière encore plus explicite, elle précise : « les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni

¹⁰⁵ *Id.*, par. 151.

¹⁰⁶ Voir sur ce thème, Martin A. ROGOFF, « The Obligation to Negotiate in International Law : Rules and Realities », (1994) 16 *Michigan Journal of International Law* 141.

¹⁰⁷ *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, [1994] C.I.J. Rec. 3, par. 71 :

« Les droits des deux Parties, à savoir les droits du Royaume-Uni de pêcher dans les eaux litigieuses et les droits préférentiels de l'Islande, doivent être dûment reconnus. Ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus : les droits préférentiels d'un État riverain sont limités par le degré de sa dépendance spéciale à l'égard des pêcheries, ainsi que par son obligation de tenir compte des droits d'autres États et des nécessités de la conservation ; les droits établis d'autres États pratiquant la pêche sont à leur tour limités par la dépendance spéciale de l'État riverain à l'égard des pêcheries et par leur propre obligation de tenir compte des droits d'autres États, y compris ceux de l'État riverain, et des nécessités de la conservation ».

¹⁰⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 90 et 96.

certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse¹⁰⁹ ».

Le droit de demander la sécession n'est donc pas à confondre avec un droit d'obtenir la sécession. Il s'agit d'une obligation de moyen à charge des deux parties, et non d'une obligation de résultat¹¹⁰. Mais prendre au sérieux cette obligation de négocier suppose qu'aucune partie ne refuse d'entrer en négociation. Comme la Cour internationale de justice l'affirme dans l'affaire *de la compétence en matière de pêche*, la négociation doit être menée de bonne foi¹¹¹. Dans une autre espèce où elle a dégagé une obligation de négocier, la célèbre affaire *du plateau continental de la mer du Nord* (arrêt du 20 février 1969), la Cour internationale de justice a déduit les obligations suivantes : « a) les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord ; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification ; b) les parties sont tenues d'agir de telle sorte que, dans le cas d'espèce et compte tenu de toutes les circonstances, des principes équitables soient appliqués¹¹² ». Dans le même esprit, dans l'affaire *des réclamations consécutives à des décisions du Tribunal arbitral mixte gréco-allemand établi en vertu de l'article 304 figurant à la Partie X du Traité de Versailles* (sentence du 26 janvier 1972), un tribunal d'arbitrage a affirmé : « It means that both sides would make an effort, in good faith, to bring about a mutually satisfactory solution by way of a compromise, even if that meant

¹⁰⁹ *Id.*, par. 97.

¹¹⁰ Voir en ce sens l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 15 octobre 1931 dans l'*Affaire trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, (1931) *C.P.J.I.* (sér. A/B) n° 42, p. 107 : l'engagement des parties « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords. Cette manière de voir semble du reste avoir été aussi celle du Conseil lors de ses réunions subséquentes. Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre ».

¹¹¹ *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, préc., note 107, par. 78.

¹¹² *Plateau continental de la mer du Nord*, [1969] *C.I.J. Rec.* 3, par. 85.

the relinquishment of strongly held positions earlier taken. It implies a willingness for the purpose of negotiation to abandon earlier positions and to meet the other side part way».

Cette obligation de négocier de bonne foi portera en premier lieu sur l'identification de l'objet même des négociations dans l'hypothèse où une volonté de se séparer avait été clairement exprimée. Selon la Cour suprême du Canada, «les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités¹¹³». Quatre ans avant l'avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, José Woehrling avait fait l'exercice d'identifier les questions sur lesquelles de telles négociations porteraient *nécessairement*, et celles qu'elles pourraient chercher à régler¹¹⁴. Le Québec, comme toute entité demandant la sécession, devrait négocier avec l'État parent le transfert des compétences et de la souveraineté, les modalités de la succession d'États (partage de la dette, propriété des biens publics, succession en matière de traités...) et les relations bilatérales futures. Si les parties le souhaitent, un partenariat économique et des institutions politiques communes pourraient être mis en place. José Woehrling ajoutait des questions plus particulières à la situation du Québec et du Canada, qui ne se retrouveraient pas nécessairement dans d'autres processus sécessionnistes. Étaient évoqués les droits des minorités linguistiques du Canada et du Québec ainsi que les droits des peuples autochtones du Québec qui soulevaient des difficultés particulières étant donné que les peuples autochtones «tendent à considérer le gouvernement fédéral comme leur interlocuteur privilégié¹¹⁵».

Conclusion

On ne saurait clore cette contribution sans poser la question qu'inévitablement elle suscite, d'autant plus que nous savons combien celui à qui nous avons voulu rendre hommage y est sensible. Jusqu'où le droit

¹¹³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 2, par. 151.

¹¹⁴ J. WOEHLING, préc., note 43, p. 109 et 110.

¹¹⁵ *Id.*, p. 110.

peut-il ou doit-il se saisir de la politique ? On peut esquisser une réponse en méditant sur une des fonctions primordiales du droit que le philosophe du droit François Ost souligne amplement dans un ouvrage récent. Le droit a potentiellement pour vertu d'instituer une « scène tierce¹¹⁶ » en procurant une « médiation entre la force et le bien¹¹⁷ », entre des rapports de force et des impératifs éthiques. Or la politique est précisément sous-tendue par les uns et les autres. Cette notion de médiation est riche de significations. Elle implique d'abord qu'« il appartient au droit de ménager ses propres limites, en ne prétendant jamais ni se passer du pouvoir, ni épuiser l'exigence éthique¹¹⁸ ». La doctrine à laquelle on a tenté ici très modestement de contribuer est parfaitement consciente de cet avertissement. De toute évidence, mais il faut néanmoins le souligner pour éviter tout malentendu, le droit constitutionnel ne pourrait prétendre traiter le phénomène des sécessions à l'aide de ses seules ressources propres. Non seulement parce que le droit international demeure en permanence au-dessus et à la lisière de ce que le droit constitutionnel peut prescrire, mais aussi et surtout parce que s'il y a bien un phénomène profondément pétri de rapports de force et d'aspirations éthiques, c'est celui des sécessions.

Qu'est-ce que les normes constitutionnelles que l'on a cherché ici à construire, dans le prolongement et au-delà du cas canadien, peuvent alors apporter, dans la conscience et sous la menace de ces limites ? C'est précisément cette « scène tierce » entre les rapports de force politiques et l'éthique. Les composantes cardinales de cette scène peuvent être récapitulées comme suit : un renoncement à la violence ; une référence à des principes – la démocratie et l'État de droit – en partie indisponibles parce que leur mise en relation dialectique conduit à des exigences et des implications qui ne se laissent pas totalement manipuler par les acteurs politiques en présence et parce que ces exigences peuvent faire office de commune mesure pour ces acteurs, aussi antagonistes soient-ils ; d'où des accords entre ceux-ci, malgré leur inégalité de statut au regard du droit constitutionnel de l'État parent, et des procédures fondées sur ces accords ; enfin, un appel à la bonne foi des uns et des autres. Cette scène est aussi techniquement « tierce », en ce qu'elle institue un pouvoir trans-constituant qui ne se réduit ni au pouvoir constituant de l'État parent menacé par la sécession ni au pouvoir constituant revendiqué par la nation

¹¹⁶ F. OST, préc., note 6, p. 266 et suiv., 348 et suiv. et 559.

¹¹⁷ *Id.*, p. 398.

¹¹⁸ *Id.*, p. 399.

virtuellement sécessionniste. Une telle scène publique devrait avoir à nos yeux pour vertu d'encadrer et de légitimer en droit des décisions constituantes ou dé-constituantes, de rupture, de fondation ou de refondation.

Dira-t-on qu'en cherchant à passer du « cas » canadien auquel José Woehrling nous a initiés à la règle, ou du moins à quelques règles, nous nous sommes aventurés dans une utopie constitutionnelle dangereuse ou naïve ? C'est possible. Le cas est l'événement imprévu ou exceptionnel qui « pose question, déjoue une attente, et appelle donc un cadre nouveau susceptible de redéfinir la normalité et les exceptions¹¹⁹ ». Dans la mesure où l'interdiction constitutionnelle de la sécession relevait initialement dans notre esprit de l'évidence, l'avis de la Cour du suprême du Canada sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, commenté par José Woehrling avec à la fois l'acuité et le sens de la mesure qui caractérisent ses écrits, a représenté pour nous un tel « événement ». Nous n'avons donc fait que répondre à l'appel que cet avis hors norme et son commentaire ont fait résonner dans la communauté des constitutionnalistes, avec tous les risques que comporte l'exercice d'imagination juridique sans lequel la doctrine, tout comme la jurisprudence¹²⁰, ne saurait passer, précisément, du cas à la règle.

¹¹⁹ Jean-Claude PASSERON et Jacques REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », cité par *id.*, p. 511.

¹²⁰ Pour ce qui concerne celle-ci, voir F. OST, préc., note 6, p. 508 et suiv.

Le droit constitutionnel, les constitutionnalistes et la démocratie : de la légitimité à l'effectivité

Stéphane Bernatchez*

Propos liminaire	507
Introduction	508
I. Le droit constitutionnel et la démocratie comme légitimité	518
A. Le discours judiciaire.....	518
B. La démocratie dans la doctrine et la théorie constitutionnelles.....	523
II. La gouvernance et la démocratie comme effectivité	530
A. La théorie de la gouvernance et le droit.....	531
B. Le constitutionnalisme et l'effectivité	539
Conclusion	543

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke ; chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG).

Propos liminaire

Je remercie les professeurs Alain-G. Gagnon et Pierre Noreau, les directeurs de ces *Mélanges* en l'honneur de José Woehrling, de m'avoir invité à y participer. Je dois beaucoup au professeur Woehrling, qui m'a aidé à mes débuts en enseignement et en recherche. Notamment, il m'a appris l'analyse conceptuelle. C'est avec ses notes de cours sous les yeux qu'étant doctorant sous sa codirection, avec le professeur François Chevette, j'ai enseigné mes premiers cours de droit constitutionnel à titre de chargé de cours. C'est aussi lui qui m'a invité à écrire mon premier article, c'était en 2000, pour la revue *Politique et Sociétés*, alors dirigé par Alain-G. Gagnon. Le constitutionnaliste Woehrling assurait alors avec Bernard Fournier la codirection d'un numéro sur la «Judiciarisation et le pouvoir politique». Participaient également à ce dossier, Pierre Noreau, Jean-François Tremblay, Nicole Gallant, Marc Chevrier, Linda Cardinal, Andrée Lajoie et Dominique Rousseau. C'est précisément en retournant à ce numéro que m'est venue l'idée du présent texte, plus exactement en y relisant certains articles, notamment ceux des constitutionnalistes Andrée Lajoie (sur la primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du *Renvoi sur la sécession du Québec*¹) et Dominique Rousseau (sur la constitution comme principe de réflexion portant sur la procédure de délibération²). J'y avais moi-même traité de la controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien³, ce qui allait devenir par la suite le premier chapitre de ma thèse de doctorat⁴.

¹ Andrée LAJOIE, «La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec», (2000) 19 *Politique et Sociétés* 31; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

² Dominique ROUSSEAU, «Questions de constitution», (2000) 19 *Politique et Sociétés* 9.

³ Stéphane BERNATCHEZ, «La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien», (2000) 19 *Politique et Sociétés* 89.

⁴ Stéphane BERNATCHEZ, *Juger les lois. La légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2010.

Introduction

Alors qu'à ses débuts le constitutionnalisme a été pensé sur la base d'un certain modèle politique de gouvernement⁵, celui de la modernité politico-juridique, comment s'adapte-t-il aujourd'hui au passage du gouvernement à la gouvernance ? Pour réfléchir à cette question, il est heuristique d'examiner le traitement que le constitutionnalisme contemporain accorde à la notion de démocratie puisque celle-ci est l'objet de transformations (crise de la démocratie représentative⁶, critique de la démocratie majoritaire⁷, défis de la démocratie⁸, émergence de la démocratie délibérative⁹) dans le contexte de la gouvernance.

Paru il y a un peu plus de quinze ans, le numéro de la revue *Politique et sociétés* co-dirigé par le professeur Woehrling paraît être significatif d'une innovation récente de la pensée constitutionnelle, plus précisément de la pensée des juristes-constitutionnalistes, soit de s'intéresser davantage à la démocratie. À titre d'exemple, quelques années avant la parution de ce numéro, le professeur Rousseau avait organisé un colloque à Montpellier et dirigé un ouvrage collectif sur la démocratie continue¹⁰,

⁵ Voir, sur les origines du constitutionnalisme : Jean LECLAIR, « L'avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique », (2011) 41 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 159.

⁶ Voir notamment Hans KÖCHLER (dir.), *The Crisis of Representative Democracy*, New York, Peter Lang, 1987 ; Jean-François THUOT, *La fin de la représentation et des formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, Nota Bene, 1998 ; Jacques LENOBLE, « L'efficacité de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-2003) 33 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 13 ; Marcel GAUCHET, *La démocratie d'une crise à l'autre*, Paris, Éditions Cécile Defaut, 2007 ; Loïc BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie*, Paris, Seuil, 2008 ; David VAN REYBROUCK, *Contre les élections*, Paris, Actes Sud, 2014 ; Simon TORMEY, « The Contemporary Crisis of Representative Democracy », (2014) 1 *Democratic Theory* 104.

⁷ Voir notamment Ronald DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

⁸ Michael SANDEL et Charles TAYLOR, *Conférence de la montagne*, Université de Montréal, Montréal, 19 novembre 2015.

⁹ Voir notamment Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

¹⁰ Dominique ROUSSEAU, *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Son texte « De la démocratie continue » y paraît aux pages 5-25. Les autres textes discutent

qui considère insuffisant de limiter la démocratie aux seules dimensions représentative et électorale. La démocratie continue reconnaît ainsi un rôle aux citoyens entre les moments électoraux. Encore récemment, en 2015, le professeur Rousseau formulait de nouvelles propositions pour repenser la démocratie¹¹. Autre exemple de cet intérêt des constitutionnalistes pour la démocratie : en avril 2015, j'étais invité par le professeur Karim Benyekhlef à prononcer, au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal (CRDP), une conférence sur les limites du gouvernement représentatif¹², dans le cadre d'un cycle de conférences examinant la crise de la démocratie représentative et s'interrogeant notamment sur un possible retour au tirage au sort comme mode de sélection des gouvernants¹³.

Si le concept de démocratie semble aujourd'hui retenir davantage l'attention des constitutionnalistes, il n'en a toutefois pas toujours été ainsi. Le titre d'un récent ouvrage collectif, issu d'un colloque organisé en 2012 à la Faculté de droit de Montpellier (vingt ans après celui sur la démocratie continue), dirigé par le constitutionnaliste et philosophe du droit Alexandre Viala, le démontre bien en posant directement la question : *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ?*¹⁴ Il serait plus juste de parler d'un nouvel intérêt de la théorie constitutionnelle, car il ne faudrait pas oublier que pendant longtemps, alors que philosophie du droit et philosophie politique étaient indissociables, la réflexion sur le droit impliquait

cette conceptualisation de la démocratie proposée par le constitutionnaliste Rousseau, autour des thèmes de la crise de la démocratie représentative et de la recherche d'un nouveau paradigme démocratique : « la démocratie continue est une démocratie de délibération [...]. Concurrentiel et délibératif, le nouveau régime d'énonciation des normes est ainsi la marque d'un au-delà de la démocratie représentative » (p. 17).

¹¹ Dominique ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.

¹² À l'origine de la modernité politique et juridique, les penseurs tels que Rousseau, Sièyes et Madison opposaient la démocratie au gouvernement représentatif : voir, à ce sujet, Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996 ; D. ROUSSEAU, préc., note 11 ; Francis DUPUIS-DÉRI, *Démocratie. Histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*, Montréal, Lux, 2013.

¹³ Stéphane BERNATCHEZ, « Les voies/voix de la gouvernance par le droit », dans Karim Benyekhlef (dir.), *Au-delà de la représentation : les figures de la démocratie*, Montréal, Thémis, 2016, p. 141.

¹⁴ Alexandre VIALA (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Paris, L.G.D.J., 2015.

nécessairement une réflexion sur son fondement démocratique. Mais **deux fausses croyances** ont éloigné les constitutionnalistes de la notion de démocratie.

La **première croyance** relève de la volonté d'ériger le droit en véritable science. Tandis qu'en France on impute « aux grands maîtres de la pensée juridique du début du XX^e siècle la désertion par les juristes de la réflexion sur la démocratie¹⁵ », cette réalité semble moins jouer ici, laissant davantage reposer le problème sur l'arrière-plan plus fondamental de la construction d'une science juridique. En cela, le silence quasi unanime¹⁶ des constitutionnalistes sur la démocratie participent du même mouvement que celui des juristes en général sur la notion de justice au motif que cette dernière laisserait place à une trop grande subjectivité incompatible avec l'objectivité scientifique recherchée¹⁷. Autrement dit, la réflexion sur la démocratie est considérée comme ne relevant pas de la science juridique.

Ainsi, pendant longtemps, les constitutionnalistes se sont contentés de postuler, en bons kelséniens respectueux de la *Théorie pure du droit*¹⁸ (donc plus kelséniens que Kelsen lui-même puisque celui-ci a, paradoxa-

¹⁵ Alexandre VIALA, « Avant-propos », dans A. VIALA (dir.), préc., note 14, p. 1, à la page 2. Stéphane PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », (2006) 10 *Politeia* 407. Les grands maîtres identifiés par l'auteur étant Adhémar Esmein, Raymond Carré de Malberg et Léon Duguit.

¹⁶ Il existe en effet des exceptions, outre les constitutionnalistes déjà mentionnés, voir notamment, en ce sens, les travaux de : Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995 ; Philippe COPPENS et Jacques LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011 ; Hugues DUMONT, Alain STROWEL, François TULKENS et Patrick MANDOUX (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

¹⁷ Alain RENAUT et Lukas K. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991. Lukas K. SOSOE, « Kelsen et Luhmann sur la justice », dans Lukas K. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Olms, 2015, p. 279. Sur la tentative de fonder l'objectivité scientifique du droit sur le modèle de l'objectivité théorique, voir aussi Stéphane BERNATCHEZ, « La doctrine juridique, un obstacle à la théorie du droit ? », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 7.

¹⁸ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

lement, traité de la démocratie dans d'autres écrits¹⁹), l'existence d'une présupposée norme fondamentale fondant la validité de l'ordre constitutionnel. Cette question de la *Gründnorm* ne devait pas faire l'objet de réflexion en science juridique, précisément parce qu'elle se trouvait au-delà de la frontière du savoir des juristes soucieux d'objectivité et de scientificité. En plus d'être externe au droit, la démocratie, surtout lorsqu'elle est entendue comme légitimité, appartient, tout comme la justice, au discours de la morale, donc à la philosophie du droit plutôt qu'à la théorie générale du droit. Au sujet de la justice, Kelsen écrit :

Je crois que la philosophie du droit et la théorie générale du droit ont également leur raison d'être. La philosophie du droit cherche à répondre à la question de savoir quelles règles le droit doit adopter ou établir, en d'autres termes son sujet spécifique est le problème de la justice. Étant donné que la justice est un postulat de la morale, la philosophie du droit constitue une branche de la philosophie morale, ou éthique. Sa méthode est la méthode même de cette discipline. Tout au contraire, la théorie générale du droit a pour sujet le droit tel qu'il est en fait, effectivement, c'est-à-dire le droit positif, tant national qu'international. Son objectif consiste à analyser la structure du droit positif et à fixer les notions fondamentales de la connaissance de ce droit²⁰.

Kelsen a ultérieurement consacré un ouvrage à la justice, dans lequel il conclut comme suit :

Si l'histoire de la connaissance humaine peut nous enseigner quelque chose, c'est bien qu'il est vain d'essayer de trouver une norme de comportement juste valable de manière absolue sur la base d'une entreprise rationnelle, c'est-à-dire d'une norme excluant la possibilité qu'un comportement contraire puisse être considéré comme juste. Si nous pouvons apprendre quelque chose de l'expérience intellectuelle du passé, c'est bien que la raison humaine ne peut saisir que des valeurs relatives, ce qui veut dire que le jugement à l'aide duquel quelque chose est expliqué comme juste ne peut jamais prétendre exclure la possibilité d'un jugement de valeur opposé. La justice absolue est un idéal irrationnel. Du point de vue de la connaissance rationnelle, il

¹⁹ Hans Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004 ; Hans Kelsen, « Foundations of Democracy », (1955) 66 *Ethics* 1.

²⁰ Hans Kelsen, « Réponse à l'enquête de Michel Villey "Qu'est-ce que la philosophie du droit ?" », (1962) 7 *Archives de philosophie du droit* 131.

n'y a que des intérêts humains et, par conséquent, que des conflits d'intérêts²¹.

Quant à la démocratie, Dominique Rousseau résume comme suit les obstacles épistémologiques à son étude par les juristes :

Sous la longue influence du positivisme, la pensée juridique française s'est intéressée à la norme, à la forme juridique, à la procédure d'édiction des normes et a repoussé toute discussion sur le contenu, la substance, les valeurs portées par ces normes. Une partie essentielle du travail des juristes consiste – consistait ? – à séparer, distinguer, disjointre, isoler, couper le droit des valeurs, ces opérations chirurgicales étant présentées comme le protocole nécessaire à la construction de l'autonomie de l'objet « droit » et à la possibilité de tester la juridicité d'une règle à la mesure de la neutralité axiologique du droit. Pour les positivistes, la connaissance juridique se construit par et dans une indépendance à l'égard de tout jugement de valeur – au sens de « ce qui est bien » et « ce qui est mal » – et par conséquent, la question démocratique, qui est une question de valeur, relève de la subjectivité indécidable, de la morale, de la philosophie, de la politique et non du droit qui doit la mettre à l'écart pour être, précisément, « du droit »²².

La tradition du positivisme étatiste a renoncé à chercher les fondements de l'État démocratique, ce que Carré de Malberg explique comme suit : « Il apparaît que le droit proprement dit ne peut se concevoir que dans l'État une fois formé ; et par suite, il est vain de rechercher le fondement ou la genèse juridiques de l'État. L'État, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit »²³.

Pour les juristes, plus particulièrement les constitutionnalistes, la démocratie a été rendue soluble dans le concept jumeau de l'État de droit²⁴ : « Les équivoques persistent dans la détermination d'une définition de la

²¹ Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, Genève, Markus Haller, 2012, p. 91-92.

²² Dominique Rousseau, « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », dans A. VIALA (dir.), préc., note 14, p. 7, aux pages 9-10.

²³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, p. 490.

²⁴ Voir notamment Jacques-Yvan Morin, *L'État de droit. Émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995 ; Luc Heuschling, « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », dans A. VIALA (dir.), préc., note 14, p. 31. Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 ;

démocratie. Mais ce qui semble désormais acquis, c'est l'identification entre la démocratie et l'État de droit moderne²⁵ ». Pour les constitutionnalistes, souvent « la démocratie se confond ou plus exactement s'efface devant l'État de droit²⁶ ». L'État de droit étant l'encadrement et la limitation du pouvoir politique par le droit, les juristes ont plus facilement et directement prise sur cette notion qui n'est pas sans lien, évidemment, avec la démocratie. Dans une variation sur un même thème, les juristes se sont également intéressés à la démocratie par le droit²⁷. En effet, dans *Droit et démocratie*, Habermas « cherche essentiellement à démontrer qu'il n'existe pas simplement, entre l'État de droit et la démocratie, un rapport historique contingent, mais bien un lien conceptuel, ou interne²⁸ ». Habermas, c'est bien connu, adopte une conception procéduraliste de l'État de droit démocratique²⁹ :

C'est le processus démocratique qui porte toute la charge de la légitimation. [...] Aux yeux de la conception procéduraliste du droit, les présuppositions communicationnelles et les conditions procédurales qui président à la formation démocratique de l'opinion et de la volonté sont, par conséquent, les seules sources de légitimité³⁰.

Par conséquent, les travaux des juristes ont davantage porté sur l'État de droit que sur le concept de démocratie³¹, ce qui a parfois mené à un constat assez dur relativement à la doctrine constitutionnelle : « Pendant que la recherche juridique s'engouffre depuis deux décennies dans la

Daniel MOCKLE, « Rule of Law », dans Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 671.

²⁵ Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 36.

²⁶ S. PINON, préc., note 15, 408.

²⁷ Jean-Marie DENQUIN, « Situation du constitutionnalisme : quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », (2008) 1 *Jus Politicum* 1 : « Aujourd'hui le constitutionnalisme se résume volontiers par la formule "démocratie par le droit". »

²⁸ J. HABERMAS, préc., note 9, p. 480.

²⁹ Voir Bjarne MELKEVIK, « Droit et démocratie : retour sur l'approche procédurale de Habermas », dans A. VIALA (dir.), préc., note 14, p. 185.

³⁰ *Id.*

³¹ J'ai aussi contribué, modestement, à ce mouvement à l'occasion des *Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin* : Stéphane BERNATCHEZ, « L'État de droit aux États-Unis : le débat entre les fédéralistes et les anti-fédéralistes », (2015) *Revue québécoise de droit international* 243.

thématique de l'*État de droit*, la *démocratie*, elle, rebute encore l'investigation³²». Ou encore : tandis que l'État de droit est « porté au zénith avec son cortège de droits fondamentaux et ses juges constitutionnels », écrit Slobodan Milacic, la « démocratie devient une sémantique d'accompagnement, plus ou moins désordonnée, avec de moins en moins de rigueur, c'est-à-dire de spécificité conceptuelle et de valeurs fondamentales propres³³ ».

La **seconde croyance**, qui explique le relatif désintéret de la doctrine constitutionnelle à l'égard de la notion de démocratie, découle en quelque sorte de la première. Les constitutionnalistes ont longtemps pensé que la réflexion sur la démocratie se limitait à une pensée d'un droit idéal, légitime. Ils ont ainsi supposé que la seule existence d'un contrat social, comme fait social, suffisait à régler la question de l'obéissance au droit et à assurer la *garantie normative*³⁴. Pour se distancier, encore une fois, du jusnaturalisme moderne, plus particulièrement de la pensée des contractualistes, les juristes ont négligé le problème des destinataires du droit – les citoyens ou les justiciables –, dont l'obéissance a été présumée, tout comme la *Gründnorm* de Kelsen censée fonder la validité de la Constitution et de l'ordre juridique tout entier. En ce sens, pour les juristes, la démocratie « est plus une affaire métajuridique qu'une question relevant de la sphère du droit³⁵ ». C'est pourquoi ils lui ont bien souvent préféré, comme on l'a vu, la notion d'État de droit. Pour H.L.A. Hart, le point de vue interne des acteurs importe peu ou prou, se limitant à l'obéissance au droit et n'étant, dès lors, pas constitutif du droit au sens où il n'est pas nécessaire pour sa validité que le droit s'adresse à la communauté de citoyens au sens où l'entendait Austin au XIX^e siècle :

³² S. PINON, préc., note 15, 454.

³³ Slobodan MILACIC, « Faut-il réinventer la démocratie ? Du "néodémocratisme" pour équilibrer le "néolibéralisme" », (2004) 6 *Politeia* 447.

³⁴ Sur cette notion, voir Catherine THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », dans Catherine THIBIERGE *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 813. Sur les conditions de possibilité de la garantie normative, voir : Stéphane BERNATCHEZ, « La pratique de l'opération normative : les conditions de possibilité de la gouvernance par le droit », dans Louise LALONDE, Stéphane BERNATCHEZ et Georges AZZARIA (dir.), *La norme juridique reformatée. Perspectives québécoises sur les notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016, p. 203.

³⁵ S. PINON, préc., note 15, 408.

On peut souhaiter, il est vrai, que les règles soient, aussitôt que possible après leur promulgation, portées à l'attention de ceux auxquels elles s'appliquent. [...] Les règles de droit peuvent cependant être des règles de droit à part entière avant que cette formalité soit accomplie, et même si elle n'est pas accomplie du tout. En l'absence de dispositions spéciales contraires, les règles de droit sont valablement promulguées même si ceux qu'elles visent sont laissés à eux-mêmes pour découvrir personnellement quelles sont les règles de droit qui ont été édictées, et qui se trouve visé par elles³⁶.

La condition d'effectivité du droit, formulée encore trop timidement en termes d'obéissance, même s'il y aurait lieu de parler plutôt aujourd'hui d'acceptation pratique³⁷, demeure toujours supposée et constitue, pour cette raison, un « point aveugle du constitutionnalisme³⁸ » :

Le constitutionnalisme autonomise les règles constitutionnelles et ignore les conditions de leur émergence, de leur fonctionnement et de leur effectivité. En effet, il ne suffit pas de dire que toute règle constitutionnelle reçoit application ou qu'elle s'applique parce qu'elle est inscrite dans la constitution pour que cela soit vrai. Du point de vue juridique, cette conception dominante dans la doctrine paraît des plus fragiles³⁹.

Ainsi, lorsqu'une question de droits et libertés soulève, dans un horizon politique d'égalité et de liberté, le problème de sa réception par les citoyens, l'enjeu juridique s'en trouve négligé⁴⁰. C'est pour s'attarder parfois à ce problème que la théorie du droit a succédé à la philosophie

³⁶ Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 41.

³⁷ Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.

³⁸ Yves POIRMEUR et Dominique ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », dans C.U.R.A.P.P., *Les usages sociaux du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 230, aux pages 242 et suiv.

³⁹ *Id.*, à la page 242.

⁴⁰ Voir, à titre d'exemple, le débat récent sur les accommodements raisonnables au Québec : Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables », *Journées strasbourgeoises 2008 (Institut canadien d'études juridiques supérieures), Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69 ; Stéphane

du droit demeurée trop attachée à la seule question de la légitimité⁴¹, et que des approches plus sociologiques ont examiné, dans une perspective externe, l'effectivité du droit et l'expérience juridique propre à un groupe social. Telle qu'elle est ici comprise, la question de l'effectivité ne relève toutefois pas d'une évaluation externe, mais d'une reconnaissance interne⁴² et devient ainsi centrale à toute recherche de théorie et aussi de philosophie du droit. Dès lors, la question est celle de savoir comment la philosophie et la théorie du droit peuvent rendre compte des conditions de possibilité requises pour assurer cette effectivité ?⁴³

Avec la *Théorie de la justice* de John Rawls, la philosophie politique contemporaine a remis à l'ordre du jour les fondements contractualistes des institutions de base de la société. Ce n'est toutefois pas par cette voie que les constitutionnalistes ont réinvesti le champ de la réflexion sur la démocratie, mais en raison, comme c'est souvent le cas, des innovations juridiques et des développements de la jurisprudence, qui demeurent les objets d'étude de prédilection de la doctrine constitutionnelle. Il s'agit donc d'abord d'être attentif à la pratique du droit constitutionnel, car, contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, ces innovations juridiques ne constituent pas que des inventions de théoriciens du droit en mal de nouvelles conceptualisations, mais elles s'avèrent plutôt le résultat d'une pratique innovante du droit – tant celle des institutions législative et judiciaire que celle des acteurs privés. C'est de l'observation de la

BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 233.

⁴¹ Jacques LENOBLE, « Pour une théorie génétique du droit », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais (à paraître).

⁴² Louise LALONDE, « Le concept de *force normative*, éclose vers une “théorie ouverte du droit” ? Présupposés et déplacements », dans L. LALONDE, S. BERNATCHEZ et G. AZZARIA (dir.), préc., note 34, p. 159.

⁴³ Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, « L'effectivité dans le monde vécu comme lieu d'émergence de la norme : la normativité, l'interprétation contextuelle et l'acceptation pratique », dans Vincente FORTIER et Sébastien LABEL-GRENIER (dir.), *Les pratiques, sources de normativité ? Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke* Octobre 2010, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 9.

réalité qu'a pu être posé le constat des transformations ou mutations contemporaines du droit⁴⁴.

Ainsi, alors que les constitutionnalistes paraissaient avoir délaissé la démocratie, voilà que, pour utiliser une image bien connue en littérature contemporaine, la chambre des secrets, que Hans Kelsen croyait bien avoir fermée, voire verrouillée, avec sa *Théorie pure du droit*⁴⁵, a été ouverte. Ou plutôt rouverte, car, encore une fois, du temps que philosophie politique et philosophie juridique marchaient main dans la main, la question des fondements de l'ordre juridique constituait une question inévitable et fondamentale. Et, comme il a été dit plus haut, même Kelsen y est entré après avoir cherché la pureté théorique. Suite à la seconde guerre mondiale, et encore davantage depuis la parution de la *Théorie de la justice*⁴⁶ de Rawls, le droit ne peut plus demeurer indifférent à la réflexion en philosophie politique⁴⁷. Les travaux en ce sens ne manquent d'ailleurs pas de confirmer cette attention prêtée à la philosophie politique par les constitutionnalistes contemporains. Par exemple, lorsqu'il propose le passage du modèle de la priorité des droits à celui de l'optimisation des valeurs en conflit, le constitutionnaliste Luc B. Tremblay prend acte du « fait du pluralisme » et réexamine la thèse libérale à la lumière du principe de l'égalité morale des individus. Comme Jacques Lenoble et Marc Maesschalck l'ont montré, les nombreux travaux des juristes sur le droit de la gouvernance ou la gouvernance par le droit nécessitent également

⁴⁴ Voir Jean-Guy BELLEY, « Changer le paradigme moderne de la juridicité ? Trois exigences de réflexivité critique », dans L. LALONDE, S. BERNATCHEZ et G. AZZARIA (dir.), préc., note 34, p. 247. Sur cette question des mutations, voir notamment : Nathalie MARTIAL-BRAZ, Jean-François RIFFARD et Martine BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011.

⁴⁵ H. KELSEN, préc., note 18. Il faut cependant préciser que Kelsen a lui-même traité dans son œuvre de la démocratie, se prononçant en faveur de la démocratie parlementaire : H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, préc., note 19. Sur cette question des rapports entre la théorie politique et la Théorie pure du droit, voir Otto PFERSMANN, « La Théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », dans A. VIALA (dir.), préc., note 14, p. 155.

⁴⁶ John RAWLS, *Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

⁴⁷ *Contra* : Michel TROPER, « L'autonomie de la théorie constitutionnelle », dans Thomas BERNS et Julie ALLARD (dir.), *Pensées du droit, lois de la philosophie*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 17. Maxime ST-HILAIRE, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.

de s'intéresser aux récents développements en philosophie politique. Dès lors, la question devient celle de savoir comment concevoir le droit, plus particulièrement le droit constitutionnel, et le constitutionalisme à l'ère de la gouvernance. C'est par l'étude de la notion de démocratie que nous allons tenter ici d'y contribuer, modestement comme l'enseignait le professeur Woehrling.

I. Le droit constitutionnel et la démocratie comme légitimité

La présente partie examine comment le discours judiciaire ainsi que la doctrine et la théorie constitutionnelles ont récemment abordé la notion de démocratie. Il s'agit de montrer certains usages de la notion de démocratie en droit constitutionnel canadien. Tant pour les juges que pour les auteurs, la démocratie constitue principalement une mesure de légitimité du droit, conformément à l'idéal moderne⁴⁸. La fonction de légitimation du principe démocratique est ainsi comprise dans une acception fondationnaliste⁴⁹.

A. Le discours judiciaire

Dans le discours judiciaire canadien, la notion de démocratie a principalement été discutée dans trois domaines : 1) la *Charte canadienne des droits et libertés* ; 2) la légitimité de la justice constitutionnelle ; et 3) les sources d'obligations constitutionnelles que sont les conventions constitutionnelles et les principes constitutionnels. Point commun à ces domaines, la modification constitutionnelle de 1982 a largement contribué à activer la réflexion des constitutionnalistes sur la notion de démocratie.

1) Cet effet catalyseur de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'explique notamment par le fait que, pour la première fois, la constitution canadienne réfère, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et liber-*

⁴⁸ Franck TINLAND, « Hobbes, Spinoza, Rousseau et la formation de l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique », (1985) 2 *Revue Philosophique* 195.

⁴⁹ Jean-Fabien SPITZ, « La conception dworkinienne de la démocratie et ses critiques », (2001) 45 *Archives de philosophie du droit* 285.

tés⁵⁰, à la notion de démocratie : les droits et libertés « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Il n'est donc pas étonnant, dans ce contexte, que l'interprétation de l'article premier ait donné lieu à un discours judiciaire sur la démocratie, mais l'impact de la réforme constitutionnelle de 1982 sur l'usage de la notion va plus loin encore. En effet, son élaboration et sa potentielle modification ultérieure ont aussi alimenté la réflexion des juges à cet égard.

Dans le *Renvoi sur la sécession* du Québec, la Cour suprême du Canada écrit que « Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136)⁵¹ ». En effet, dans *Oakes*, le juge en chef Dickson écrivait :

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique ». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer⁵².

⁵⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁵¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 64.

⁵² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 101, 136.

2) De plus, avec le contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la question de la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle a évidemment été soulevée⁵³. Il faut d'abord reconnaître que c'est principalement en raison du contrôle judiciaire de constitutionnalité que les constitutionnalistes, tant aux États-Unis, au Canada qu'en France, s'intéressent à la démocratie. La question de la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle a fait l'objet de tant de réflexions et de publications qu'il serait illusoire de vouloir en établir ici la bibliographie. Mon article paru dans la revue *Politique et sociétés* en 2000 portait précisément sur cette question⁵⁴.

L'abondant débat doctrinal sur le contrôle de constitutionnalité par les tribunaux a rejailli jusque dans le discours judiciaire, les juges se sentant parfois obligés de justifier leur action constitutionnelle au moment du contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que le juge Lamer a d'abord invité les tribunaux à se libérer « de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité⁵⁵ », et ce, à l'occasion d'une affaire où la Cour suprême du Canada écarta l'interprétation originaliste de la méthode historique (il existe aussi un originalisme textualiste), au profit d'une interprétation évolutive de la constitution canadienne. Dans l'arrêt *Vriend*, afin de justifier l'action constitutionnelle des tribunaux au moment de corriger la loi par interprétation large, le juge Iacobucci a longuement discuté de « la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte », en fondant la légitimité judiciaire sur de nombreux éléments. Il a en effet invoqué à la fois que « les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la *Charte*, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles » ; que « par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner aux tribunaux un rôle correctif à jouer » ; « qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre, mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu » ; que « ce rôle découle

⁵³ Voir notamment : Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; S. BERNATCHEZ, préc., note 4.

⁵⁴ S. BERNATCHEZ, préc., note 3.

⁵⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 497.

implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*»; que «les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité»; qu'il «incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle»; que «la disposition de dérogation – l'art. 33 – a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux»; que «la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue»»; que «la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques»; qu'il «ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière»; que «le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte* et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes»; que «les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte*⁵⁶».

3) Si la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle a ainsi marqué le discours des juges, il faut bien reconnaître que la notion de démocratie avait déjà fait l'objet du discours judiciaire avant même l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, dès le premier renvoi sur le rapatriement de la Constitution⁵⁷, la Cour suprême a établi qu'une convention constitutionnelle doit avoir une raison d'être, c'est-à-dire une justification qui soit de l'ordre d'un principe. Ainsi, les conventions relatives au gouvernement responsable sont fondées sur le principe démocratique :

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est

⁵⁶ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 132-142.

⁵⁷ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

le principe démocratique : les pouvoirs de l'État doivent être exercés conformément aux vœux de l'électorat⁵⁸.

Parallèlement, les juges de la Cour suprême du Canada ont eu recours à des principes constitutionnels fondamentaux afin de fonder des obligations constitutionnelles. L'un de ces principes est précisément le principe de démocratie. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour a défini la démocratie comme « une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique » ; « Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité » ; « La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux » ; « la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives » ; « En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage populaire » ; « La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu'électeurs » ; « la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple » ; « L'assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d'une société libre et démocratique » ; « le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion » ; « Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter⁵⁹ ».

Plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême du Canada*⁶⁰, la Cour a contourné l'obstacle du manque de légitimité démocratique de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de sa procédure de modification (qu'elle n'a pas voulu appliquer à la sécession), en référant à l'accord interprovincial du 16 avril 1981 : « Le texte de la partie V apparaissait à l'origine dans l'« Accord d'avril » de 1981 (*Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981)), signé par huit provinces, dont le Québec⁶¹ ».

⁵⁸ *Id.*, 880.

⁵⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 61-69 [soulignements ajoutés].

⁶⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, [2014] 1 R.C.S. 433.

⁶¹ *Id.*, par. 92.

La jurisprudence de la Cour suprême contient donc de nombreuses références à la démocratie. À ce discours judiciaire s'ajoutent ceux de la doctrine et de la théorie constitutionnelles.

B. La démocratie dans la doctrine et la théorie constitutionnelles

Dans la doctrine constitutionnelle, la notion de démocratie demeure encore aujourd'hui assez peu conceptualisée, la plupart des doctriniens se limitant à décrire de manière positiviste, dans une perspective d'abord de dogmatique juridique, la démocratie représentative⁶², la démocratie directe (référendaire), parlementaire⁶³ et électorale⁶⁴. La conceptualisation de la démocratie ne semble pas être considérée comme une nécessité par la doctrine juridique en droit constitutionnel⁶⁵. Il revient donc à la théorie constitutionnelle de proposer des conceptualisations plus approfondies de la démocratie.

Les travaux en philosophie et théorie du droit ont beaucoup insisté sur la légitimité démocratique du droit, ou sur sa légitimation, que l'on pense ici notamment au *Droit et démocratie* de Jürgen Habermas⁶⁶ ou au droit comme système social de Niklas Luhmann⁶⁷. Bien sûr, le droit n'offre pas la seule perspective disciplinaire pour s'intéresser à la démocratie,

⁶² Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

⁶³ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

⁶⁴ Martine VALOIS, «Le citoyen et l'État», dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit constitutionnel», fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada; Maxime ST-HILAIRE et Léonid SIROTA, «Canadian Voter Identification Requirements in a Comparative Perspective», (2015) *Revue de droit parlementaire et politique* 517.

⁶⁵ Voir à titre d'exemple les ouvrages à feuilles mobiles: Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens (dir.), *Droit constitutionnel*, Jurisclasseur Québec, Lexis-Nexis; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Thomson-Carswell.

⁶⁶ J. HABERMAS, préc., note 9

⁶⁷ Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Voir aussi L.K. SOSOE (dir.), préc., note 17.

qui est aussi examinée sous l'angle de l'histoire, de la science politique et des sciences sociales plus largement⁶⁸.

Le débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle a occupé une place centrale dans ce regain d'intérêt pour la démocratie, notamment dans son rapport à la démocratie référendaire⁶⁹ : si les juges de la Cour suprême sont les gardiens de la Constitution, alors qui gardera les gardiens ?⁷⁰ L'enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les chartes remet-il en cause le positivisme juridique⁷¹ ?

Aux États-Unis, la controverse sévit depuis que le pouvoir judiciaire a été présenté comme relevant d'une logique contre-majoritaire⁷². En France, c'est l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.) qui a réanimé le débat jadis posé en termes de gouvernement des juges⁷³ : « Quelque chose est arrivé dans le Royaume de la France et même dans la République française : le contrôle de constitutionnalité des lois ! Et sous une forme juridictionnelle, c'est-à-dire avec l'introduction dans l'espace constitutionnel d'un nouvel acteur : le juge constitutionnel⁷⁴ ». Au Canada, le rapatriement de la Constitution, avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, a eu, en quelque sorte, un effet semblable.

⁶⁸ Voir notamment Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008 ; F. DUPUIS-DÉRY, préc., note 12.

⁶⁹ José WOEHLING, « Les référendums au Canada (niveau fédéral) et au Québec », *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, Strasbourg, Commission européenne pour la démocratie par le droit, 1996, p. 99.

⁷⁰ Jacques-Yvan MORIN, « Le pouvoir des juges et la démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* », (1994) 28 *Revue juridique Thémis* 799.

⁷¹ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83. Nicole DUPLÉ, « L'enchâssement des valeurs de la démocratie libérale dans les chartes : qu'en est-il du positivisme juridique ? », dans B. MELKEVIK (dir.), préc., note 71, p. 121.

⁷² Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs-Merrill, 1962. John ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁷³ Édouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

⁷⁴ D. ROUSSEAU, préc., note 22, p. 7.

Ainsi, depuis quelques décennies, les constitutionnalistes d'ici se sont intéressés à la question de la légitimité démocratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Outre les critiques adressées au pouvoir judiciaire⁷⁵, différentes réponses ont été apportées à ce problème de la légitimité de la justice constitutionnelle, certaines allant jusqu'à proposer de repenser le concept de démocratie pour dépasser le paradigme démocratique élémentaire, fondé sur le suffrage électoral et la règle de la majorité, en faveur d'une démocratie polycentrique, communicationnelle et dialogique, qui intègre les droits et libertés⁷⁶. En théorie constitutionnelle canadienne, la principale justification de la justice constitutionnelle s'appuie précisément sur la délibération démocratique⁷⁷, sous la forme de la théorie du dialogue. Sur cette base délibérative, de nombreux constitutionnalistes ont conçu le contrôle de constitutionnalité comme un dialogue entre les pouvoirs judiciaire et législatif⁷⁸. L'une des manières de favoriser la délibération consiste,

⁷⁵ Voir notamment Michael MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishers, 1989; Rainer KNOPFF et Frederick L. MORTON, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992; Christopher P. MANFREDI, *Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism. Judicial Power and the Charter*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993; Robert Ivan MARTIN, *The Most Dangerous Branch. How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003. Alain BACCIGALUPO, «Le système politique canadien depuis l'avènement de la charte : démocratie ou juriscratie ?», dans Louis BALTHAZAR, Guy LAFOREST et Vincent LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada 1980-1992. Enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, p. 119.

⁷⁶ Karim BENYEKHLIF, «Démocratie et libertés : Quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit», (1993) 38 *Revue de droit de McGill* 91. Voir aussi J. GOSSELIN, préc., note 53.

⁷⁷ J. HABERMAS, préc., note 9. Joshua COHEN, «Deliberation and Democratic Legitimacy», dans Alan HAMLIN et Philip BETTIT (dir.), *The Good Polity*, Londres, Basil Blackwell, 1989, p. 17; Joshua COHEN, «Deliberation and Democratic Legitimacy», dans James BOHMAN et William REHG (dir.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press, 1997; Jon ELSTER (dir.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁷⁸ K. BENYEKHLIF, préc., note 76. Voir aussi J. GOSSELIN, préc., note 53; Peter W. HOGG, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation», (1987) 25 *Osgoode Hall Law Journal* 87; Peter W. HOGG et Allison A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures : Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All», (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75; Peter W. HOGG et Allison A. THORNTON, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"», (1999) 37 *Osgoode Hall Law*

pour les tribunaux, à faire preuve de minimalisme judiciaire, laissant ainsi davantage d'espace pour la poursuite du dialogue démocratique⁷⁹. Au dialogue s'ajoute la conception de l'interprétation évolutive de la Constitution, selon la célèbre métaphore de l'arbre vivant⁸⁰.

Par ailleurs, d'importants travaux ont été entrepris en théorie constitutionnelle afin de déterminer le sens de « société libre et démocratique⁸¹ » apparaissant à l'article premier de la Charte canadienne et de proposer différentes conceptions du principe de proportionnalité⁸². Le premier cri-

Journal 529; Peter W. HOGG et Allison A. THORNTON, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», (1999) *Options politiques* 19; Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001; Jean LECLAIR, «Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien», (2003) *Revue du barreau* 377; Luc B. TREMBLAY, «Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures», (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 617; Stéphane BERNATCHEZ, «L'évolution continue de la Constitution canadienne par les tribunaux : arbre vivant ou dialogue?», (2007) 37 *Supreme Court Law Review* 47; Stéphane BERNATCHEZ et Marc-André RUSSELL, «Grandeur et misère de la théorie du dialogue en droit constitutionnel canadien», *Le droit public existe-t-il?*, Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles, 2008, p. 1; Stéphane BERNATCHEZ, «Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann», (2006) 21 *Revue canadienne droit et société* 113; Stéphane BERNATCHEZ, «Critique de la retenue et de l'activisme judiciaires en vertu de la théorie procédurale de la démocratie et du droit de Jürgen Habermas», dans André DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dir.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 207.

⁷⁹ Stéphane BERNATCHEZ, «La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues», (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel*; Stéphane BERNATCHEZ, «La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire», (2006) 85 *Revue du barreau canadien* 221; Cass R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

⁸⁰ S. BERNATCHEZ, «L'évolution continue de la Constitution canadienne par les tribunaux : arbre vivant ou dialogue?», préc., note 78.

⁸¹ Andrée LAJOIE *et al.*, «Les représentations de "société libre et démocratique" à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien», (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295; Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

⁸² Voir notamment : Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis,

tère que la Cour a établi pour déterminer si une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», est un critère de «légitimité»: «La légitimité de l'objectif visé par les restrictions aux droits constitue ce qu'on pourrait qualifier de «pivot» ou de «pierre de touche» d'une bonne justification des restrictions⁸³». Luc Tremblay a fait une étude attentive de ces modèles de justifications des restrictions aux droits constitutionnels. Parmi ceux-ci, la théorie du «fondement légitime⁸⁴» reconnaît une priorité aux droits :

La première conception du principe de proportionnalité repose sur un modèle constitutionnel qui confère aux droits garantis une priorité normative de principe sur les valeurs et les intérêts concurrents, tels que les buts sociaux fondés sur l'utile, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative. Je le nommerai le «modèle de la priorité des droits».

En vertu de ce modèle, les normes constitutionnelles écrites et non écrites expriment un ensemble de valeurs fondamentales. Ces valeurs prennent diverses formes : elles se manifestent dans des droits individuels ou collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs, des procédures, des institutions ou dans n'importe quel autre objet politique désirable d'un point de vue constitutionnel. Cependant, toutes les valeurs constitutionnelles n'ont pas le même statut dans l'ordre constitutionnel et, par voie de conséquence, dans l'argumentation constitutionnelle. Il existe un ordre de priorité relative, lexical ou autre, entre les divers types de valeurs constitutionnelles. En principe, les droits garantis ont priorité sur les valeurs concurrentes, telles que les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs gouvernementaux perfectionnistes ou centrés sur l'efficacité administrative.

Il découle de ce modèle qu'en cas de conflit entre un droit garanti et une valeur ou un intérêt concurrent, le droit doit l'emporter en principe. Les droits possèdent ainsi une force spéciale par rapport aux

2009; Stéphane BERNATCHEZ, «La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire Sauvé», (2006) 20 *Revue nationale de droit constitutionnel* 73.

⁸³ LUC B. TREMBLAY, «Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle», (2012) 57 *Revue de droit de McGill* 429, 436.

⁸⁴ LUC B. TREMBLAY, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement légitime», (2002) 47 *Revue de droit de McGill* 271.

autres valeurs. Cela ne signifie pas que tous les droits soient absolus⁸⁵.

La Cour suprême avait reconnue dès l'arrêt *Oakes* que « les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus » et qu'il « peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants⁸⁶ ». Plus récemment, Luc Tremblay a proposé une nouvelle conception du principe de proportionnalité : le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit. Cette conception « repose sur un modèle constitutionnel qui ne confère aux droits garantis aucune forme de priorité normative sur les valeurs ou les intérêts concurrents que peut chercher à réaliser le gouvernement, ni même sur les buts sociaux fondés sur l'utilité, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative⁸⁷ ».

En vertu de ce modèle, les normes constitutionnelles écrites et non écrites expriment aussi un ensemble de valeurs concurrentes qui peuvent se manifester de diverses manières : par des droits individuels, des droits collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs, des procédures, des institutions ou autrement. Cependant, toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel et, conséquemment, dans l'argumentation constitutionnelle. Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles. En principe, toutes les valeurs constitutionnelles ont le même poids. Les droits constitutionnels n'ont donc aucune priorité normative sur les valeurs concurrentes, ni même sur les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs perfectionnistes ou l'efficacité administrative⁸⁸.

En reconnaissant que « les gouvernements peuvent, en principe, légitimement viser à peu près n'importe quel objectif politique ou but social, y compris la promotion d'une conduite sexuelle dominante, la pratique religieuse de la majorité ou l'efficacité administrative », Tremblay admet que « le fondement constitutionnel de cette légitimité, et donc des valeurs que cherche à promouvoir un gouvernement, y compris des valeurs qui ne sont apparemment pas requises par le texte constitutionnel lui-même, réside dans le principe démocratique » ; et, puisque « la démocratie consti-

⁸⁵ L.B. TREMBLAY, préc., note 83, 434.

⁸⁶ *R. c. Oakes*, préc., note 52, 136.

⁸⁷ L.B. TREMBLAY, préc., note 83, 441-442.

⁸⁸ *Id.*, 442.

tue évidemment l'une des valeurs constitutionnelles des "démocraties constitutionnelles", elle doit donc être optimisée au même titre que toutes les autres valeurs, même si elle entre en conflit avec d'autres valeurs constitutionnelles⁸⁹ ».

Ainsi, on le voit, le principe démocratique est ici aussi invoqué à titre de fondement légitime. C'est également en référant au problème de légitimité démocratique de la Constitution de 1982 que le recours aux principes constitutionnels, dont le principe de démocratie, a été justifié dans le contexte du renvoi sur la sécession du Québec : « Or, puisque le Québec n'avait pas donné son consentement à la modification de la Constitution canadienne, la Cour ne pouvait légitimement s'appuyer sur la clause d'amendement pour décider du droit du Québec de se séparer du reste du Canada⁹⁰ ». Avant même que la Cour ne rende son avis, le professeur Jacques-Yvan Morin avait imaginé le recours à des principes supérieurs non écrits pour répondre à la question, dont le principe démocratique, prévoyant même qu'elle « recommanderait alors aux gouvernements intéressés de négocier, après le référendum, la transition de l'ancien régime au nouveau⁹¹ ».

Soucieuse de réconcilier la démocratie avec le constitutionnalisme, la théorie constitutionnelle récente a également proposé que le constitutionnalisme ne limite pas la démocratie, entendue comme souveraineté du peuple, mais qu'au contraire il en est une condition de possibilité⁹². Comme le reconnaît la Cour suprême, le constitutionnalisme « facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques⁹³ ». La Constitution habilite, en quelque sorte, le Peuple à agir

⁸⁹ *Id.*, 445. Le principal argument en faveur du modèle de l'optimisation des valeurs en conflit est toutefois « l'engagement des sociétés démocratiques envers le principe d'égalité morale des personnes dans un environnement juridique, social et politique qui valorise le pluralisme et le multiculturalisme » (452).

⁹⁰ Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire. La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 357, note 1084.

⁹¹ Jacques-Yvan MORIN, « La sécession du Québec et la Cour suprême du Canada », (1998) 88 *L'action nationale* 117, 135.

⁹² Luc B. TREMBLAY, « Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme : la souveraineté du peuple et l'engagement préalable », (2011) 41 *R.D.U.S.* 583.

⁹³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 78.

démocratiquement, selon Luc Tremblay⁹⁴ : « les règles constitutionnelles rendent possible la démocratie et permettent au Peuple d'exercer sa souveraineté⁹⁵ ».

Il me semble que ce qui rend le constitutionnalisme compatible avec la démocratie réside, non pas dans le fait que le Peuple souverain ait édicté un jour, unilatéralement, une Constitution donnée, comme le soutient la thèse du Peuple souverain, mais dans le fait que les normes constitutionnelles reconnues comme valides par les tribunaux « habilitent » un système de gouvernance démocratique.

Il s'ensuit, dans mon esprit, que les normes d'une Constitution ne devraient pas être conçues comme des « actes de volonté », ni même comme une volonté populaire originelle, mais comme des normes « rationnellement justifiées » par un appel à une conception normative d'un système de gouvernement démocratique. En ce sens, une Constitution n'est pas juste et bonne parce que le Peuple, à un moment donné de son histoire l'a voulue, mais le peuple d'aujourd'hui devrait la vouloir parce qu'elle maintient un gouvernement démocratique légitime⁹⁶.

La finalité de légitimité est une fois de plus mobilisée. Selon Tremblay, les tribunaux auraient la responsabilité de « déterminer en dernier ressort quelles normes constitutionnelles rendent la démocratie possible. Il leur appartient donc d'être les gardiens, non seulement de la Constitution, mais aussi de la démocratie canadienne et d'ajuster, à cette fin, le droit constitutionnel⁹⁷ ».

II. La gouvernance et la démocratie comme effectivité

Comme l'a montré la première partie, il existe un certain renouveau à la fois de la part du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle qui s'intéressent de plus en plus à la démocratie. Cependant, cette

⁹⁴ L.B. TREMBLAY, préc., note 92, 602.

⁹⁵ *Id.*, 603.

⁹⁶ *Id.*, 603-604.

⁹⁷ *Id.*, 604. Voir aussi Luc B. TREMBLAY, « General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law », (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525 ; Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits », (2012) 17 *Revue d'études constitutionnelles* 15.

récente tendance se limite bien souvent à concevoir le principe démocratique uniquement en termes de légitimité⁹⁸. Or, c'est précisément pour dépasser cette seule acception de la démocratie que les constitutionnalistes doivent, paradoxalement, se réintéresser à la philosophie politique qui a fourni cette exigence démocratique de légitimité, plus précisément encore à la théorie de la gouvernance qui démontre que la légitimité n'est pas la seule exigence contemporaine découlant de ce passage du gouvernement à la gouvernance.

Pour assurer cette légitimité démocratique, la première réponse a consisté à construire les institutions de la démocratie représentative, fondée sur la logique électorale et majoritaire, puis la seconde, à garantir, pour faire contrepoids à ces institutions ainsi créées, des droits et libertés également reconnus à tous. Il est apparu depuis quelques décennies que la représentation électorale s'avérait insuffisante pour satisfaire la participation citoyenne à l'action politique. De même, la reconnaissance de droits demeurerait nettement insatisfaisante si leur effectivité n'était pas réellement assurée⁹⁹. Il importe en conséquence d'intégrer l'effectivité au sein de la théorie du droit, c'est-à-dire comme critère inhérent à la norme, condition de sa validité et caractéristique intrinsèque du concept de droit.

A. La théorie de la gouvernance et le droit

Alors que la philosophie du droit suppose la légitimité du droit, la théorie du droit, elle, après le passage de la philosophie à la théorie du droit, suppose que le droit est déjà effectué. Alors qu'Austin considérait que le droit s'adressait à la communauté, Hart ne fait pas de la compréhension du droit par ses destinataires une condition d'existence du droit¹⁰⁰.

⁹⁸ Voir par exemple, P. GÉRARD, préc., note 16 ; P. ROSANVALLON, préc., note 68.

⁹⁹ Stéphane BERNATCHEZ, « Le concept de droits », (2015) *Revue québécoise de droit international* 131 ; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », dans Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHACK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2008, p. 5.

¹⁰⁰ Stéphane BERNATCHEZ, « La pratique de l'opération normative : les conditions de possibilité de la gouvernance par le droit », dans L. LALONDE, S. BERNATCHEZ et G. AZZARIA (dir.), préc., note 34, p. 203.

Durant les deux dernières décennies, la théorie du droit a constaté, à d'innombrables occasions¹⁰¹, le phénomène des transformations du droit résultant à la fois du passage du gouvernement à la gouvernance et de la réglementation à la régulation. Le droit constitutionnel et la théorie constitutionnelle ne peuvent évidemment pas faire l'impasse sur la transformation des modes de gouvernance par le droit et le changement de paradigme juridique que cela implique. Outre les nombreuses manifestations extra-étatiques du phénomène, alors que de nouvelles normes, notamment de droit souple, émergent dans le contexte de la mondialisation¹⁰², c'est aussi l'État et son droit qui se transforment, devenant un État réflexif¹⁰³ et un droit procédural¹⁰⁴. Ces transformations sont susceptibles d'intéresser directement les constitutionnalistes. Au plan juridique, le « droit de la gouvernance¹⁰⁵ » prend notamment la forme du droit souple et procédural. Prenant au sérieux ce droit de la gouvernance, les juristes s'interrogent sur sa force normative¹⁰⁶, revisitent ses sources¹⁰⁷, examinent le reformatage de la norme¹⁰⁸. La théorie de la gouvernance tente de surmonter à la fois le blocage représentatif et le blocage participatif qui paralysent la théorie de la démocratie¹⁰⁹ :

¹⁰¹ Voir notamment Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996; Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999; Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003; Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

¹⁰² Karim BENYKHFLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Voir, sur ce point, les travaux de Jacques Lenoble et Marc Maesschalck sur la théorie génétique du droit ainsi que ceux de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez sur les normes à exigence de réflexivité.

¹⁰⁵ Valérie LASSER. *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015.

¹⁰⁶ Catherine THIBIERGE *et al.*, préc., note 34.

¹⁰⁷ Isabelle HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012 [4 volumes].

¹⁰⁸ L. LALONDE, S. BERNATCHEZ et G. AZZARIA (dir.), préc., note 34.

¹⁰⁹ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37, avant-propos; J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16, introduction.

Un premier blocage tient au fait que la philosophie politique s'est généralement concentrée sur la question de la « légitimité de la norme », c'est-à-dire sur celle des conditions qui étaient à respecter pour que la norme adoptée par une autorité publique soit rationnellement acceptable. Ce présupposé s'est traduit par la prévalence, au cœur de la théorie traditionnelle de la démocratie, d'un modèle politique qui privilégie une forme *représentative* de la démocratie. L'idée, posée comme une évidence non interrogée, est que l'action par laquelle le groupe agit sur lui-même – c'est-à-dire par laquelle le groupe adopte des normes pour configurer et transformer la réalité en fonction des objectifs qu'il se donne – s'accomplit par la seule voie des autorités publiques instituées¹¹⁰.

Tout semble donc se passer comme si la seule convocation des acteurs, voire leur multiplication ou leur simple agrégation, suffisait à assurer la production d'une représentation aussi adéquate que possible des intérêts sociaux en présence et à permettre ainsi, par le simple jeu d'une confrontation aux propositions du pouvoir, d'assurer, par une forme de capacité réflexive spontanée, la construction, en devenir constant, de la représentation collective du vouloir commun. Il y aurait là une forme de présupposé ontologique selon lequel les conditions de construction du social seraient toujours déjà données, selon lequel la question d'une construction nécessaire d'une telle capacité à construire le vouloir commun pourrait être supposée toujours déjà résolue. Mais il s'agit là d'un présupposé que la recherche doit, au contraire, tenter d'interroger. C'est ce présupposé qui constitue le second blocage de l'approche habituelle de la démocratie, laissant ainsi hors d'atteinte les conditions de transformation interne de la société et du pouvoir nécessaires à leur interaction¹¹¹.

La théorie de la gouvernance est issue de deux principaux cadres théoriques qui sont en fait des critiques du modèle politique et démocratique traditionnel : d'un côté, l'approche délibérative de la gouvernance et de l'autre, l'approche économique¹¹². Parallèlement à la théorie politique qui a insisté sur la légitimité démocratique, notamment avec la démocratie délibérative à la Habermas, s'est développée en théorie économique une

¹¹⁰ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37, p. xviii.

¹¹¹ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16, p. 16-17.

¹¹² J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37.

exigence d'efficacité qui a aussi justifié le passage à la gouvernance¹¹³. Tout comme la théorie de la gouvernance intègre ces deux exigences, de légitimité et d'efficacité, et ce, même si elle souvent comprise uniquement dans sa dimension économique¹¹⁴, la théorie du droit, quant à elle, doit également rendre compte de ces exigences. L'efficacité devient même une condition de légitimité¹¹⁵ et l'effectivité, une exigence du droit¹¹⁶.

Le passage du gouvernement à la gouvernance et de la réglementation à la régulation s'explique en partie par l'objectif d'avoir un droit plus effectif, qui soit respecté par les destinataires de la norme qui se trouvent à en être les auteurs. L'existence du droit et la condition de possibilité du droit dépendent de la capacité du droit à valoir effectivement, ce qui exige de la part des citoyens-justiciables qu'ils acceptent de transformer leurs formes de vie¹¹⁷.

Comment la théorie du droit, informée des travaux en théorie de la gouvernance, peut-elle, dès lors, penser ces conditions de l'effectivité qui sont constitutives de la légitimité du droit et du concept de droit lui-même ? Pour cela, « il importe de saisir le tournant qu'il s'indiquerait d'opérer dans la construction du concept de droit et l'ouverture que ce tournant induit vers cette recherche sur les conditions d'une effectuation dans le social d'une gouvernance par le droit¹¹⁸ ». En cela, la théorie du droit ne peut être que procédurale. Cependant, lorsque la gouvernance n'est comprise que dans sa dimension économique, le mouvement de procéduralisation du droit demeure en partie incompris, comme un « avatar du paradigme du marché¹¹⁹ ».

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Alain SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015 ; Alain SUPLOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

¹¹⁵ Daniel MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », (2013) 54 *Les Cahiers de droit* 613.

¹¹⁶ L. LALONDE et S. BERNATCHEZ, préc., note 43.

¹¹⁷ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37, p. 108 et suiv.

¹¹⁸ J. LENOBLE, préc., note 41.

¹¹⁹ A. SUPLOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 114, p. 131.

À ce regard des constitutionnalistes vers la démocratie, se croise et s'impose celui de la philosophie du droit en direction de la gouvernance¹²⁰. À y regarder de plus près, cette attention prêtée à la théorie de la gouvernance, en provenance de la philosophie du droit, implique nécessairement l'étude de la notion de démocratie, comme le montrent explicitement le titre même et, bien sûr, le contenu du récent ouvrage de Jacques Lenoble et Marc Maesschalck : *Droit, démocratie et gouvernance*¹²¹. Cependant, la démocratie ne doit plus être pensée qu'en termes de mesure de légitimité d'un droit idéal, d'un droit légitime. Selon Jacques Lenoble, «élucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée¹²²». Lorsque la condition de possibilité du droit, c'est-à-dire de l'opération normative, est ainsi formulée en termes, à la fois, de capacité à produire de manière coopérative une autorité normative et d'acceptation pratique par les citoyens-destinataires de la norme¹²³, «la réflexion sur le droit consiste à réfléchir les conditions de possibilité de son effectivité régulatoire¹²⁴».

Mais ce que met en évidence une reconstruction des conditions de possibilité de l'action collective par laquelle les membres d'un groupe social entendent se réguler et adopter des règles obligatoires, c'est qu'une telle opération porte en elle-même l'exigence d'une «attention à la nécessaire acceptation pratique» de la norme en voie d'adoption par ceux qui en seront les destinataires-citoyens. La «finalité» que poursuit la norme – sa visée «régulatoire» – sa téléologie interne – nécessite ainsi l'inscription, dans l'élaboration de la règle d'une attention aux formes d'action coopérative par lesquelles ses destinataires pourront construire coopérativement leurs attentes normatives et ainsi participer à la construction commune de cette norme. En ce

¹²⁰ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37. Jacques LENOBLE, «Concept de droit et théorie de la gouvernance», dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 1.

¹²¹ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16.

¹²² Jacques LENOBLE, «Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit», (2007) *European Journal of Legal Studies* 1, 3.

¹²³ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16, p. 11.

¹²⁴ J. LENOBLE, préc., note 41.

sens, le concept de droit porte en lui-même une exigence qui permettra de mesurer, en fonction du degré d'attention apporté à cette condition d'acceptation pratique, la capacité de l'opération normative à effectuer sa « téléologie interne », c'est-à-dire, en termes plus habituels, sa capacité à satisfaire autant que possible les attentes normatives des acteurs concernés¹²⁵.

L'effectivité est ici conçue comme condition de validité interne de la norme, selon l'exigence internaliste de la théorie de la signification, et non seulement dans une perspective externe ou sociologique, d'évaluation de l'effectivité. La reconnaissance nécessite la compréhension du point de vue interne des acteurs, c'est-à-dire de l'acceptation pratique par les destinataires de la norme « des transformations de leurs formes de vie¹²⁶ ». « Outre la référence à une pratique coopérative de reconnaissance des critères de juridicité par les autorités publiques, l'existence du droit requiert aussi [...] une condition "d'acceptation pratique" par les "citoyens-destinataires" de la norme. La normativité d'une norme n'est pas seulement conditionnée par sa conformité à une norme de reconnaissance résultant d'une pratique coopérative des autorités publiques en charge de son application. Elle est aussi conditionnée par sa reconnaissance, par son acceptation pratique par les citoyens qui en sont les destinataires "privés"¹²⁷. « Cela signifie que tout jugement (donc aussi toute norme) ne peut s'appliquer et produire une signification (et, donc, des effets dans le réel) qu'au terme d'une opération complexe qui est un échange entre les effets "attendus" par la norme posée "abstraitemment", d'une part, et, d'autre part, les effets rendus possibles par les cohérences propres aux "formes de vie existantes" ¹²⁸ ».

Toute norme vise à instaurer une forme de vie jugée rationnellement plus acceptable. Les règles formelles (calcul d'optimisation, règles argumentatives ou tout autre mécanisme formel d'apprentissage) qui conditionnent la « rationalité » de ce choix ne garantissent cependant pas la transformation des formes de vie existantes. La réalisation de la forme de vie « idéale » appelée par la norme est conditionnée par autre chose que la seule « validité » formelle de la règle. La norme ne

¹²⁵ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16, p. 12.

¹²⁶ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37, p. 113.

¹²⁷ *Id.*, p. xxv-xxvi.

¹²⁸ *Id.*, p. 113.

peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle¹²⁹.

Afin qu'une norme juridique puisse avoir une certaine effectivité et qu'un degré de garantie normative lui soit conféré, elle doit bénéficier, antérieurement, d'une acceptation pratique par les destinataires du droit. Autrement, la norme ne sera pas mobilisée par les justiciables.

Le choix d'une règle pertinente consiste en une opération de choix d'une solution concrète censée optimiser l'objectif idéal dégagé par une anticipation d'une forme de vie idéalisée. Mais précisément, le choix de cette solution concrète repose sur une opération de sélection des possibles qui n'épuise pas les possibles, mêmes limités, du contexte au sein duquel la forme de vie idéalisée devrait se réaliser¹³⁰.

L'opération de sélection des possibles exige la création d'incitants réflexifs, c'est-à-dire de dispositifs de gouvernance susceptibles de permettre la procéduralisation contextuelle. Ces incitants permettront la « reconstruction en commun des problèmes qui conditionnent l'acceptation pratique par les gens des transformations de leurs formes de vie¹³¹ ». Afin que la visée d'intentionnalité, qui n'est autre qu'une transformation du monde par la raison, se réalise dans la société, il importe de prêter attention à la question de l'application – et non à la seule opération de justification :

lorsque la société adopte un objectif (c'est-à-dire une norme) jugé légitime, la question de son application, de son effectuation est considérée comme ne posant pas de problèmes fondamentaux. L'application est en quelque sorte considérée comme une démarche qui découle logiquement de la détermination de l'objectif à atteindre. La seule adoption de l'objectif fournit les « ressources » nécessaires à la réalisation effective du but poursuivi. La règle, dans sa toute puissance formelle, est supposée assurer par elle-même la transformation du contexte social qu'elle entend régir afin d'instituer la forme de vie exigée par son prescrit normatif. Tout est supposé se passer comme

¹²⁹ *Id.*, p. 119.

¹³⁰ *Id.*, p. 112.

¹³¹ *Id.*, p. 113.

si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle¹³².

L'application d'une norme dépend donc de « la transformation effective de ce contexte en vue d'y inscrire la forme de vie idéalisée¹³³ », car, à défaut de transformation du contexte, la visée d'intentionnalité poursuivie lors de l'adoption et du choix de cette norme demeurera sans suite.

Comme l'écrivent Lenoble et Maesschalck, le contexte « doit lui-même être construit "réflexivement" à peine de le supposer "donné"¹³⁴, ce qui nécessite la mise en place « d'un dispositif spécifique organisant la réflexivité des acteurs concernés¹³⁵ ». La théorie du droit rejoint ici la théorie de la gouvernance puisque l'opération de réflexivité exige des dispositifs institutionnels de délibération et de reconstruction¹³⁶.

Il s'ensuit que toute réalisation d'un objectif normatif n'implique pas seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable, mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application. Tant que l'on croit que le choix des « interprétations » de la norme (le choix du possible effectif) est commandé par des contraintes proprement herméneutiques liées aux contraintes du discours (ainsi l'exigence de cohérence ou d'« integrity » posée par Dworkin), on manque le processus qui contraint le choix des possibles effectifs et qui concerne les représentations culturelles et donc la forme culturelle des rapports sociaux en fonction de laquelle les conséquences sociales de la norme seront définies. Sans doute, y a-t-il un pluralisme conflictuel des formes de vie. Les cultures existantes au sein de nos sociétés sont nécessairement en conflit suivant la représentation possible des exigences d'organisation possible de la vie collective et la nature des rapports sociaux. La norme par elle-même ne commande pas laquelle de ces représentations culturelles en conflit au sein de la communauté sera sélectionnée au moment de l'application effective de la norme. Parallèlement, postuler la relativité de ces formes de vie en conflit

¹³² J. LENOBLE, préc., note 6, 20.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 16.

potentiel, c'est manquer la capacité pragmatique postulée par la vie en commun qui n'est jamais qu'une coexistence régulée des différences. L'important est cependant de voir que toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables, mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée¹³⁷.

Selon cette approche, le contexte n'est pas un ensemble de contraintes factuelles¹³⁸. À l'encontre d'une vision réduite du contexte, il s'agit de concevoir la « "possibilisation ou la capacitation du contexte" à produire des effets de sens¹³⁹ ». Pour cela, « le concept de contexte doit, en effet, lui-même être construit réflexivement¹⁴⁰ ». Suivant cette voie, le contexte devient « une forme de vie potentialisante¹⁴¹ », rendant possible ou non la forme de vie que la norme vise à instaurer.

B. Le constitutionnalisme et l'effectivité

Tant dans la pratique que dans la doctrine et la théorie constitutionnelles, il existe déjà des manifestations de la prise en compte de l'effectivité comme condition de possibilité du droit. Il convient d'en mentionner quelques-unes.

Par exemple, la jurisprudence développée par la Cour suprême insiste sur le fait que l'élément le plus important pour démontrer l'existence d'une convention constitutionnelle, soit l'élément normatif, consiste à montrer que les acteurs se sentent liés par une règle. En effet, la Cour suprême a établi, en s'appuyant sur le constitutionnaliste anglais Jennings¹⁴², que pour établir l'existence d'une convention, trois conditions doivent être remplies :

¹³⁷ J. LENOBLE, préc., note 6, 63.

¹³⁸ Jacques LENOBLE, « Réflexivité et gouvernance du risque », (2002) 92 *Carnets du Centre de philosophie du droit* 21.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² William IVOR JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 136.

Nous devons nous poser trois questions : premièrement, y a-t-il des précédents ; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle ; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être ? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées¹⁴³.

Dans le second renvoi sur le rapatriement¹⁴⁴, la Cour suprême a précisé que « la condition la plus importante pour établir une convention¹⁴⁵ » est « l'acceptation ou la reconnaissance par les acteurs dans les précédents¹⁴⁶ » : « la reconnaissance ou l'assentiment est un élément essentiel des conventions constitutionnelles¹⁴⁷ ». S'appuyant sur le premier renvoi, la Cour indique que « les précédents et l'usage ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents¹⁴⁸ ».

La reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est, à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique¹⁴⁹.

De la même manière, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême a défini le principe démocratique comme allant au-delà de la règle de la majorité et du processus électoral. La Cour a en effet, souligné que « le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion », en attribuant ce processus d'abord aux institutions politiques, puis à l'opinion publique¹⁵⁰.

¹⁴³ Traduction tirée du *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 57, 888.

¹⁴⁴ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

¹⁴⁵ *Id.*, 814.

¹⁴⁶ *Id.* [soulignement ajouté].

¹⁴⁷ *Id.*, 816 [soulignement ajouté].

¹⁴⁸ *Id.*, 807 [soulignement ajouté].

¹⁴⁹ *Id.*, 816 [soulignement ajouté].

¹⁵⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 68.

La théorie et la doctrine constitutionnelles traduisent aussi cette ouverture vers la démocratie comme effectivité. En effet, dans son article paru dans la revue *Politique et Sociétés*, Andrée Lajoie a montré qu'afin de déterminer si la question référendaire est claire, la clarté doit d'abord être établie en fonction du sens que les acteurs lui donnent, les principaux acteurs étant, dans ce cas, les destinataires de la question posée, à savoir les citoyens eux-mêmes¹⁵¹ – et non les gouvernements comme le prétend la loi fédérale de clarification en obligeant le gouvernement fédéral à donner son assentiment à la clarté de la question¹⁵².

D'avis que la légitimité est liée aujourd'hui à un type de démocratie, Andrée Lajoie écrit que le « respect du droit, et plus particulièrement du droit judiciaire, paraît plutôt y tenir à son ouverture aux valeurs des citoyens/justiciables, à l'adéquation entre les valeurs intégrées par le droit et celles auxquelles adhèrent les membres d'une communauté politique¹⁵³ ». Il y a là un « glissement des sources de légitimité du droit, depuis l'autorité intrinsèque de l'État vers la coïncidence des valeurs qui s'y intègrent avec celles des citoyens/justiciables¹⁵⁴ », qui est particulièrement perceptible en ce qui concerne les décisions judiciaires.

Dans ces circonstances, la légitimité des juges tient moins à la crainte des justiciables à l'égard des moyens répressifs dont dispose encore l'État, ou même à la rationalité et à la sagesse démontrées des décisions judiciaires, qu'à l'assurance que les juges partagent leurs valeurs ou, du moins, vont les intégrer au droit¹⁵⁵.

Dès lors, poursuit Andrée Lajoie en citant Jacques Chevallier, cette légitimité « ne sera plus fondée sur la puissance intrinsèque de la norme, mais sur la recherche de l'adhésion des adressataires [et dépendra de l'étendue] du consensus qu'elle est capable de recueillir¹⁵⁶ ». Analysant sur cette base le *Renvoi sur la sécession du Québec*, Andrée Lajoie écrit :

¹⁵¹ Andrée LAJOIE, « La Loi sur la clarté dans son contexte », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Québec : État et société*, t. 2, Montréal, Québec Amérique, 2003, p. 173.

¹⁵² *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26.

¹⁵³ A. LAJOIE, préc., note 1, 39.

¹⁵⁴ *Id.*, 39.

¹⁵⁵ *Id.*, 40.

¹⁵⁶ Jacques CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1997, p. 37.

Les juges ne s'y sont pas trompés, comme s'ils avaient compris que la légitimité de leur propre démarche et l'effectivité de leur prononcé dépendaient de leur intégration expresse dans le droit d'une partie au moins des valeurs invoquées par cette minorité en mesure de mettre en péril la survie de l'État canadien et, par là même, celle de la Cour... Certes ils ont d'abord invoqué la primauté du droit pour attribuer à Ottawa les deux « non » qu'on y souhaitait en réponse, plus des exigences en matière de question et de majorités « claires ». Mais – alors que le *Renvoi* ne soulevait surtout pas ce second enjeu qui nous occupe ici – ils se sont également prononcés, et même longuement étendus, sur la légitimité de la démarche référendaire dans le cadre interne et international et de la sortie unilatérale par la voie internationale en cas d'obstruction de négociations, par ailleurs imposées aux autorités fédérales et à celles des autres provinces¹⁵⁷.

Bref, conclut Lajoie, « l'efficace idéologique de la primauté du droit ne peut être sauvegardée dans un contexte de légitimité démocratique que si cette dernière s'exerce dans le sens des intérêts majoritaires dominants¹⁵⁸ ».

De plus, l'interprétation de la liberté de religion peut aussi servir d'exemple d'un renvoi aux destinataires de la norme pour la construction du sens. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada s'en remet à la construction du sens de la norme par le croyant depuis l'arrêt *Amsalem*, de 2004¹⁵⁹. Le critère pour juger d'une atteinte à la liberté de religion consiste à exiger la preuve d'une croyance sincère : « la première étape que doit franchir le demandeur pour démontrer l'atteinte à sa liberté de religion consiste à établir qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion¹⁶⁰ » : « Il n'est pas nécessaire de prouver que le précepte crée objectivement une obligation, mais il est nécessaire d'établir que le requérant croit sincèrement qu'il a une obligation qui découle de ce précepte¹⁶¹ ».

Plutôt que de se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou d'une croyance religieuse, ou de choisir parmi les diverses inter-

¹⁵⁷ A. LAJOIE, préc., note 1, 41 [soulignement ajouté].

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 65.

¹⁶¹ *Id.*, par. 141.

prétations théologiques d'une religion particulière, les tribunaux limitent ainsi leur appréciation à la sincérité de la croyance du demandeur. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la pratique correspond à un précepte religieux obligatoire: «La religion devient une affaire purement privatisée qui concerne uniquement la relation de l'individu avec l'au-delà, à l'exclusion des liens sociaux qui lui ont de tout temps donné son sens¹⁶²».

Conclusion

Avec la nécessaire conceptualisation juridique de la démocratie, s'ouvre un nouveau chantier constitutionnel. Pour illustrer la pertinence de la nécessité, pour les constitutionnalistes, d'investir ce chantier, qu'il suffise ici de répondre à la question soulevée par le constitutionnaliste Woehrling lors du colloque de décembre 2015 qui lui était consacré.

Le professeur Woehrling s'interrogerait quant à la réaction de certaines municipalités et villes du Québec qui refusaient, suite au jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Saguenay*¹⁶³, de cesser la récitation de la prière lors des assemblées publiques des conseils municipaux. Même si ce refus pouvait se justifier par la réduction, par la Cour, de la portée de l'ordonnance judiciaire d'invalidité, en substituant une déclaration d'inopposabilité à la déclaration d'inopérabilité¹⁶⁴, il montre bien la nécessaire acceptation pratique du droit. L'analogie suivante devrait permettre d'éclairer le problème d'acceptation pratique de la norme auquel étaient confrontées les municipalités.

Alors que j'étais assesseur au Tribunal des droits de la personne, qui avait, en première instance rendu la décision dans cette affaire *Saguenay*, nous avons été invités, ma collègue Manon Montpetit et moi, à prononcer une conférence sur la question des accommodements raisonnables, à l'invitation d'enseignants en techniques infirmières intéressés à mieux comprendre cette notion juridique pour les fins de la pratique professionnelle qui est la leur et de leur enseignement au collégial. Il est vrai qu'en

¹⁶² Sébastien LEBEL-GRENIER, «La religion comme véhicule d'affirmation identitaire: un défi à la logique des droits fondamentaux», dans Paul EID, Pierre BOSSET, Micheline MILOT et Sébastien LEBEL-GRENIER (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 123, à la page 129.

¹⁶³ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 154.

matière de soins de santé, la gestion du fait religieux est une question qui se pose quotidiennement avec acuité. Le rapport de la Commission de consultations sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (le rapport Bouchard-Taylor) a d'ailleurs fait de la personnalisation des soins de santé l'exemple à suivre¹⁶⁵ pour fonder une approche contextuelle, délibérative et réflexive¹⁶⁶.

Au moment de cette conférence, donc, le Québec traversait alors une crise sociale reliée aux accommodements raisonnables. Le rapport Bouchard-Taylor a conclu qu'il s'agissait davantage d'une crise des perceptions et d'un malaise identitaire¹⁶⁷. J'ai déjà eu l'occasion de dire que je n'étais pas d'accord avec ce constat euphémisant qui écartait l'étude de la dimension juridique du problème, puisqu'au contraire la question des accommodements raisonnables pose le problème fondamental de l'écart entre le droit et le monde vécu¹⁶⁸. Notre conférence débutait par une définition de la notion d'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive, notre étude se basant sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Quelle ne fut pas alors notre surprise de constater le tollé provoqué par le premier arrêt dans lequel la Cour a reconnu cette notion, en l'important du droit américain. Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*¹⁶⁹, madame O'Malley, qui adhère à l'église adventiste du septième jour – qui prescrit notamment l'observance stricte du sabbat ; le sabbat, selon cette foi, s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi –, refusait de travailler le samedi pour des raisons religieuses. Or, cette question de l'horaire de travail demeure précisément l'un des points les plus litigieux du travail des infirmières et des infirmiers, et je compris, dès lors, qu'il fallait travailler à mieux comprendre l'acceptation pratique du droit par les destinataires de la norme. C'était donc la première fois que j'enseignais des notions juridiques dans un milieu où la résistance au droit était réelle. Peu de temps après, en poursuivant mes recherches sur

¹⁶⁵ COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation*, rapport présidé par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, 2008, p. 169-173.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 168.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 168.

¹⁶⁸ S. BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables », préc., note 40, p. 69.

¹⁶⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

ce problème, c'est à la lecture des travaux de Jacques Lenoble que je mesurai que la forme de vie idéalisante que l'on souhaite réaliser en élaborant et en adoptant une norme ne peut atteindre effectivement l'objectif qui est le sien que si l'on fait retour (c'est la réflexivité) sur les formes de vie existantes¹⁷⁰: «Élucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée¹⁷¹». Sans acceptation pratique, la norme est vouée à l'ineffectivité.

Pour cela, il importe que les juristes, et en particulier les constitutionnalistes, s'intéressent à nouveau à la démocratie, en termes d'effectivité, selon une approche qui emprunte à la philosophie politique et juridique: «Car ce qu'on appelle l'objet de la philosophie du droit, c'est-à-dire la réflexion sur le concept de droit, n'est rien d'autre qu'une réflexion sur les conditions de possibilité qui doivent être réunies pour que l'opération normative par laquelle les membres d'un groupe social adhèrent à une signification normative partagée puisse s'accomplir¹⁷²».

¹⁷⁰ J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 37.

¹⁷¹ J. LENOBLE, préc., note 122.

¹⁷² J. LENOBLE, préc., note 120, p. 4.

Demain, le Québec : autodétermination interne ou autodétermination externe ?

Michel Seymour*

I. L'autodétermination interne et le droit international	550
II. Une interprétation non restrictive de l'autodétermination interne	552
III. Réponses aux objections	555
A. La communauté internationale et les droits fondamentaux	556
B. La communauté internationale et le droit à l'autodétermination ...	557
C. Le droit à l'autodétermination : un droit fondamental ?	558
D. La violation de l'autodétermination : une justification pour la sécession ?	559
IV. La situation québécoise	564
A. 1 ^{er} argument : Le refus de constitutionnaliser la spécificité québécoise	565
B. Deuxième argument : une minorité permanente sur des enjeux essentiels ?	570
C. Troisième argument : le Canada et la décentralisation des pouvoirs	572
1. Une centralisation politique	573
2. Une centralisation fiscale	575
3. Une centralisation économique	576
4. Une centralisation monétaire	578
5. La centralisation constitutionnelle	579
Conclusion	580

* Professeur titulaire au Département de philosophie à l'Université de Montréal et membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie.

Le droit à l'autodétermination fit son apparition dans le droit international pendant la première guerre mondiale. Il réapparut ensuite à l'article 2 de la Charte des Nations Unies où il est question de «développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes¹». Ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est défini notamment dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* à l'article 1. On peut lire : «Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel²».

Cette définition du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sera reprise dans de nombreux documents internationaux, y compris dans la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*³. Si le libellé est resté le même, la portée de ce droit a toutefois évolué avec le temps. Initialement conçu dans le contexte de la décolonisation, le droit à l'autodétermination pouvait notamment prendre la forme d'un droit de sécession. Cependant, avec le temps, l'exercice de ce droit fut contraint par la prédominance du droit au maintien de l'intégrité territoriale des États déjà existants. L'autodétermination devint alors un droit qui pouvait et devait s'exercer d'abord et avant tout à l'intérieur d'un État.

C'est la raison pour laquelle on distingue maintenant le droit à l'autodétermination interne et le droit à l'autodétermination externe. Le droit à l'autodétermination externe peut être défini très largement comme le droit qu'un peuple a de choisir son propre État. Il peut s'agir du droit de sécession, auquel cas le peuple crée son propre État, mais il peut aussi s'agir aussi du droit d'association à l'État de son choix. Dans ce dernier cas, le peuple violerait l'intégrité territoriale de l'État englobant non pas pour se doter de son propre État, comme dans le cas de la sécession, mais plutôt pour s'associer à un État limitrophe, déjà existant. Le droit à l'autodétermination externe peut enfin aussi être le droit d'avoir l'État que le peuple possède déjà. Un peuple qui possède déjà son propre État souverain

¹ *Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365 (texte original), [1945] R.T.Can. n° 7.

² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

³ *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Doc. N.U. A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

n'a pas automatiquement le droit de le posséder. Quand il possède légitimement et légalement l'État qu'il a déjà, il est en mesure d'exercer pleinement son droit à l'autodétermination externe.

On l'a déjà dit, le droit à l'autodétermination interne est le droit qu'a un peuple de se développer économiquement, socialement et culturellement au sein d'un État englobant et le droit de déterminer son statut politique au sein de cet État. Quels droits spécifiques découlent de l'acceptation de ce principe général ? Tel est l'objet du présent article. En plus de fournir des éléments permettant d'enrichir la notion d'autodétermination interne et de défendre cette version enrichie face à certaines objections, je me propose d'examiner les conséquences qui en découlent pour justifier l'autodétermination externe. Je me propose aussi enfin de m'arrêter sur le cas particulier du Québec.

I. L'autodétermination interne et le droit international

La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (pour faire court *Déclaration touchant les relations amicales*)⁴ constitue un bon point de départ pour notre analyse.

On y trouve tout d'abord la réitération du droit à l'autodétermination interne.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

Puis vient une précision importante :

Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembretrait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se condui-

⁴ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. 2625 (XXV), Doc. off. A.G. N.U., 25^e sess., p. 131 (1970).

sant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

Cette précision indique les conditions limitatives sous lesquelles le droit à l'autodétermination peut être exercé. Il doit s'agir d'une autodétermination interne. On comprend qu'un peuple n'a pas le droit de violer l'intégrité territoriale d'un État englobant qui respecterait le principe de l'égalité des peuples et le droit d'un peuple à disposer de lui-même. On comprend aussi, inversement, que le peuple en question aurait le droit de violer cette intégrité territoriale s'il s'avérait que l'État englobant ne respecte pas ces principes.

Il convient de noter cependant qu'une ambiguïté fondamentale persiste. Deux interprétations semblent possibles. Pour distinguer les deux interprétations, on interprète le propos essentiel de l'article sous la forme d'une conditionnelle. On peut tout d'abord comprendre que si un État respecte le droit des peuples de se développer économiquement, socialement et culturellement et qu'il respecte le droit qu'ont ces peuples de déterminer leur statut politique à l'intérieur de l'État englobant, alors ce dernier sera représentatif de l'ensemble du peuple appartenant au territoire, sans distinction de race, de croyance ou de couleur et, dans ces conditions, la sécession ne sera pas légale. Selon cette interprétation, le conséquent ne donne pas la définition de ce qu'est l'autodétermination interne. Le principe est affirmé dans l'antécédent et il est stipulé que lorsque le principe est respecté, une conséquence conceptuellement distincte peut être admise. Il s'agit ici de l'interprétation non restrictive du droit à l'autodétermination interne. La représentativité politique n'est qu'une conséquence qui découle du respect affiché à l'égard de l'égalité des peuples et de leur autodétermination interne, quelle que soit l'interprétation qu'on fait de celle-ci.

On peut toutefois aussi interpréter le passage en question en comprenant que le droit de s'autodéterminer à l'interne équivaut au fait qu'un État englobant soit représentatif de la population entière sur le territoire. En vertu de cette seconde interprétation la conditionnelle serait assimilable à une définition de la forme « Si X est célibataire, alors X est un homme non marié ». Selon cette façon de voir les choses, si le principe de l'autodétermination interne est respecté, alors par définition, cela veut dire que l'État est représentatif de l'ensemble des citoyens. Autrement dit, le droit à l'autodétermination interne serait cette fois-ci rien d'autre qu'un droit

à la représentation politique. Il s'agirait alors d'une interprétation restrictive.

La seconde interprétation est endossée par la Cour suprême du Canada. Au paragraphe 136 du *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵, elle écrit :

On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel à l'intérieur du Québec, dans l'ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada est un « État souverain et indépendant respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et doté ainsi d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune ».

Notre réflexion part toutefois du principe que le droit à l'autodétermination interne ne peut se réduire au seul droit de représentation politique. Pour qu'un peuple dispose de lui-même, il ne suffit pas qu'il puisse faire élire des membres de son propre peuple dans les différentes instances législatives, exécutives et judiciaires de l'État englobant. Comme cela s'est révélé dans le cas du Québec, certains membres de la nation québécoise ont été appelés à jouer un rôle important dans les institutions fédérales canadiennes, mais seulement dans le but de « remettre le Québec à sa place ». Au lieu de répondre aux aspirations des Québécois, ils ont au contraire été amenés à vouloir les anéantir ou les invalider.

II. Une interprétation non restrictive de l'autodétermination interne

On ne se surprendra pas de voir apparaître d'autres définitions plus larges et plus généreuses du droit à l'autodétermination interne. Pour James Tully⁶, par exemple, mais aussi d'une manière générale pour les « nou-

⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁶ James TULLY, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », (1999) 2 *Globe : Revue internationale d'études québécoises* 13.

veaux constitutionnalistes » tels que Simone Chambers⁷, Patti Lenard et Luc Turgeon⁸, le droit à l'autodétermination interne est d'abord et avant tout le droit qu'a un peuple sans État de participer à la conversation constitutionnelle. On peut sans doute aussi inclure dans ce groupe Charles Blattberg. Même si ce dernier a beaucoup de critiques à formuler à l'endroit de l'approche agonique de Tully fondée sur la négociation conflictuelle⁹, de même qu'à l'endroit de Chambers et de son concept de démocratie délibérative¹⁰, l'insistance sur le dialogue qui prend chez lui la forme d'une conversation patriotique participe de cette nouvelle façon de penser le constitutionnalisme¹¹. Pour l'illustrer, on peut se servir de l'exemple autochtone. Suite à l'échec de l'Accord du Lac Meech, il est apparu aux yeux de tout le monde que toute réforme de la constitution canadienne devrait inclure à l'avenir la participation des peuples autochtones. Ceux-ci ont désormais le droit de participer à la conversation constitutionnelle. Pour exercer pleinement son autodétermination interne, il ne suffit donc pas de pouvoir élire des représentants dans les principales instances politiques. Il faut aussi pouvoir avoir son mot à dire concernant tout amendement important à la constitution.

Une autre dimension à l'autodétermination interne pourrait aux yeux de certains apparaître tout aussi essentielle. Au sens le plus standard, le peuple sans État ne pourra exercer pleinement son autodétermination interne que s'il a le droit de réclamer un gouvernement autonome, ayant une certaine autonomie politique et fiscale. C'est d'ailleurs le sens le plus usuel que l'on retrouve aussi dans la *Déclaration sur les droits des peuples*

⁷ Simone CHAMBERS, « New Constitutionalism : Democracy, Habermas, and Canadian Exceptionalism », dans Ronald BEINER et Wayne NORMAN (dir.), *Canadian Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 63.

⁸ Patti LEONARD et Luc TURGEON, « Contract or Conversation? Conceptualizing Constitution-Making and Constitutional Identity at the Transnational Level », dans Bruce MORRISON (dir.), *Transnational democracy in critical and comparative perspective democracy's range reconsidered*, Farnham, Ashgate, 2004, p. 157.

⁹ Charles BLATTBERG, *Shall We Dance? A Patriotic Politics for Canada*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2003, p. 32 et 160 [Traduction : Charles BLATTBERG, *Et si nous dansions? Pour une politique du bien commun au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2004].

¹⁰ Charles BLATTBERG, « Patriotic, not Deliberative, Democracy », (2003) *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 155.

¹¹ C. BLATTBERG, préc., note 9.

autochtones. Le lecteur trouvera en effet dans ce document de 2007 plusieurs clauses qui vont dans le sens du gouvernement autonome.

Toujours en vertu de leur droit à l'autodétermination interne, les peuples devraient aussi avoir le droit de se doter de la constitution de leur choix. Ici, on ferait référence explicitement à des solutions inspirées directement du « droit de déterminer son statut politique » qui est inclus dans la notion d'autodétermination, une fois que celle-ci est interprétée dans un sens non restrictif. L'idée serait d'empêcher que l'État central reconnaisse le peuple minoritaire en l'incorporant dans un cadre juridique qui brime son autonomie. En ce sens, les peuples n'ont peut-être pas seulement le droit à une égale représentation politique, ainsi qu'un droit égal de participer de façon continue à une négociation constitutionnelle, voire un droit égal au gouvernement autonome. Ils ont aussi le droit de se donner l'ordre constitutionnel de leur choix. Certes, la constitution interne doit être compatible avec la constitution de l'État central, mais cela peut être fait de diverses façons. La constitution interne peut se conformer à celle de l'État central, mais cette dernière peut également être réformée pour que la constitution interne devienne conforme. Pour éviter des dérives qui conduisent à un État centralisateur, il convient de traduire les mesures de décentralisation dans un texte constitutionnel. C'est, par exemple, ce que les Catalans ont tenté de faire en faisant adopter à leur assemblée nationale et par référendum le nouveau statut d'autonomie de 2006.

C'est ici que nous parvenons à un cinquième et dernier degré dans l'application du principe d'autodétermination interne. Il s'agirait d'exiger de l'État qu'il mette en place une véritable politique de la différence en commençant par adapter son propre texte constitutionnel de manière à tenir compte des règles constitutionnelles que le peuple minoritaire s'est données. Il s'agirait de constitutionnaliser un ensemble de principes interprétatifs du texte constitutionnel pour s'assurer que les principes qui sont faits sur mesure pour le peuple soient respectés. On ne peut en fait se contenter d'établir un partage des pouvoirs entre un État central et des États fédérés, régionaux (quasi fédérés) ou issus d'une dévolution de pouvoirs lorsque ces États représentent des peuples. Le peuple minoritaire ne veut pas seulement être reconnu comme égal aux autres. Il veut être reconnu dans sa différence. Il faut aussi empêcher que le partage sur lequel on s'entend fasse l'objet de violations systématiques, d'empiètements des compétences et de contournements des règles constitutionnelles.

À quoi cela pourrait-il ressembler concrètement ? À la lumière de cette cinquième dimension du droit à l'autodétermination interne, on peut mieux comprendre et apprécier les revendications historiques du Québec. Au lieu de lutter contre les forces centralisatrices canadiennes et d'empêcher le Canada de se construire comme entité politique à part entière, le Québec a demandé d'être reconnu comme peuple, a demandé un statut particulier pour la province de Québec, a demandé un arrangement prenant la forme du fédéralisme asymétrique et a aussi réclamé un droit de retrait avec pleine compensation financière. De cette manière, la décentralisation serait maintenue pour le Québec quelle que soit l'orientation prise par le reste du Canada. Les neuf autres provinces et le Gouvernement fédéral pourraient ainsi accepter une plus grande centralisation sans que cela ne change quoi que ce soit en ce qui a trait à la situation du Québec. Ces principes devraient être incorporés à la constitution canadienne pour protéger la constitution interne que le Québec voudrait se donner. Une fois constitutionnalisés, ces principes permettraient donc au Québec de réaliser d'une autre façon son autodétermination interne. En plus de la représentation politique, de la participation à la conversation constitutionnelle, du gouvernement autonome et du droit de se donner l'ordre constitutionnel de son choix, il pourrait ainsi bénéficier d'un ordre constitutionnel et institutionnel qui consacre la reconnaissance de la différence du Québec dans l'ensemble canadien, à l'abri de tout contournement, grâce à des principes interprétatifs qui viendraient verrouiller la possibilité d'empiéter sur les compétences des peuples minoritaires.

III. Réponses aux objections

Jusqu'à présent, j'ai tenté d'articuler un concept d'autodétermination interne qui va bien plus loin que l'interprétation restrictive que certains juristes voudraient bien lui donner. J'ai ainsi été amené à examiner à tour de rôle les différents usages du concept d'autodétermination interne. Au lieu de les opposer les uns aux autres, on peut les considérer comme différentes modalités d'institutionnalisation de l'autodétermination auxquelles les peuples ont droit, et donc comme différentes formes d'« habilitation » ou d'*empowerment*. Je voudrais à présent examiner quatre objections qui sont susceptibles d'être formulées en réaction à ma proposition d'enrichir le concept d'autodétermination interne.

A. La communauté internationale et les droits fondamentaux

Une première objection est que le droit à l'autodétermination que j'ai introduit ne pourrait trouver application à l'échelle internationale, parce que les droits individuels fondamentaux constituent ce sur quoi la communauté internationale est susceptible de tomber d'accord. Cette objection ne m'apparaît pas décisive parce que les réticences de plusieurs membres de la communauté internationale s'expliquent par la trop grande importance qu'ils accordent à la dimension collective de la vie en société. La Chine est bien entendu l'exemple qui nous vient immédiatement à l'esprit, mais plusieurs autres communautés nationales accordent une importance démesurée aux intérêts collectifs qu'ils jugent supérieurs et plus importants que les intérêts individuels. Bien entendu, nous avons raison de mettre de l'avant les droits de la personne qui sont trop souvent bafoués dans de tels pays, mais il faut peut-être rechercher un meilleur équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs et non verser dans l'autre extrême. Ce serait tomber dans un autre travers que d'imposer la suprématie des droits individuels et de nier les droits collectifs des peuples. Ainsi, selon le grand philosophe libéral John Rawls, le libéralisme, dans sa version individualiste héritée des Lumières, ne pourrait s'imposer à travers le monde que sous la forme d'un pouvoir tyrannique :

une interprétation durable et commune d'une seule doctrine compréhensive, religieuse, philosophique ou morale, ne peut être maintenue que grâce à l'usage tyrannique du pouvoir de l'État. Si nous nous représentons la société politique comme une communauté unie dans l'adhésion à une seule et même doctrine, alors l'utilisation tyrannique du pouvoir de l'État y est nécessaire. Dans la société médiévale, plus ou moins unifiée dans l'adhésion à la religion catholique, l'Inquisition n'était pas un accident ; sa lutte contre l'hérésie était nécessaire pour protéger cette croyance religieuse commune. La même chose vaut, je crois, pour toute doctrine compréhensive raisonnable, religieuse ou non. Une société unifiée autour d'une forme raisonnable d'utilitarisme ou de libéralisme, celui de Kant ou de Mill, exigerait de la même manière la sanction du pouvoir étatique pour se maintenir en place. Appelons cela « le fait de l'oppression¹² ».

¹² John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 63-64.

J'estime donc qu'il est extrêmement hasardeux de faire campagne en faveur de droits fondamentaux individuels sans tenir compte des droits collectifs des peuples. Les droits collectifs ne doivent pas non plus être restreints dans leur application à des droits minoritaires, que des individus possèderaient en vertu de leur appartenance à des groupes. Une certaine tradition occidentale ethnocentrique cherche à imposer partout sur la planète un seul et unique mode de vie axé sur la liberté individuelle et, plus spécifiquement, sur les libertés négatives et la Liberté des Modernes. Il existe aussi cependant une tradition républicaine influencée par la cité athénienne, qui admet les libertés positives et insiste plutôt sur la Liberté des Anciens. Au lieu de ne renvoyer qu'aux obligations de l'État et du peuple envers les citoyens, la Liberté des Anciens fait intervenir les obligations que les citoyens ont à l'égard de leur État et de leur peuple. Une approche respectueuse des différences et du pluralisme raisonnable, insistera sur la nécessité de mettre en équilibre la Liberté des Modernes et la Liberté des Anciens. C'est à cet équilibre que Rawls parvient dans sa réponse à Habermas en 1995, après avoir tergiversé sur cet enjeu dans ses travaux précédents¹³. Pour s'ouvrir véritablement à la diversité des théories compréhensives raisonnables, il faut sans doute plus qu'un équilibre entre un régime de droits individuels induisant des obligations de la part du peuple et un régime de droits des peuples induisant un ensemble d'obligations individuelles, mais cet équilibre n'est pas moins essentiel.

B. La communauté internationale et le droit à l'autodétermination

Notre contradicteur peut cependant revenir à la charge avec une deuxième objection. Le problème ne viendrait pas des droits collectifs en tant que tels, mais bien de ce droit collectif particulier qu'est le droit à l'autodétermination interne. Ce serait ce droit collectif spécifique qui poserait problème et qui ne pourrait pas être admis par la communauté internationale, même sous la forme de l'autodétermination interne. Que dire de cette deuxième objection ? Il faut répondre que l'autodétermination interne est apparue dans plusieurs documents internationaux issus de l'Organisation des Nations Unies que la communauté internationale a ratifiés. On songe à l'article 1.2 de la *Charte des Nations Unies*, à l'article 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et à l'article 3

¹³ John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Éditions du Cerf, 1997, p. 108-110.

de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*. Il serait donc faux de prétendre que le droit à l'autodétermination interne ne fait pas l'objet d'un accord international¹⁴.

C. *Le droit à l'autodétermination : un droit fondamental ?*

L'objecteur peut néanmoins rétorquer que c'est le statut du droit à l'autodétermination interne comme droit fondamental qui pose un problème à l'échelle internationale. Mais est-ce bien le cas ? Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a statué que le droit à l'autodétermination était si omniprésent dans les documents internationaux que la recension de toutes ses occurrences serait fastidieuse et pour ainsi dire impossible. À l'article 117, les juges citent K. Doehring qui affirme que «le nombre même de résolutions concernant le droit à l'autodétermination rend leur énumération impossible¹⁵». Les juges écrivent ainsi à l'article 114 que «l'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d'une "convention" et est considéré comme un principe général du droit international». Il est difficile de voir comment on pourrait en exiger

¹⁴ Contrairement à l'opinion exprimée par Will Kymlicka dans Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys*, Oxford, Oxford University Press, 2007, et dans Will KYMLICKA, «Minority Rights and the New International Politics of Diversity», (2007) 23 *Social Philosophy Today* 13, il existe un droit générique de tous les peuples à l'autodétermination interne. Il est donc faux de prétendre comme le fait Kymlicka que le seul droit générique à la disposition des «minorités nationales» (expression qui, dans la terminologie de Kymlicka, équivaut aux peuples minoritaires non autochtones sans État) est l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. En vertu de ce dernier article, il est stipulé que «Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue». L'article 1, cité plus haut, est pourtant manifestement beaucoup plus lourd de conséquences et beaucoup plus important dans sa portée que l'article 27. Il se peut bien qu'en Europe on veuille se servir seulement de l'article 27, mais tel n'est pas le cas du droit onusien. Les peuples autochtones se sont servis de l'article 1 du *Pacte* comme droit générique et il n'y a pas de raison de penser qu'il devrait en être autrement pour les peuples non autochtones.

¹⁵ Karl DOEHRING, «Self-Determination», dans Bruno SIMMA (dir.), *The Charter of the United Nations : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 60.

plus. Pour aller dans le même sens, John Rawls, lui-même, considère les peuples comme des agents moraux au même titre que les individus, car ils sont eux aussi des sources de réclamations morales valides. C'est la raison pour laquelle il a conçu une deuxième position originelle dans laquelle, sous le voile d'ignorance, les négociateurs sont des représentants de peuples et non d'individus¹⁶. Or, parmi les principes du droit des peuples, on a que les peuples ont des droits à l'indépendance, à l'autodétermination et parfois même à la sécession.

D. La violation de l'autodétermination : une justification pour la sécession ?

Le critique peut cependant encore une fois revenir à la charge et prétendre que ce qui pose problème dans le concept d'autodétermination interne, c'est la reconnaissance par la communauté internationale du fait que la violation de l'autodétermination interne constitue un motif justifiant la sécession. C'est à ce stade-ci que je considère la contribution de José Woehrling comme étant particulièrement importante et éclairante¹⁷. Il fait tout d'abord remarquer avec raison qu'«il n'est pas possible de faire découler le droit de sécession (ou de séparation) en contexte non colonial du droit des peuples à l'autodétermination¹⁸». Il note toutefois qu'un lien existe dans le droit international entre la violation de l'autodétermination interne et la sécession. Ainsi qu'on l'a fait remarquer plus haut, la *Déclaration sur les relations amicales* stipule que la violation du droit à l'autodétermination interne semble être une condition suffisante pour justifier la sécession. En plus de constituer un peuple, une population ne peut faire sécession que si l'une des trois conditions suivantes est remplie : «le refus de l'autodétermination *sur le plan interne* ; d'autre part, le traitement inégalitaire et discriminatoire et l'atteinte aux droits de l'homme ; enfin, l'absence de gouvernement représentatif¹⁹». Par cette

¹⁶ John RAWLS, *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique*, Montréal, Boréal, 2006.

¹⁷ José WOEHLING, «L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais», dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Demain, le Québec... Choix politique et constitutionnel d'un pays en devenir*, Sillery, Septentrion, 1994, p. 15.

¹⁸ *Id.*, à la page 124.

¹⁹ *Id.*, aux pages 127-128.

seule réponse, on voit que Woehrling se range du côté de ceux qui soutiennent que la violation de l'autodétermination interne est injuste et fournit des munitions juridiques aux souverainistes. Dans son Renvoi, la Cour suprême manifeste aussi une certaine ouverture à l'idée de considérer la violation de l'autodétermination interne comme une troisième raison (en plus de la colonisation et de l'oppression politique) justifiant la sécession (par. 134). On peut donc réfuter l'objection selon laquelle la communauté internationale n'admet pas que la violation de l'autodétermination interne constitue un motif valable pour justifier une démarche sécessionniste.

En cours d'argumentation, Woehrling montre aussi qu'il ne réduit pas l'autodétermination interne à la représentativité politique. Il fait un usage non restrictif de la notion d'autodétermination interne. Il signale certes que le Québec peut jusqu'à un certain point s'autodéterminer à l'interne dans la mesure où « le peuple québécois a le contrôle d'un État fédéré et de son appareil politique et jouit par conséquent d'une autonomie interne importante », mais l'important pour mon propos est qu'ici, aux yeux de Woehrling, l'autonomie gouvernementale semble être un autre trait constitutif de l'autodétermination interne. Ensuite, pour établir si oui ou non un peuple dispose de l'autodétermination interne, il estime aussi important de savoir si le principe a été préservé lorsque le Canada adopta de la loi constitutionnelle de 1982²⁰ et rejeta, comme ce fut le cas en 1990, l'Accord du Lac Meech. Ici, on a l'impression de devoir simultanément tenir compte de deux facteurs distincts, à savoir le droit qu'a un peuple de se doter de la constitution de son choix et le droit de bénéficier d'un arrangement fait sur mesure pour lui. Woehrling répond de manière nuancée à cette question en invoquant une autre dimension de l'autodétermination interne, à savoir la participation à la conversation constitutionnelle. Si l'imposition d'un ordre constitutionnel et le rejet de l'Accord du Lac Meech peuvent à ses yeux compter comme une violation de l'autodétermination interne, une réponse nuancée est requise parce que, dit-il, « le Québec n'a pas mis fin aux négociations constitutionnelles avec le Canada²¹ ». On a donc affaire à l'ensemble des traits caractéristiques de l'autodétermination interne mentionnés plus haut : la représentativité politique (que Woehrling estime pour sa part, importante, mais conceptuelle-

²⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

²¹ J. WOEHLING, préc., note 17, p. 129.

ment distincte de la notion d'autodétermination interne), le gouvernement autonome, le droit de se donner la constitution de son choix, le droit de disposer d'un arrangement fait sur mesure et le droit de participer à la conversation constitutionnelle. Rawls, pour sa part, est demeuré relativement vague. Il reconnaît néanmoins que les peuples ont le droit à l'autodétermination et parfois même à la sécession en conformité avec des principes qui ont été spécifiés dans un éventuel Droit des peuples²².

La réponse que nous venons de fournir, selon laquelle la violation de l'autodétermination interne offre une troisième justification à la sécession (en plus de la colonisation et de l'oppression), ouvre cependant une nouvelle boîte de Pandore. Pour démontrer de différentes façons comment l'autodétermination interne est affectée, nous avons dû enrichir le concept conformément aux prescriptions contenues dans la première partie de ce texte. Mais cela redonne un certain vent en poupe en faveur de ceux qui estiment que la communauté internationale ne souscrira jamais à l'idée que la violation d'un principe d'autodétermination interne justifie la sécession. L'idée plus précisément formulée est qu'il est impossible de justifier la sécession en se fondant sur la violation d'un principe non restrictif d'autodétermination interne, car c'est là une posture beaucoup trop libérale à l'égard de la sécession. Que répondre à cet argument ?

Il faut à mon sens tenir compte de la nouvelle conjoncture internationale. La démocratie s'étend de plus en plus à l'échelle de la planète entière et l'économie mondialisée poursuit sa lancée irrépressible. Dans un tel contexte, un petit pays appuyé démocratiquement par sa population via un référendum peut s'engager dans un processus d'accession à la souveraineté tout en ayant en principe un accès à tous les marchés économiques. Ces facteurs militent en faveur d'une multiplication des mouvements sécessionnistes. On songe à l'Écosse, à la Catalogne et au Québec bien sûr, mais aussi au Tyrol du Sud, à la Corse, au Pays Basque et à la Flandres²³, ainsi qu'à plein d'autres peuples dans des régions en voie de démocratisation à travers le monde (Kabylie, Kurdistan, Sahara occidental, Érythrée, Crimée, Cachemire, Ossétie du Sud, etc.) Si une telle situation venait à se

²² J. RAWLS, préc., note 16, p. 53.

²³ Le cas flamand présente toutefois la particularité d'illustrer la situation d'une population majoritaire. Les Flamands représentent en effet 60 % de la population en Belgique. L'option sécessionniste est pour ainsi dire écartée. Les Flamands semblent pour le moment opter plutôt pour le contrôle de l'État belge afin d'assurer une autonomie toujours de plus en plus grande à la Communauté-Région flamande.

réaliser et que les sécessions venaient à se multiplier, les États souverains seraient les premiers à exiger qu'un code plus complet établi à partir d'un document onusien vienne régler toute tentative de faire sécession unilatéralement. Dans le contexte actuel, les seules justifications possibles renvoient à la colonisation, l'oppression et la violation de l'autodétermination interne, cette dernière notion étant souvent définie de façon restrictive. Le fameux article de la *Déclaration sur les relations amicales*, comme on l'a vu, mentionne en plus la violation des droits de la personne et la non représentativité politique, mais dans l'ensemble le code de conduite gouvernant la sécession unilatérale demeure largement incomplet.

Aux règles incomplètes de sécession unilatérale s'ajoutent certes des règles gouvernant une sécession négociée que la Cour suprême du Canada, dans son Renvoi, a permis de clarifier, mais il y a surtout des règles gouvernant les sécessions de facto, se produisant à l'extérieur du périmètre des règles déjà prescrites par le droit international. Il s'agit de la sécession unilatérale gouvernée par le principe d'effectivité. Puisque dans l'état actuel, le droit international ne dispose pas d'un ensemble complet de règles gouvernant la sécession unilatérale, on admet que des sécessions puissent être ni légales ni illégales. Elles se situent en quelque sorte dans une zone grise. Ainsi, on admet à l'intérieur du droit international qu'un peuple pourrait parvenir, suite à un vote démocratique, à déclarer sa souveraineté et à contrôler effectivement son territoire. Ce peuple pourrait accéder ainsi à la souveraineté sans que cela ait été prescrit ni interdit par les règles existantes. Si en plus, la communauté internationale reconnaissait le nouvel État, le droit international constaterait alors l'existence d'un nouvel État ayant tous les pouvoirs associés à la souveraineté.

À mon sens, le principe de l'effectivité est admis essentiellement parce que le droit international dispose d'un code incomplet gouvernant la sécession unilatérale. Il ne faut pas y voir l'indice que le droit international tend à valider le principe du droit primaire de sécession. Au contraire, le droit international tend à valider plutôt la théorie de la sécession-remède. Les règles actuellement admises renvoient toutes à des torts subis par le peuple sécessionniste : colonisation, oppression, violation de l'autodétermination interne, violation des droits de la personne, non représentativité politique ; ce sont là des injustices commises à l'endroit des peuples. C'est la raison pour laquelle le philosophe Allen Buchanan, principal défenseur de la théorie de la sécession remède, a proposé un ensemble de règles qui pourraient offrir un éventail plus complet de justifications. À la violation des droits de la personne, illustrée par la situa-

tion des Kurdes dans le nord de l'Irak, s'ajouteraient l'annexion du territoire, illustrée par la situation des pays baltes pendant la majeure partie du XX^e siècle (sans doute un cas d'oppression), et surtout, la violation systématique d'ententes déjà existantes d'autonomie intra-étatique, illustrée par la situation du Kosovo en Serbie, lorsque l'État serbe a choisi de retrancher le statut autonome de la région²⁴. M'étant inspiré des arguments développés par José Woehrling, je viens pour ma part de contribuer à compléter aussi l'ensemble des règles déjà existantes en enrichissant et en précisant le concept d'autodétermination interne. Ainsi, l'absence de représentation politique, la non participation à la conversation constitutionnelle, l'absence de gouvernement autonome, l'impossibilité de déterminer la constitution de son choix et le refus de constitutionnaliser une politique de la différence représentent différentes modalités de violation de l'autodétermination interne. Le point le plus important est qu'un ensemble de règles contraignantes de ce genre pourraient très bien voir le jour et être acceptées par les États dans le contexte d'une démocratisation accrue et d'une mondialisation économique grandissante.

Il faut avant d'aller plus loin s'interroger davantage sur les cinq modalités d'application du droit à l'autodétermination interne. Même si on adopte une définition large, c'est-à-dire non restrictive de ce droit et que, conséquemment, l'on en admet plusieurs modalités d'application, la question se pose de savoir comment s'applique le critère lié au respect de ce droit pour justifier une sécession unilatérale. Pour justifier la sécession, faut-il par exemple que l'État rejette toutes les modalités d'application de ce droit ? Le respect du droit à l'autodétermination serait alors soumis à une règle minimaliste. Il suffirait de respecter une modalité d'application pour respecter le principe. Faut-il plutôt qu'une seule modalité fasse défaut pour justifier la sécession ? Ce serait imposer une exigence maximaliste au respect de l'autodétermination interne. L'exigence maximaliste doit sans doute davantage être retenue, mais seulement au sens suivant. En tant que détenteurs du droit à l'autodétermination interne, les peuples ont au moins cinq droits spécifiques : le droit à la représentation politique, le droit de participer à la conversation constitutionnelle, le droit au gouvernement autonome, le droit de se doter d'une constitution interne et le droit d'être reconnu constitutionnellement dans sa différence. Or, il n'est pas nécessaire d'exercer ces droits. Par exemple, le peuple acadien

²⁴ Allen BUCHANAN, *Justice, Legitimacy and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 353-359.

ne réclame aucun de ces cinq droits. Mais à l'inverse, un peuple peut réclamer les cinq droits. En ce sens, un manquement à l'égard de l'un ou l'autre de ces droits constitue, lorsqu'ils sont réclamés, une entrave importante à l'exercice du droit à l'autodétermination. Un peuple qui jouirait déjà de plusieurs modalités d'application du droit à l'autodétermination serait justifié de s'engager dans une démarche sécessionniste si un seul de ces droits lui était refusé.

On a vu que, selon José Woehrling, l'imposition de l'ordre constitutionnel de 1982 et le rejet de l'Accord du Lac Meech ne pouvaient servir de justification, parce que la négociation constitutionnelle s'est poursuivie par la suite. On pourrait alors croire que Woehrling soutient une interprétation minimaliste, mais il n'en est rien. Le Québec répond déjà à la plupart des critères d'autodétermination interne. Il dispose d'une représentation politique à la chambre des communes, au Sénat et à la Cour suprême. Il dispose d'un gouvernement autonome et jouit en ce sens d'une autonomie fiscale et politique supérieure à l'Écosse et à la Catalogne. Il participe en tant que membre de la fédération à toute conversation constitutionnelle et rien ne l'empêche de se doter d'une constitution interne. Il ne reste plus que la dernière modalité qui concerne la capacité pour l'État canadien de mettre en place des principes constitutionnels et institutionnels faits sur mesure pour reconnaître le Québec dans sa différence (ou spécificité). Or, c'est sur ce dernier point que le débat portait dans le texte de Woehrling. Puisque la discussion s'est poursuivie après l'échec de l'Accord du Lac Meech, on ne peut pas dire à première vue que le Québec soit dans l'impossibilité d'obtenir au sein de la fédération une reconnaissance de sa différence.

IV. La situation québécoise

J'en viens à un ensemble d'enjeux qu'il nous faut considérer et qui s'appliquent tout particulièrement au cas du Québec. Je vais considérer trois arguments en faveur de la sécession qui trouvent inspiration dans la théorie d'Allen Buchanan. Ce dernier est souvent considéré comme un penseur conservateur qui penche en faveur de la stabilité et du maintien des États souverains actuels. Néanmoins, nous pouvons nous en inspirer pour réfléchir au cas québécois. Les trois arguments exploiteront de différentes façons la cinquième modalité d'application du droit à l'autodétermination interne. Nous avons vu que le droit à l'autodétermination interne se ramifie en cinq droits spécifiques. Or, le Québec jouit jusqu'à

un certain point des quatre premiers types de droit. C'est donc sur le cinquième que doit s'appuyer la démonstration.

A. 1^{er} argument : Le refus de constitutionnaliser la spécificité québécoise

On peut choisir de lire dans les propositions qui sont les miennes concernant l'autodétermination interne un astucieux stratagème théorique pour justifier la sécession du Québec. Si le refus de constitutionnaliser une politique de la différence était une justification pour s'engager dans le processus d'une sécession unilatérale, il semblerait, en effet, que le Québec aurait alors toutes les raisons de faire sécession. L'État canadien a toujours fait la sourde oreille aux demandes constitutionnelles du Québec, qu'il s'agisse de la reconnaissance formelle du peuple québécois (ou de la société distincte), du statut particulier, du fédéralisme asymétrique, de la souveraineté culturelle ou du droit de retrait avec pleine compensation financière sans condition. On a ainsi tout lieu de croire que le Canada refuserait de constitutionnaliser un ensemble de règles faites sur mesure qui reconnaîtraient le Québec dans sa différence. L'argument selon lequel de telles fins de non recevoir manifestent la volonté par l'État fédéral de ne pas permettre l'exercice du droit à l'autodétermination constituerait à n'en pas douter un atout important dans l'arsenal argumentatif de ceux qui sont favorables à la sécession de la province de Québec.

Toutefois, même en imposant une condition maximaliste au respect de l'autodétermination, il y a un caractère controversé à l'affirmation selon laquelle le Québec est incapable de s'autodéterminer au sein de la fédération canadienne. Pour tirer une telle conclusion, il faudrait que d'autres arguments viennent à la rescousse des sécessionnistes.

Pour parvenir à faire cette démonstration, il faut en effet faire intervenir des faits nouveaux que nous n'avons pas encore explicités ou considérés. Il y a tout d'abord le statut de minorité de l'État québécois au sein de la fédération. Alors qu'en 1867, le Québec était l'une des quatre provinces fondatrices, depuis 1949 il ne représente plus qu'une province sur dix.

Un deuxième fait important doit également être rappelé. N'oublions pas que dans ce nouvel ordre constitutionnel, les peuples autochtones sont reconnus aux articles 25 et 35, alors que les minorités francophones hors Québec et anglophone du Québec voient leur droits protégés par les articles 16 à 23 et que les citoyens issus de l'immigration sont reconnus

en vertu de l'article 27 sur le multiculturalisme. Nulle part trouve-t-on cependant une reconnaissance du peuple québécois et de ses droits collectifs. Ne serait-ce que pour parvenir à justifier la charte de la langue française, il faut se livrer à des contorsions juridiques en se servant de l'article 1 ou d'une interprétation contextualisée de l'article 23. Pourquoi la constitution canadienne ne peut-elle pas plus simplement être amendée pour que le peuple québécois soit reconnu ainsi que, par exemple, son droit collectif à se doter de la charte de la langue française ?

Le caractère de carcan de l'ordre constitutionnel de 1982 constitue un troisième fait majeur à ne pas omettre de considérer. Il s'agit en l'occurrence essentiellement de la formule d'amendement contenue dans l'ordre constitutionnel de 1982 qui, comme on vient de le voir, s'avère en fait inapplicable²⁵. Autrement dit, à des facteurs d'isolement politique et de non reconnaissance constitutionnelle risquent de s'ajouter des facteurs d'incapacité juridique. Bien entendu, la Cour suprême a tenté de montrer que l'ordre constitutionnel de 1982 n'était pas un carcan juridique. Selon les juges, la preuve en est qu'il est possible de dériver à partir de quatre principes sous-jacents à l'ordre constitutionnel une procédure qui légaliserait la sécession d'une province. Le principe du fédéralisme et le principe démocratique pourraient permettre à une province ayant fait approuver, avec une question claire et une majorité claire, un référendum portant sur la souveraineté, d'enclencher un processus de négociation constitutionnelle avec le reste du Canada (par. 88). Les autres provinces et le gouvernement fédéral seraient tenus de négocier les termes de la sécession. En ce sens, il peut sembler en effet que la constitution canadienne n'est pas un carcan. Toutefois, la Cour précise que le respect du principe démocratique est contraignant dans la mesure où, pour que le processus de sécession soit légal, il faut obtenir l'accord d'une double majorité, en l'occurrence, au Québec, mais aussi dans le reste du Canada²⁶. Si pour faire entrer le Québec dans l'ordre constitutionnel de 1982, la double majorité n'était pas nécessaire (le Québec n'ayant apparemment plus de droit de veto), il semble

²⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 20, art. 38-49.

²⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 5, par. 93 :

Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre.

qu'elle soit nécessaire à toute tentative d'en sortir. Il semble en effet que le Canada hors Québec, lui, dispose d'un droit de veto. Ensuite, le respect du principe démocratique doit tenir compte « du fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada » (par. 151). Cela peut notamment sous-entendre qu'il faudrait respecter le droit qu'auraient certaines provinces de proposer à leur population respective dans le cadre d'un référendum les amendements constitutionnels faisant l'objet d'une négociation. Au moins deux provinces canadiennes se sont déjà engagées en ce sens (la Colombie-Britannique et l'Alberta). Il faut aussi compter sur le fait que certains exigeront associer les trois territoires à la négociation. D'autres exigeront un référendum pancanadien, comme pour l'Accord de Charlottetown. Enfin, le gouvernement canadien a aussi adopté la formule des « vetos régionaux » qui pourrait compliquer encore plus l'adoption d'une réforme impliquant l'accord de sept provinces représentant plus de 50 % de la population. On peut difficilement imaginer un carcan plus rigide²⁷.

Quant à la formule d'amendement particulière, la Cour ne se prononce pas. Elle estime que la question est pour le moment non justiciable (par. 105). C'est ici que le propos de la Cour est quelque peu déconcertant. Les juges cherchent à démontrer que l'ordre constitutionnel de 1982 n'est pas un carcan. Toutefois, si la constitution a été perçue comme un carcan, c'est précisément d'abord et avant tout à cause de la formule d'amendement. Or, la Cour évacue la question en prétextant « la prudence requise en matière constitutionnelle ». Bref, on pousse la poussière sous le tapis tout en prétendant qu'il n'y a pas de poussière. Certes, la Cour pourrait exceptionnellement contourner la difficulté imposée par une formule d'amendement trop rigide en proposant que la sécession soit négociée entre l'État fédéral et l'État sécessionniste, en l'occurrence ici le Québec, et non en utilisant l'une ou l'autre procédure d'amendement, mais ce serait admettre que l'ordre constitutionnel de 1982, avec sa formule d'amendement, constitue bel et bien un carcan²⁸. Selon Woehrling, « si le Québec

²⁷ José WOEHLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, vol. 2, Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Bélanger-Campeau), 2002, p. 20-25.

²⁸ James Tully prétend que le recours aux quatre principes sous-jacents constitue pour la Cour suprême un moyen de contourner la procédure d'amendement labyrinthique de 1982. Voir James TULLY, « Introduction », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, aux pages 30-31. Voir aussi James TULLY, *The Unattained yet Attainable Democracy*,

décidait de se séparer du Canada pour devenir souverain, il pourrait en théorie y parvenir en respectant la Constitution canadienne, à condition d'utiliser la procédure de modification contenue dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹. En outre, toujours selon Woehrling, une majorité de constitutionnalistes est d'avis que c'est la procédure de l'unanimité qui serait nécessaire.

J'en conclus que ce premier argument s'appuyant sur la violation de l'autodétermination interne du peuple québécois est relativement solide. Non seulement le Québec s'est-il fait imposer un ordre constitutionnel qui faisait la sourde oreille à ses demandes traditionnelles et a dû ensuite faire face au rejet d'un accord visant à réparer les pots cassés, mais il se retrouve en situation de minorité au sein d'une fédération gouvernée par une formule d'amendement rigide qui transforme l'ordre constitutionnel en un carcan.

La situation du Québec dans le contexte des péripéties survenues entre 1982 et 1990 ressemble à la situation de la Catalogne entre 2006, au moment où fut adopté le nouveau statut d'autonomie de la Catalogne, et 2010, au moment où le Tribunal constitutionnel décida que certains aspects du nouveau statut étaient anti-constitutionnels. Dans la préface à l'édition espagnole de son premier livre sur la sécession, Allen Buchanan estime que le peuple catalan a dans le contexte présent des justifications pour procéder à une sécession unilatérale³⁰. Le refus répété de consentir

Montréal, Université McGill, 2000, p. 28, où l'auteur se permet de voir dans les articles 84 et 93 des références à la « négociation » qui impliqueraient, selon lui, la possibilité de ne pas recourir à la formule d'amendement. Son ultime argument est que lorsqu'on saisit le caractère dynamique de l'ordre constitutionnel, il ne faut pas se rapporter à la lettre même du texte, car les clauses formelles explicites relèvent du constitutionnalisme moderne alors que le nouveau constitutionnalisme nous permet de voir au-delà. Le problème auquel cet argument est confronté, dans le contexte d'une démarche devant conduire à un amendement constitutionnel, est qu'il nous faudrait saisir, au travers du texte de la loi, des clauses implicites qui non seulement donnent sens à la lettre, mais qui peuvent aussi aller complètement à l'encontre de la lettre. C'est à cette conséquence absurde que l'on aboutit quand la négociation d'un amendement dans l'esprit du nouveau constitutionnalisme peut négliger la formule explicite d'amendement. Quoi qu'il en soit, cela démontre que la constitution de 1982, par sa formule d'amendement, est bel et bien un carcan.

²⁹ J. WOEHRLING, préc., note 27, p. 9.

³⁰ Allen BUCHANAN, *Secesión: Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelone, Ariel, 2013. Le même point de vue a été exprimé dans une entrevue que Buchanan

une autonomie adéquate apparaît désormais à Buchanan comme une raison justifiant la sécession. C'est un progrès immense si l'on compare cette position avec celle qu'il défendit dans son ouvrage de 2004. Les seuls arguments acceptables étaient alors à ses yeux la violation des droits de la personne, l'annexion du territoire et la violation d'ententes déjà existantes d'autonomie intra-étatique. Buchanan n'a jamais accepté l'idée que les peuples étaient les détenteurs uniques de certains droits collectifs et que, parmi ceux-ci, le droit à l'autodétermination interne pouvait compter comme un droit primaire. Il n'a donc jamais accepté l'idée que la violation du droit primaire à l'autodétermination interne constituait une justification pour la sécession³¹. C'est la raison pour laquelle il est plutôt étonnant de le voir maintenant défendre cette position.

Pourquoi devrions-nous tirer une conclusion différente dans le cas du Québec ? La première raison est que le Québec jouit déjà d'une plus grande autonomie. Il est alors difficile de voir en quoi l'autonomie politique et fiscale qui est la sienne pourrait être « inadéquate ». Je reviendrai sur ce point lorsqu'il sera question d'examiner le troisième argument. Si l'on met de côté pour le moment la question de l'inadéquation, la situation québécoise est, en effet, semblable à la situation catalane sauf que, suite aux échecs répétés de réformer la constitution canadienne, le peuple québécois a répondu pour une deuxième fois par la négative en 1995 à une question référendaire portant sur la sécession du Québec. On pourrait alors soutenir que cela complète un autre cycle et que, pour en amorcer un de plus, le Québec doit revenir à la charge avec un amendement constitutionnel en proposant une réforme qui tient compte de ses demandes traditionnelles. Il peut d'autant plus le faire que la Cour suprême lui a à cet égard servi de guide. Nous savons maintenant que si le peuple québécois appuyait lors d'un référendum un projet de réforme, le gouvernement du Québec aurait le droit, en vertu des principes de la démocratie et du fédéralisme, de soumettre cette réforme au reste du Canada, et le Canada aurait

a accordée sur le sujet : « The strongest argument that would justify the right to the unilateral secession of Catalonia would be Spain's consistent refusal to concede adequate autonomy » : Josep CASULLERAS NUALART, « Allen Buchanan : "Catalonia should ask the UN to mediate if Spain shows disdain for the referendum" », *Collectiu Emma*, 2 juillet 2013, en ligne : www.collectiuemma.cat/article/1658/recommended-allen-buchanan-catalonia-should-ask-the-un-to-mediate-if-spain-shows-disdain-f (consulté le 15 octobre 2016).

³¹ C'est la critique fondamentale que j'ai formulée à l'encontre de sa théorie. Voir Michel SEYMOUR, « Secession as a Remedial Right », (2007) 50 *Inquiry* 395.

alors l'obligation de négocier cette réforme. C'est après tout le refus *répété* de consentir à garantir une autonomie adéquate qui justifie la sécession. On peut sans doute dire que depuis près d'un demi-siècle, plusieurs tentatives de réforme constitutionnelle se sont avérées infructueuses (1971, 1982, 1990, 1992), mais la même chose peut être dite au sujet des tentatives répétées de faire sécession (les élections référendaires de 1970 et 1973, de même que les référendums de 1980 et 1995). Tout en reconnaissant que la bonne marche à suivre est de s'engager dans un nouveau processus de négociation constitutionnelle, puisqu'une démarche sécessionniste doit être engagée sur le fond du refus répété d'accorder une autonomie adéquate, il n'en demeure pas moins que le refus de constitutionnaliser les demandes traditionnelles du Québec, combiné au statut de minorité du Québec dans la fédération, à l'absence de reconnaissance constitutionnelle et à la rigidité de la formule de modification constitutionnelle, donne une base argumentative solide aux sécessionnistes. C'était vrai après l'échec de l'Accord du Lac Meech et ce serait vrai après l'échec éventuel d'une autre tentative de réforme.

B. Deuxième argument : une minorité permanente sur des enjeux essentiels ?

Bien entendu, les dix provinces forment elles-mêmes un ensemble hétéroclite de sociétés distinctes. Toutefois, dans les moments cruciaux de l'histoire, les provinces se sont rassemblées et ont isolé le Québec. Pour ne s'en tenir qu'à l'histoire récente, notons que ce fut le cas à la Conférence de Victoria de 1971 qui traitait de la formule d'amendement. Le Québec dû faire cavalier seul. La formule proposée fut certes rejetée, mais c'est parce que, à l'époque, on reconnaissait encore la convention constitutionnelle en vertu de laquelle le Québec disposerait d'un droit de veto sur toute réforme constitutionnelle.

Pour prendre un autre exemple, le rapatriement de la constitution en 1982 fut réalisé sous la forme d'une entente entre les neuf autres provinces et le Gouvernement fédéral qui isola le Québec. Cette fois-ci la Cour suprême nia l'existence même de la convention constitutionnelle. Troisième exemple, la Déclaration de Calgary de 1997, signée par les neuf autres États fédérés, fut l'occasion d'affirmer le principe de l'égalité de statut de toutes les provinces. Cela bafouait l'idée du statut juridique particulier. Enfin, dernier exemple, l'entente-cadre sur l'union sociale de 1999 offrait encore une fois le spectacle de neuf provinces rassemblées autour d'un projet auquel le Québec ne souscrivait pas. Il s'agissait en l'occur-

rence de l'adoption d'une version diluée du droit de retrait avec compensation financière. Ce type d'ententes excluant le Québec risque à nouveau de se produire dans le contexte de la création d'une commission des valeurs mobilières pancanadienne. En bref, le Québec est souvent dans une situation d'isolement surtout lorsque les enjeux deviennent fondamentaux, car ils rassemblent alors les autres membres de la fédération en dépit des différences qui les caractérisent.

Est-ce que la situation de minorité permanente du Québec au sein de la fédération sur des enjeux essentiels justifie le recours à la sécession ? Buchanan s'est demandé si cet argument ne pouvait pas être une quatrième justification pour la sécession³². La difficulté à laquelle fait face cet argument concerne le problème de statuer sur ce qu'est un enjeu essentiel. Il est selon lui pour ainsi dire impossible de déterminer quels sont les enjeux qui sont essentiels et lesquels ne le sont pas. Il faut dire cependant qu'au Canada, la formule d'amendement comporte différentes modalités d'application qui ont été introduites en tenant compte de l'importance des enjeux. Plus une réforme affecte un grand nombre de provinces, plus elle est susceptible de requérir l'accord d'un grand nombre d'entre elles. Ainsi, si certaines modifications constitutionnelles ne requièrent qu'une entente bilatérale entre la province concernée et le gouvernement fédéral, d'autres modifications doivent s'appuyer sur l'accord de sept provinces représentant plus de 50 % de la population. Il y a enfin aussi des modifications qui commandent l'unanimité. On peut estimer qu'une réclamation est plus importante lorsqu'elle affecte un plus grand nombre de provinces. On dispose ainsi d'un outil permettant de mesurer le caractère essentiel des enjeux, ce qui répond à l'inquiétude de Buchanan. On est donc en mesure de prétendre que si un peuple minoritaire se trouve dans une situation de minorité permanente sur des enjeux essentiels, il peut avoir raison de faire sécession. La proposition de réforme que nous avons évoquée, à savoir celle supposant notamment la reconnaissance formelle du peuple québécois, le statut particulier accordé à la province de Québec, le régime de fédéralisme asymétrique et le droit de retrait avec compensation financière sans condition, en est une qui doit sans doute requérir l'accord unanime des provinces. Le risque d'isolement permanent du Québec est alors bel et bien réel.

³² Voir A. BUCHANAN, préc., note 24, p. 360-363.

C. Troisième argument : le Canada et la décentralisation des pouvoirs

L'argument qui revient le plus souvent lorsqu'il est question de la démarche sécessionniste québécoise serait que le Québec demande plus de pouvoirs alors qu'Ottawa le refuse. Or, cet argument ne sera pas très facile à défendre parce que le Canada est déjà l'une des fédérations les plus décentralisées au monde. Rappelons l'argument de Woehrling à cet égard :

le peuple québécois exerce le droit de disposer de lui-même sur le plan interne, dans la mesure où il a le contrôle d'un État fédéré et de son appareil politique et jouit par conséquent d'une autonomie interne importante, et il paraît difficile d'affirmer que l'échec de l'Accord du lac Meech équivaut à une négation du droit des Québécois à l'autodétermination interne³³.

Il a déjà été noté que le Québec jouit d'une autonomie politique et fiscale bien supérieure à l'Écosse et à la Catalogne. Supposons donc que la communauté internationale soit disposée à reconnaître le caractère fondamental du droit des peuples à l'autodétermination interne, qu'elle accepte de traiter la violation de ce droit comme une justification pour la sécession, qu'elle souscrive à une conception non restrictive concernant les modalités de son application et qu'elle impose une contrainte maximaliste sur le respect de ce droit, il serait quand même difficile de justifier aux yeux de la communauté internationale une démarche sécessionniste comme celle du Québec et la raison est que le Québec fonctionne au sein d'une fédération déjà très décentralisée. Il apparaît dans ce contexte difficile de prétendre qu'il manque beaucoup de pouvoirs à l'État québécois lui permettant de développer une personnalité distincte au sein de la fédération et que la seule solution possible est de recourir à la sécession. Il y a bien ça et là des pouvoirs dont le Québec pourrait profiter – on songe, par exemple, à l'assurance-emploi et à la pleine maîtrise d'œuvre en matière de culture –, mais, pour l'essentiel, les enjeux soulevés par ces questions ne sont que des irritants.

Que répondre à cette objection ? Elle se pose dans le cas du Québec, mais aussi, plus généralement, pour tout État fédéré ou quasi fédéré qui représente une communauté nationale distincte, qui est représentée au sein de l'État central, qui dispose d'un gouvernement autonome et de canaux

³³ J. WOEHLING, préc., note 27, p. 12.

de délibération constitutionnelle toujours en fonction ou, à tout le moins, susceptibles de pouvoir fonctionner. Comment peut-on prétendre dans ce cas que l'État a violé le droit à l'autodétermination interne de ce peuple ?

Une clarification essentielle s'impose pour bien comprendre la nature de l'impasse dans laquelle se trouve le Québec. Il faut comprendre que les demandes historiques du Québec visaient moins à accorder plus de pouvoirs qu'à préserver ou restaurer les pouvoirs prévus à l'ordre constitutionnel de 1867. Reconnaître le peuple québécois, ce serait renouer avec l'idée du pacte entre des peuples et donc avec l'idée que le Canada s'appuie sur des peuples fondateurs (Canadien, Québécois et Autochtones). Accorder un statut particulier à la province de Québec, ce serait ne pas perdre de vue le fait que la province de Québec est la seule qui soit composée d'une majorité francophone. Le fédéralisme asymétrique est intimement lié à l'idée que la décentralisation dont le Québec a pu profiter doit être préservée, que le reste Canada choisisse lui-même de rester décentralisé ou qu'il s'engage sur la voie d'une centralisation accrue. La limitation au prétendu « pouvoir fédéral de dépenser », de même que la demande de pouvoir se retirer des programmes fédéraux avec une pleine compensation financière et sans condition, constitue une illustration de plus que les enjeux pour le Québec sont d'abord et avant tout de préserver des acquis anciens et d'assurer le maintien de la décentralisation pour cette province.

Vu sous cet angle, la question se retourne contre l'État fédéral. Au lieu de se demander si et comment le Québec peut justifier une décentralisation encore plus grande, la question se pose de savoir si l'État fédéral a de plus en plus eu tendance à épouser une orientation centralisatrice qui met à mal la décentralisation ancienne. Or, les tendances canadiennes à la centralisation sont très nombreuses et sont de plusieurs ordres.

1. Une centralisation politique

On peut parler tout d'abord d'une centralisation progressive des pouvoirs politiques. Depuis une centaine d'années, le gouvernement fédéral a fait usage de ce qu'il appelle le « pouvoir fédéral de dépenser » dans les domaines de compétence provinciale exclusive. Il s'agit d'une situation quelque peu paradoxale, parce que selon cette conception, il faudrait accepter au nom d'un principe non constitutionnalisé, la violation de principes constitutionnalisés. En effet, on ne trouvera nulle part dans la constitution de 1867 une indication à l'effet que l'État fédéral disposerait d'un tel

pouvoir, mais on trouve explicitement formulés, les domaines de compétence provinciale exclusive. Accepter ce pouvoir fédéral de dépenser, c'est accepter qu'un principe non écrit puisse aller à l'encontre de principes écrits.

Pendant la première moitié du XXe siècle, les tentatives de l'État fédéral de s'immiscer dans des domaines de compétence provinciale exclusive ont été la plupart du temps des échecs. Les débats constitutionnels étaient sous la responsabilité de Londres qui tranchait régulièrement en faveur des provinces contre le gouvernement central. Mais dans la deuxième moitié du siècle, les débats constitutionnels ont été pris en charge par la Cour suprême du Canada qui a tranché le plus souvent en faveur de l'État central contre les provinces³⁴.

Au prétendu pouvoir fédéral de dépenser, s'est ajouté la théorie du double aspect selon laquelle les matières de compétence provinciale exclusive, de compétence fédérale exclusive et a fortiori de compétence partagée ont toutes un double aspect, fédéral et provincial, qui doit être pris en compte. Les deux niveaux de gouvernement peuvent avoir des prétentions à l'égard de tous les pouvoirs, y compris de ceux qui, dans la constitution, sont censés n'appartenir qu'à un seul niveau de gouvernement. Il est illusoire de penser que des parois parfaitement étanches puissent être préservées entre les compétences relevant des provinces et les compétences relevant de l'État fédéral.

Pris conjointement, le prétendu pouvoir fédéral de dépenser et la théorie du double aspect ont favorisé l'envahissement des compétences provinciales par le gouvernement fédéral à telle enseigne que, selon Jacques Léonard, le gouvernement fédéral dépense plus dans les domaines de compétence provinciale exclusive que dans ses propres champs de compétence³⁵.

³⁴ Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Éditions du Septentrion, 2005.

³⁵ «Ottawa dépense de manière illégitime, selon le Bloc», *Le Devoir*, 16 mars 2004, en ligne : www.ledevoir.com/politique/canada/49945/ottawa-depense-de-maniere-illegitime-selon-le-bloc (consulté le 15 octobre 2016).

2. Une centralisation fiscale

Pendant la deuxième guerre mondiale, l'État fédéral a décidé d'occuper un plus grand champ d'imposition fiscale. Lorsque la guerre fut terminée, il ne s'en est pas retiré. Ce qui devait être provisoire est alors devenu un état de fait permanent. Très tôt au Québec, on s'est alors plaint de ce qui allait beaucoup plus tard être décrit comme une situation de déséquilibre fiscal³⁶. Les ressources fiscales de l'État fédéral excèdent largement les ressources requises par le seul exercice de ses compétences exclusives ou partagées. À l'inverse, les ressources fiscales des provinces sont de plus en plus inférieures à celles qui seraient exigées étant donné les coûts croissants des secteurs de la santé et de l'éducation qui relèvent de sa seule juridiction. Tel est le déséquilibre fiscal. Une commission a alors été créée au Québec pour en mesurer l'ampleur et proposer des solutions³⁷.

Lorsque la situation économique est difficile, le problème se dissipe quelque peu parce que le Gouvernement fédéral se trouve alors lui-même dans une situation déficitaire, mais le problème réapparaît lorsque la situation économique s'améliore. Cette plus grande marge de revenu sur le plan fiscal permet ensuite à l'État fédéral de s'immiscer plus facilement dans les compétences provinciales. L'État canadien le fait non pas en augmentant les transferts aux provinces, mais bien en dépensant directement auprès des contribuables. Nulle part trouve-t-on une meilleure illustration récente de cette situation que dans le secteur de l'éducation supérieure. Plusieurs se sont plaints de voir l'État fédéral réduire sensiblement ses transferts aux provinces en 1995 pour parvenir à équilibrer son propre budget. Or, une fois l'équilibre budgétaire rétabli, l'État fédéral n'a pas restauré les transferts aux provinces et a choisi plutôt d'investir directement auprès des personnes, notamment auprès des étudiants (bourses du millénaire), des professeurs (chaires du Canada) et des centres (Fondation canadienne pour l'innovation).

³⁶ Denis MONIÈRE, « Déséquilibre fiscal – Des débats qui durent depuis 50 ans », *Le Devoir*, 4 octobre 2006, en ligne : www.ledevoir.com/politique/canada/119736/desequilibre-fiscal-des-debats-qui-durent-depuis-50-ans (consulté le 15 octobre 2016).

³⁷ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada*, 2002, en ligne : www.groupes.finances.gouv.qc.ca/desequilibrefiscal/fr/pdf/rapport_fr.pdf (consulté le 15 octobre 2016).

On constate certes une évolution normale et stable du pourcentage des dépenses d'éducation postsecondaire financées par le gouvernement fédéral. Avant 1995-1996, le financement fédéral était de 25 %. Il a diminué à 20 % en 1997-1998, mais a remonté graduellement pour atteindre 25 % en 2001 et dépasser les 25 % depuis 2003. Toutefois, dans son budget de 2006, le ministre des finances de l'époque, M. Jim Flaherty écrit : «Alors que la part totale de l'aide fédérale est demeurée relativement constante au fil du temps (environ 25 % des dépenses globales réalisées par les établissements d'enseignement post-secondaire), la combinaison des instruments fédéraux a changé. Aujourd'hui, une plus grande proportion de l'aide est fournie par des mesures directes plutôt que par des transferts aux provinces³⁸». Voilà où conduit le déséquilibre fiscal : il sert d'instrument pour une plus grande main mise de l'État central dans les pouvoirs exclusifs des provinces.

3. Une centralisation économique

Par un ensemble de politiques diverses, l'État fédéral a contribué à ce que le centre économique du Canada ne soit plus Montréal, mais bien la région de Toronto. Au moins sept faits peuvent être retenus.

1.- La politique nationale de l'énergie, adoptée pendant les années 70 par le gouvernement fédéral, a créé une frontière le long de l'Outaouais, nommée la « ligne Borden », qui bloquait le marché canadien aux industries pétrochimiques de l'est de Montréal. Elle a aussi imposé à l'échelle canadienne des prix supérieurs aux prix internationaux pour financer l'industrie pétrolière naissante dans le sud de l'Ontario et dans l'Ouest canadien. Le Québec a bien obtenu en échange des compensations financières transitoires, mais il s'agissait d'un marché de dupe, car l'effet net de la politique nationale de l'énergie a été de tuer l'industrie pétrochimique québécoise. Il y avait sans doute des motifs rationnels pour envisager le développement de la pétrochimie dans l'Ouest canadien, mais il était problématique d'autoriser un tel développement, dommageable aux intérêts québécois, sans l'accompagner de mesures analogues au Québec même.

2.- Ensuite, grâce au Pacte de l'automobile, la région de Toronto est devenue en une trentaine d'années le moteur principal de l'économie canadienne. Il est vrai qu'il y avait une tendance naturelle de l'économie à

³⁸ Jim FLAHERTY, *Focusing on Priorities. Budget Plan 2006*, Ottawa, Ministère des finances, 2006, p. 36.

se déplacer vers l'ouest. Il faut aussi reconnaître que la proximité des approvisionnements de charbon a aidé au développement d'une industrie automobile dans cette région, mais le gouvernement fédéral a joué un rôle actif dans le développement de ce pôle économique, et il n'a pas, en contrepartie, instauré un pôle équivalent dans la région de Montréal pour empêcher un déséquilibre économique.

3.- L'ouverture de la voie maritime vers les Grands Lacs, qui visait à assurer le développement économique de Toronto, a eu pour effet de ralentir et d'affaiblir le développement du commerce maritime dans le port de Montréal. Encore une fois, pendant que de telles mesures étaient adoptées, aucune mesure concrète similaire n'a été mise en oeuvre pour empêcher la décroissance économique de Montréal.

4.- Toutes ces mesures ont ensuite entraîné une agglomération des entreprises dans la région de Toronto. Cela a contribué à la création d'un lobby économique à proximité des pouvoirs décisionnels. Le gouvernement fédéral a trop souvent cédé aux pressions exercées par ce puissant lobby. Celui-ci a notamment voulu empêcher que se constituent des centres bancaires internationaux dans les régions de Vancouver et de Montréal et a cherché à contrer l'implantation de l'agence spatiale canadienne à St-Hubert.

5.- Il aura fallu attendre de longues années avant que le gouvernement fédéral impose des décrets garantissant une protection de vingt ans sur les brevets pharmaceutiques. Ce retard a permis aux industries génériques de l'Ontario de se développer et de rivaliser, de manière que l'on peut qualifier de déloyale, avec l'industrie pharmaceutique québécoise.

6.- La région de Toronto, et plus tard celle d'Ottawa (notamment avec la zone industrielle de Kanata), ont bénéficié plus que les autres régions des achats de biens et services et des investissements en recherche et développement effectués par le gouvernement fédéral. Dans l'un et l'autre cas, le Québec n'a pas eu la part qui lui revenait. En particulier, il n'a obtenu que 18 % des investissements canadiens en recherche et développement, alors qu'il représente 25 % de la population canadienne. Stéphane Dion soutient que l'on ne doit pas prendre en compte les dépenses et investissements en recherche et développement effectués dans la Capitale « nationale » parce que « cette concentration des dépenses de science et technologie dans la Capitale nationale est le fait de tous les pays³⁹ ». Cet

³⁹ Stéphane DION, « Les avantages du Québec fédéré », (1995) 1 *Choix, série Québec-Canada* 14.

argument repose sur une donnée qui fait justement problème : la centralisation du pouvoir à Ottawa. Dans le cadre d'un État multinational, les investissements en recherche et développement de l'État fédéral ne devraient pas être centralisés au niveau du pouvoir central. La même remarque vaut concernant la politique d'achat de biens et services.

7.- À tout cela s'est ajouté comme par un effet domino un ensemble d'autres transformations qui ont contribué à centraliser l'économie dans la région de Toronto. On songe à l'aéroport Pearson devenu plaque tournante de la circulation aérienne au pays. La Bourse de Toronto a par la suite avalé très facilement la bourse de Montréal. On voit maintenant poindre à l'horizon la création d'une commission des valeurs mobilières pancanadiennes.

Bien entendu, l'État canadien a aussi contribué au financement des industries de pointe québécoises, qu'il s'agisse de l'aérospatiale, des industries pharmaceutiques ou des entreprises de multimédia, mais ces investissements sont sans commune mesure avec les aides accordées à l'Ontario.

Depuis cette époque, l'État fédéral a aussi investi abondamment dans la production de pétrole issu des sables bitumineux d'Alberta. La tendance à la centralisation s'est alors déplacée encore plus à l'Ouest. Au lieu de centraliser l'économie dans la région de Toronto ou dans la région de l'Alberta, il faudrait favoriser une économie diversifiée et fortement décentralisée. Le déséquilibre économique causé par la centralisation de l'économie n'est jamais à l'avantage du Québec.

4. Une centralisation monétaire

La Banque du Canada a aussi été amenée à préconiser une politique de taux d'intérêt élevés en partie pour ralentir la surchauffe économique dans la région de Toronto et ce, même si cette politique allait à l'encontre des intérêts des autres régions du pays, qui ne vivaient pas une telle surchauffe. Pendant quelque temps, le développement pétrolier de l'Alberta a artificiellement fait croître la valeur du dollar, ce qui a nui aux économies exportatrices de l'Est, visant bien sûr cette fois-ci aussi l'Ontario, mais encore une fois le Québec.

Pour qu'une politique monétaire soit juste et équitable, il faut favoriser dans la mesure du possible un développement égal. Un État central ne peut sans doute pas traiter également toutes les régions dont il a la res-

ponsabilité. Il y a des inégalités de fait qui résultent de différents facteurs comme l'absence de ressources diversifiées, la faible densité de la population ou une position géographique périphérique. On peut comprendre alors que le seul recours de l'État central soit de mettre en oeuvre divers programmes pour garantir une redistribution juste et équitable des ressources par le biais de la péréquation, des transferts fédéraux ou de l'assurance-emploi. Mais qu'arrive-t-il lorsque l'État central est un État multinational ? Ne doit-il pas tenir compte aussi du principe de l'égalité entre les peuples ?

Le Québec compte huit millions d'habitants, et est donc très peuplé même si c'est beaucoup moins que l'Ontario, qui en compte onze millions. Le Québec est situé en plein centre du Canada, et est traversé par l'axe maritime le plus important au pays. Il est caractérisé par des ressources diversifiées. Il est aussi le foyer de l'un des peuples fondateurs du pays. Cela aurait dû entraîner une responsabilité particulière de la part de l'État fédéral. Mais le Québec a constamment été une région défavorisée par la politique économique centralisatrice de l'État fédéral et s'est depuis longtemps retrouvé parmi les provinces du pays bénéficiaires de la péréquation.

La péréquation est une mesure de compensation résultant d'un développement effectué dans une région différente de la province concernée. C'est une mesure qui est en soi juste, mais le problème apparaît lorsque le développement concentré dans une région entraîne une hausse des taux d'intérêt ou de la valeur de la monnaie et que ces hausses nuisent aux économies des autres régions du pays.

5. La centralisation constitutionnelle

L'ordre constitutionnel imposé au Québec en 1982 est le résultat du rapatriement de la constitution qui jusqu'à cette époque était sous la gouverne de la Couronne britannique, à Westminster. On a beaucoup insisté sur le fait que le nouvel ordre constitutionnel brimait le Québec en matière de langue et d'éducation, puisqu'il imposait la clause Canada en vertu de laquelle les anglophones hors Québec pourraient envoyer leurs enfants dans des écoles anglaises du Québec. Toutefois, le coup de force constitutionnel ne faisait pas que cela. Il faisait la sourde oreille aux revendications historiques du Québec, il imposait une formule d'amendement très contraignante et faisait même disparaître le peuple québécois de l'écran radar canadien.

Bref, les cinq formes de centralisation (politique, fiscale, économique, monétaire et constitutionnelle) contribuent lentement mais sûrement à conduire le Canada sur la voie de la centralisation. Le Canada se positionne d'une façon qui est de plus en plus prononcée à distance des arrangements constitutionnels initiaux et de la décentralisation de l'époque. Tout cela se déploie lentement, par gestes successifs, environ une fois tous les cinq ans. À chaque étape, il est impossible de tirer des conclusions dramatiques, mais sur une période de cent ans, le portrait d'ensemble est saisissant. On peut là aussi invoquer un autre argument de Buchanan. C'est celui selon lequel il pourrait être dit que l'État canadien viole de plus en plus systématiquement les ententes déjà existantes d'autonomie intra-étatique qui le liaient à l'État québécois.

Conclusion

Dans ce texte, j'ai tout d'abord voulu enrichir la notion d'autodétermination interne et produire une définition non restrictive qui suppose au moins cinq modalités d'application qui induisent cinq droits spécifiques. J'ai trouvé une certaine confirmation de ces idées à la lecture des contributions de José Woehrling. J'ai ensuite voulu répondre à certaines objections. J'ai défendu l'idée que la communauté internationale accepte déjà le principe fondamental du droit collectif des peuples à l'autodétermination interne et accepte même, bien que ce soit dans une moindre mesure, l'idée selon laquelle la violation de l'autodétermination interne est une justification pour la sécession. J'ai fait valoir ensuite que, dans le contexte de la mondialisation de l'économie et de la démocratisation des États, la communauté internationale pourrait un jour être encline à vouloir codifier de façon plus précise le droit de sécession. Elle pourrait notamment adopter le concept enrichi d'autodétermination interne que je propose. Si c'est une vision utopique des choses, il s'agit d'une utopie réaliste, au sens de Rawls. Je me suis enfin penché sur le cas du Québec et j'ai examiné trois arguments en faveur de la sécession. Il est tout d'abord apparu que l'imposition d'un ordre constitutionnel et le refus de remédier à la situation par l'Accord du Lac Meech doivent être replacés dans un contexte plus large qui est celui d'un Québec ayant un statut minoritaire au sein de la fédération, d'un Québec non reconnu constitutionnellement et d'un carcan découlant de la formule d'amendement à laquelle se sont ajoutés depuis d'autres verrous. Cet ensemble de faits fournit en principe un premier argument semblable à celui que Buchanan accepte maintenant pour le cas de la Catalogne. Le deuxième argument s'applique à la

situation d'une nation minoritaire permanente lorsque les enjeux concernent des questions essentielles. Buchanan ne retient pas cet argument, mais c'est seulement parce qu'il estime difficile d'établir le caractère essentiel des mesures concernées. Or, la formule d'amendement nous fournit un tel critère. Enfin, le lent processus de centralisation du Canada sur les plans politique, fiscal, économique, monétaire et constitutionnel nous donne des raisons de conclure que le Canada viole de plus en plus les ententes déjà existantes d'autonomie intraétatique prévues dans l'ordre constitutionnel de 1867. Il s'agit encore une fois d'un argument inspiré par la théorie de Buchanan.

Ainsi, avec l'aide du critère enrichi d'autodétermination interne que je propose, il apparaît possible de justifier des démarches sécessionnistes qui à première vue ne semblent pas légitimes. La communauté internationale n'est certes pas encore parvenue à de tels constats, mais ce n'est pas une raison pour les balayer du revers de la main au nom d'une vision figée et quelque peu sclérosée du droit international, car à défaut d'être admis, ils peuvent inspirer des démarches sécessionnistes désormais devenues légitimes. Comme l'écrit José Woehrling :

Une analyse concrète des règles juridiques internes et internationales qui conditionnent le changement de statut constitutionnel du Québec exige que l'on tienne compte, non seulement de la légalité des différentes attitudes susceptibles d'être adoptées par les autorités québécoises et canadiennes, mais également de leur légitimité, puisque celle-ci aura une influence déterminante sur la création des rapports de force et, par conséquent, sur l'efficacité et le succès des positions en présence⁴⁰.

L'histoire en marche n'attend pas le Droit. Pour ne pas se décrocher de la réalité, le Droit doit accepter d'être en constante évolution, y compris concernant le droit de sécession.

⁴⁰ J. WOEHRLING, préc., note 27, p. 1.

Nations minoritaires et culture sociétale : de la création d'un index pour étudier la fragilité des nations en droit constitutionnel comparé

Félix Mathieu* et Dave Guénette**

I. Nations minoritaires et fragilité relative de leur culture sociétale	588
II. Quelques éléments contextuels sur les expériences québécoise et sud-tyrolienne	593
III. Méthodologie, leviers juridico-constitutionnels et <i>Index des cultures sociétales</i>	596
A. Reconnaissance nationale	598
B. Droits linguistiques	599
C. Compétence en matière d'immigration et d'intégration	601
D. Autonomie fiscale	602
E. Autodétermination interne	603
F. Autodétermination externe	604
IV. Application de l'<i>Index des cultures sociétales</i> aux cas québécois et sud-tyroliens	605
A. Reconnaissance nationale	606
B. Droits linguistiques	608

* Félix Mathieu est doctorant en science politique à l'Université du Québec à Montréal. Il est membre étudiant de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes (CREQC), du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ), ainsi que du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP). L'auteur a fait paraître *Les défis du pluralisme à l'ère des sociétés complexes* aux Presses de l'Université du Québec (2017).

** Dave Guénette est doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université catholique de Louvain. Il est notamment membre étudiant du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ) et du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO). Dans le cadre de ses études doctorales, il est bénéficiaire du soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) et du Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQ-SC).

C. Compétence en matière d’immigration et d’intégration.....	610
D. Autonomie fiscale	612
E. Autodétermination interne	614
F. Autodétermination externe	616
V. Discussion et conclusion : De la fragilité des nations québécoise et sud-tyrolienne.....	617

L'œuvre du professeur José Woehrling en droit constitutionnel est impressionnante. Celle-ci s'étend à une quantité telle de matières qu'il est un exercice périlleux que de tenter de les recenser toutes. Néanmoins, parmi les enjeux qui nous semblent avoir retenu une attention particulière dans ses travaux, on compte notamment les *droits linguistiques*¹, la *gestion du pluralisme religieux*², la *laïcité*³, le *fédéralisme*⁴, la *protection des minorités*⁵, la *révision constitutionnelle*⁶, les *aménagements institutionnels de*

¹ Voir, notamment, José WOEHLING, « L'évolution de la politique linguistique québécoise », dans Michel DOUCET (dir.), *Le pluralisme linguistique. L'aménagement de la coexistence des langues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 62.

² Voir, notamment, José WOEHLING, « Quand la Cour Suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : L'Arrêt Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony (2009) », (2011) 45 *Revue juridique Thémis* 7 ; José WOEHLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien », dans Emanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 135.

³ Voir, notamment, José WOEHLING, « Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence ? », (2007) *Options politiques* 20.

⁴ Voir, notamment, José WOEHLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 264.

⁵ Voir, notamment, José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325 ; José WOEHLING, « La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques », (1986) 27 *Les Cahiers de droit* 171.

⁶ Voir, notamment, José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre THIBAUT, Benoit PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérard-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 449 ; José WOEHLING, « La modification par convention constitutionnelle du mode de désignation des sénateurs canadiens », (2008-09) 39 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 115.

la diversité⁷ et le droit à l'autodétermination⁸ – rien de moins ! Alimentant, par sa plume érudite, les discussions et les débats sur le droit constitutionnel, autant avec ses collègues universitaires qu'au sein des institutions politiques⁹, le professeur Woehrling représente ce qu'est un véritable *juriste dans la cité*¹⁰. Cette riche littérature, dont il est l'auteur, offre le portrait d'un constitutionnaliste pour lequel les divers enjeux relatifs au *vivre-ensemble* occupent une place significative¹¹.

Un coup d'œil rapide sur l'œuvre académique du professeur Woehrling permet de déceler que cette préoccupation pour les questions relatives au pluralisme se déploie principalement à travers les véhicules des *droits linguistiques* et du *droit constitutionnel comparé*¹². En effet, de par l'importance qu'occupent ces deux dimensions dans les écrits du professeur Woehrling, nul doute qu'il a discerné en celles-ci des incontournables pour aborder les différents enjeux du *vivre-ensemble* dans les sociétés contemporaines.

⁷ José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-2004) 34 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 93 ; Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

⁸ Voir, notamment, José WOEHLING, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) *Revue française de droit constitutionnel* 3.

⁹ Pour sa contribution au sein des institutions politiques, voir, notamment, son étude pour la Commission Bélanger-Campeau (José WOEHLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, vol. 2, Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, 2002) ou encore pour différents organismes gouvernementaux (par exemple : José WOEHLING, *Examen et analyse de l'évolution de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables et à la liberté de religion à l'intention du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, Québec, Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 2010).

¹⁰ Cette expression, empruntée à André-Jean Arnaud pour décrire le doyen Jean Carbonnier (André-Jean ARNAUD, *Jean Carbonnier : Un juriste dans la cité*, Paris, L.G.D.J., 2012), nous apparaît en effet fort à-propos pour désigner le professeur Woehrling.

¹¹ À cet effet, rappelons que José Woehrling est co-directeur de l'axe de recherche *Droit, institutions et aménagements des rapports intercommunautaires* au Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ)

¹² Le professeur Woehrling, notamment, est affilié à l'Association internationale de droit comparé.

Cette sensibilité aux questions de gestion du pluralisme et cette habileté qu'il a eue à manier le droit constitutionnel comparé font non seulement de José Woehrling un universitaire accompli et respecté par ses collègues – en témoignent notamment l'ensemble des contributions offertes dans le présent ouvrage –, mais également un modèle de rigueur et d'honnêteté intellectuelle pour toute une génération de jeunes chercheurs.

C'est dans cet esprit que nous souhaitons offrir au professeur Woehrling, dans le cadre des mélanges en son honneur, une contribution reprenant certaines des thématiques lui étant chères, soit les aménagements institutionnels de la diversité, les droits linguistiques et le droit constitutionnel comparé. En ce sens, nous proposons ici de porter un regard nouveau sur la situation des nations minoritaires évoluant en contexte multinational, c'est-à-dire sur ce que nous présenterons ici en tant que *nations fragiles*.

Ainsi, dans ce chapitre, nous chercherons à jeter les bases d'un index – l'*Index des cultures sociétales* (ICS) – servant à étudier, de manière comparative et standardisée, le contexte juridico-constitutionnel dans lequel évoluent les nations minoritaires au sein des États multinationaux. Plus particulièrement, nous porterons un regard comparé sur les cas du Québec et du Tyrol du Sud. Ainsi, en raison des questions qu'elle aborde, de l'angle qu'elle privilégie et de la méthode qu'elle emploie, nous souhaitons inscrire cette contribution dans une logique de continuité avec l'œuvre du professeur Woehrling.

Pour ce faire, nous explorerons d'abord la littérature afin de mieux définir le concept central à notre propos : les nations fragiles (I). Nous appréhenderons ensuite les cas québécois et sud-tyrolien en tant que nations fragiles (II). Puis, nous présenterons le cadre méthodologique à partir duquel s'articule notre démonstration – l'*Index des cultures sociétales* –, dont nous jetterons ici les fondations¹³ (III). Nous procéderons ensuite à une analyse comparée de l'état du droit au Québec et au Tyrol du Sud à cet effet, afin de leur attribuer une valeur sur l'Index (IV). Enfin, lors de la

¹³ L'Index est appelé à être complété par l'ajout successif de cas, et ce, dans l'esprit général d'une théorie ancrée (Janice M. MORSE, Phyllis Noerager STERN, Juliet CORBIN, Barbara BOWERS, Kathy CHARMAZ et Adele E. CLARKE, *Developing Grounded Theory. The Second Generation*, Walnut Creek, Left Coast Press, 2009). Soulignons par ailleurs que l'Index des cultures sociétales que l'on présente dans le présent chapitre ne se veut valide que pour les nations fragiles au sein d'ensembles multinationaux qui évoluent dans le monde occidental.

discussion, nous emprunterons à la tradition analytique de la philosophie politique pour juger et évaluer la fragilité des nations québécoise et sud-tyrolienne (V). Notre contribution se veut ainsi fondamentalement interdisciplinaire : d'un ancrage en théorie politique sur la fragilité des nations, nous emploierons également une démarche juridique en droit constitutionnel comparé, pour conclure avec une brève discussion normative.

I. Nations minoritaires et fragilité relative de leur culture sociétale

Tel que l'avait constaté Anthony D. Smith¹⁴, moins d'un dixième des communautés nationales dans le monde ont leur propre État – et dans une proportion légèrement supérieure, dirons-nous, leurs propres institutions. Ceci nous amène à porter deux constats : d'abord, il serait irréaliste de suggérer que chaque communauté nationale développe son propre État indépendant ; puis, il semble légitime de soutenir qu'une bonne part des États contemporains échoue considérablement à apprécier et à prendre en compte la diversité nationale qui les habite¹⁵.

Dans la littérature, on va notamment qualifier les communautés nationales non souveraines de « petites nations¹⁶ », de « nations sans États¹⁷ », de nations « périphériques » ou « régionales¹⁸ », de « minorités nationales¹⁹ »,

¹⁴ Anthony D. SMITH, *Nations and nationalism in a global era*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 96.

¹⁵ Kenneth McROBERTS, « Canada and the Multinational State », (2001) 34 *Canadian Journal of Political Science* 683.

¹⁶ Linda CARDINAL et Martin PAPILLON, « Le Québec et l'analyse comparée des petites nations », (2011) 30 *Politique et Sociétés* 75.

¹⁷ Montserrat GUIBERNAU, *Nations without States. Political Communities in a Global Age*, Cambridge, Polity Press, 1999.

¹⁸ Michael KEATING, « Stateless Nation-building : Québec, Catalonia, and Scotland in the Changing State System », (1997) 3 *Nations and Nationalism* 689 ; Michael KEATING, *Les défis du nationalisme moderne. Québec, Catalogne, Écosse*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1997.

¹⁹ Will KYMLICKA, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, New York, Oxford University Press, 2001.

de « nations minoritaires²⁰ », de « petites sociétés²¹ », de « petits peuples²² », voir, maladroitement, de « nations ethniques²³ ». José Woehrling à lui-même contribué à cette discussion en cherchant à mieux définir la signification de l'expression « société distincte²⁴ », une référence dont la charge symbolique est lourde en droit constitutionnel canadien.

Chacun de ces concepts a sa pertinence et ses limites. Le couple « petite nation » / « petit peuple », par exemple, permet d'appréhender avec justesse la « psychologie²⁵ » et la « moralité²⁶ » du *petit* lorsque mis en tension avec les récits historiques des « Grandes nations²⁷ ». Cependant, ce concept est limité dans sa capacité à prendre en compte la nature du système politique dans lequel s'inscrit cette *petitesse*, plaçant ainsi sur un pied d'égalité ou de comparaison des États souverains (e.g. Pologne, Israël) avec des nations minoritaires (e.g. Québec, Catalogne) et même des minorités nationales (e.g. Afrikaners)²⁸. Pour ce qui est du concept de « nations sans États », s'il marque bien la distinction entre les nations souveraines et non-souveraines, il tend à camoufler le fait qu'une nation minoritaire telle le Québec dispose effectivement d'un appareil étatique et institutionnel considérable – et ce malgré qu'il partage sa souveraineté avec un autre ordre de gouvernement. Enfin, le concept d'« État régional »,

20 Alain-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011.

21 Joseph-Yvon THÉRIAULT, « Le désir d'être grand », dans Jacques L. BOUCHER et Joseph-Yvon THÉRIAULT (dir.), *Petites sociétés et minorités nationales. Enjeux politiques et perspectives comparées*, Québec, Presses Universitaires du Québec, 2005, p. 67.

22 Uriel ABULOF, « Small Peoples : The Existential Uncertainty of Ethnonational Communities », (2009) 53 *International Studies Quarterly* 227.

23 Michael IGNATIEFF, *Blood and Belonging*, Toronto, Viking, 1993.

24 José WOEHRLING, « La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada : conséquences juridiques et constitutionnelles », (1988) 14 *Analyse de Politiques* S43.

25 Milan KUNDERA, *Le Rideau. Essai en sept parties*, Paris, Gallimard, 2005.

26 U. ABULOF, préc., note 22.

27 Liah GREENFELD, *Nationalism : Five Roads to Modernity*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

28 Uriel ABULOF, *The Mortality and Morality of Nations*, New York, Cambridge University Press, 2015.

s'il renvoie – avec Michael Keating²⁹ – au fait de disposer d'institutions autonomes plus ou moins développées et qui entretiennent des liens avec d'autres cercles (*infra-* comme *supra-*nationaux) de gouvernance, élargit cependant son objet d'étude à des communautés fort différentes qui ne se considèrent pas nécessairement comme des nations³⁰.

Forts des connaissances portées par cette littérature – et désireux d'y contribuer nous-mêmes –, nous qualifions, dans le présent chapitre, les nations minoritaires qui évoluent au sein d'un État multinational – et plus spécifiquement les cas québécois (Canada) et sud-tyrolien (Italie) – de *nations fragiles*. Tel que nous le présenterons à la prochaine section, le Québec et le Tyrol du Sud partagent suffisamment de caractéristiques historiques, sociologiques, politiques et constitutionnelles pour qu'une comparaison soit praticable et pertinente. À l'inverse, le contexte à partir duquel ces nations abordent leur fragilité et la gestion de celle-ci au sein de l'ensemble multinational diffère, ce qui laisse présager que l'un peut significativement informer et apprendre en retour de l'autre³¹. Le Québec et le Tyrol du Sud sont, en ce sens, des comparables significatifs pour l'étude des nations fragiles³².

On peut notamment comprendre la fragilité des nations à partir de ce qu'Alain-G. Gagnon appelle *l'âge des incertitudes*, en ce qui a trait au développement et à l'émancipation des nations minoritaires. Pour Gagnon³³, cet âge – principalement caractérisé par la création d'un marché économique globalisé, d'une américanisation des cultures, du déclin de l'engagement civique et de l'atomisation sociale de l'individu – se pose conséquemment en menace réelle pour la survie culturelle et identitaire des nations minoritaires. Cette *incertitude* dont parle Gagnon nourrit la fragilité de la nation ; elle y contribue significativement.

²⁹ Michael KEATING, « Rethinking Territorial Autonomy », dans Alain-G. GAGNON et Michael KEATING (dir.), *Political Autonomy in Divided Societies. Imagining Democratic Alternatives in Complex Settings*, Londres, Palgrave Macmillan, 2012, p. 13.

³⁰ L. CARDINAL et M. PAPILLON, préc., note 16.

³¹ Ronald L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996.

³² Au titre de comparables significatifs pour l'étude des nations fragiles, soulignons que les cas que sont l'Écosse, la Catalogne, la Flandre, le Pays basque, Porto Rico, ou encore la Corse sont particulièrement intéressants.

³³ A.-G. GAGNON, préc., note 20.

Ainsi, par *nations fragiles*, nous référerons à ces nations minoritaires, qui, bien que majoritaires sur un territoire et dans un contexte donnés, apparaissent ou se représentent comme minoritaires par rapport à une autre nation, ou plus généralement face au à un *groupe porteur*³⁴, qui exerce un plus grand contrôle sur les leviers du pouvoir en l'État. En ce sens, les communautés nationales québécoise et sud-tyrolienne seront ici présentées à titre de nations fragiles, toutes deux en tant que nations minoritaires dans un ensemble multinational – au sein d'un système fédéral pour le Québec³⁵, et d'un système régional en voie de fédéralisation pour le Tyrol du Sud³⁶.

La fragilité de ces nations n'est toutefois pas une fatalité. Bien au contraire, nous croyons plutôt que toutes les nations sont, d'une certaine manière, fragiles³⁷. À cet effet, nous suggérons qu'une nation minoritaire peut affronter, voire dépasser sa fragilité relative par l'institutionnalisation d'une *culture sociétale*. Fondamentale pour toute nation fragile, celle-ci se rapporte à une communauté qui, pour « faire société³⁸ », s'appuie sur un ensemble d'institutions sociales, politiques et juridiques, territorialement concentré et limité, où la volonté de *vivre-ensemble* s'exprime généralement par l'intermédiaire d'une langue spécifique. Cette langue – loin de n'être qu'un simple outil communicationnel – consiste alors en une structure ou manière de penser (*mind-set*)³⁹.

³⁴ Harris MYLONAS, *The Politics of Nation-building. Making Co-nationals, Refugees, and Minorities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

³⁵ Michael BURGESS, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2006.

³⁶ Francesco PALERMO, « South Tyrol's Special Status within the Italian Constitution », dans Jens WOELK, Francesco PALERMO et Joseph MARKO (dir.), *Tolerance Through Law: Self Governance and Group Rights in South Tyrol*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 33, aux pages 43-44; Jens WOELK, « South Tyrol is (not) Italy: A Special Case in a (de)Federalizing System », (2013) 369 *L'Europe en formation* 126.

³⁷ U. ABULOF, préc., note 28.

³⁸ Joseph-Yvon THÉRIAULT, *Faire société: société civile et espaces francophones*, Sudbury, Prise de parole, 2007.

³⁹ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 79; Andrea CARLÀ, « Living Apart in the Same Room: Analysis of the Management of Linguistic Diversity in Bolzano », (2007) 6 *Formerly Global Review of Ethnopolitics* 285; Benedict ANDERSON, *Imagined Communities*, Londres, Verso, 2006.

Pour Will Kymlicka⁴⁰, c'est la culture sociétale qui offre le « contexte de choix » nécessaire à l'individu pour qu'il puisse exercer de manière satisfaisante sa pleine liberté et son autonomie. Ainsi, le développement institutionnel et la consolidation d'une culture sociétale bien établie ont le potentiel d'amenuiser et d'offrir un contrepoids à ce « tragique sentiment de pouvoir disparaître⁴¹ » qui semble habiter les nations fragiles. C'est notamment à travers des institutions nationales fortes – qui lui sont propres – que la nation minoritaire fragile pourra renforcer sa culture sociétale et ainsi mieux vivre sa fragilité.

Selon José Woehrling, le fait pour une nation minoritaire de détenir ses propres institutions est d'une importance fondamentale. Il s'agit d'un élément indispensable à la préservation de son caractère distinct et donc ultimement à sa survie. En effet, ce dernier insiste sur la nécessité pour les membres d'un groupe minoritaire d'être en mesure de développer leur propre culture – à travers des institutions distinctes –, lorsqu'il souligne qu'une « égalité purement abstraite impliquerait que les membres d'une minorité ethnique soient servis par les mêmes institutions culturelles et éducatives que la majorité, ce qui signifierait à coup sûr la disparition rapide de tout ce qui fait le caractère spécifique de la minorité et, par conséquent, son assimilation à la majorité⁴² ».

Ceci dit, en raison du contexte étatique multinational dans lequel elle évolue, on ne saurait tenir pour acquis la possibilité, pour une nation minoritaire, de défendre sa spécificité et sa culture sociétale à travers des institutions fortes et autonomes. En effet, puisqu'elles sont sujettes à un ordre constitutionnel qui les dépasse et les englobe, les nations minoritaires ne peuvent pas développer ni consolider juridiquement leur culture sociétale de *manière purement autonome*. En ce sens, la fragilité des nations minoritaires est largement dépendante et conséquente de normes mises de l'avant par la Constitution de l'État central. En d'autres termes, dans un ensemble multinational, la capacité d'influence d'une nation minoritaire sur les différents piliers juridiques desquels dépend la force relative de sa culture sociétale est largement tributaire d'un ensemble d'impératifs sur lesquels elle ne détient qu'un contrôle limité.

⁴⁰ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 53.

⁴¹ Éric BÉDARD, cité dans Chantal GUY, « L'histoire du Québec pour les Nuls : notre histoire, un récit », *La Presse*, 19 novembre 2012.

⁴² J. WOEHRLING, « La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques », préc., note 5, 173.

Partant de ce constat, nous cherchons dans les pages qui suivent à étudier quels sont les aménagements constitutionnels qui permettent aux nations fragiles de consolider leur culture sociétale. Pour ce faire, nous désignons six leviers juridico-constitutionnels qui apparaissent fondamentaux à la pérennité de la culture sociétale des nations fragiles. Ces leviers, qui constituent les fondements de l'*Index des cultures sociétales*, sont : A. la reconnaissance nationale ; B. les droits linguistiques ; C. la compétence en matière d'immigration et d'intégration ; D. l'autonomie fiscale ; E. l'autodétermination interne ; et F. l'autodétermination externe. Afin d'opérationnaliser l'Index, chacun de ces leviers sera empiriquement appréhendé à l'aune de deux indicateurs, pour un total de douze indicateurs.

Nous en viendrons plus exactement à l'articulation de l'Index à la section III. Auparavant, il nous apparaît cependant pertinent de souligner, sous un angle comparatif, quelques éléments contextuels historiques, sociologiques et démolinguistiques des nations fragiles québécoise et sud-tyrolienne, afin de mieux saisir la trajectoire de celles-ci.

II. Quelques éléments contextuels sur les expériences québécoise et sud-tyrolienne

Tel que nous en avons déjà fait état, le Québec et le Tyrol du Sud hébergent respectivement une nation majoritaire sur leur territoire, mais minoritaire dans un État multinational donné. Ainsi, tant le Québec⁴³ que le Tyrol du Sud⁴⁴ possèdent leur culture sociétale⁴⁵. Or, tel que nous l'explicitons subséquentement dans la discussion des résultats, le sentiment de fragilité des nations à l'étude nous semble en bonne partie consécutive du développement institutionnel de leur culture sociétale. En ce sens, l'étude des leviers juridico-constitutionnels ci-haut identifiés, via

⁴³ Louis BALTHAZAR, *Nouveau bilan du nationalisme au Québec*, Montréal, VLB éditeur, 2013 ; M. KEATING, *Les défis du nationalisme moderne. Québec, Catalogne, Écosse*, préc., note 18.

⁴⁴ J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36.

⁴⁵ Dans la littérature, on trouve des désignations similaires à ce qu'on présente ici comme « culture sociétale ». Entre autres, Ernest GELLNER, *Nations and Nationalism*, 2^e éd., New York, Cornell University Press, 2008 parle à cet effet de *haute-culture*, et Simon LANGLOIS, « Le choc de deux sociétés globales », dans Louis BALTHAZAR, Guy LAFOREST et Vincent LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992*, Québec, Septentrion, 1991, p. 95, parle lui de *culture globale*.

notre *Index des cultures sociétales*, se veut l'analyse de la capacité relative d'une nation fragile donnée à développer les institutions clés de sa culture sociétale, à une période historique donnée. Il procède donc à un exercice qualitatif et quantitatif qui vise à *mesurer* le développement institutionnel d'une culture sociétale. Ainsi, l'Index ne mesure pas la *fragilité* d'une nation *per se*, mais plutôt l'ancrage institutionnel relatif de sa *culture sociétale* – celui-ci étant compris comme un contrepoids à la fragilité nationale. Ultimement, une nation fragile possédant une culture sociétale largement développée institutionnellement et consolidée juridiquement devrait être en mesure d'affronter, voire de dépasser son « tragique sentiment de pouvoir disparaître ».

Toutefois, et malgré ce qui précède, une nation fragile possédant une culture sociétale fortement développée et consolidée peut tout de même continuer à exprimer un certain sentiment de fragilité. Ceci s'expliquerait notamment par la trajectoire historique spécifique de la communauté nationale en question, et plus particulièrement par la manière dont la nation fragile en est venue à faire sens et à gérer le poids symbolique de ses traumatismes historiques. Ainsi, le *sentiment de fragilité historique* qui alimente l'imaginaire de la nation minoritaire influence sa perception d'un besoin plus ou moins prononcé pour le renforcement de sa culture sociétale. En faire pleinement état nécessiterait une étude à part entière. Néanmoins, dans les paragraphes qui suivent, nous aborderons quelques éléments contextuels des expériences nationales du Québec et du Tyrol du Sud.

Occupant les berges du fleuve St-Laurent, le Québec compte une population de quelque huit millions d'habitants⁴⁶ – dont 81,1 % sont francophones⁴⁷ – sur un territoire qui fait *grosso modo* trois fois celui de la France métropolitaine⁴⁸. Le Canada compte quant à lui plus de 36 millions d'habitants. Le Québec accueille entre 50 000 et 55 000 immigrants par an, 63 % de ceux-ci se concentrant sur l'île de Montréal, métropole

⁴⁶ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Principaux indicateurs économiques – Québec*, 2014, p. 15.

⁴⁷ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Faits saillants du suivi démolinguistique, septembre 2011*, 2011, p. 5.

⁴⁸ Serge COURVILLE, *Le Québec : Genèse et mutations du territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000, p. 9.

du Québec⁴⁹. À Montréal, on parle principalement l'anglais pour quelque 24 % des résidents⁵⁰.

Pour ce qui est du Tyrol du Sud, on y retrouve une population d'un peu plus d'un demi-million d'habitants, correspondant à 1 % de la population italienne⁵¹, concentrée sur un territoire de 7 400 km² à l'extrême Nord de l'Italie⁵², et qui partage ses frontières avec l'Autriche et la Suisse⁵³. Parmi les habitants de ce territoire, les deux tiers sont germanophones et un peu moins d'un tiers sont italianophones. On compte aussi au total quelque 46 000 habitants issus de l'immigration (9 % de la population) et environ 20 000 habitants sont issus de la minorité historique des Ladins⁵⁴. Ce que Montréal est au Québec, la ville de Bolzano l'est pour le Tyrol du Sud. Ainsi, à la capitale, Bolzano, on trouve plus de 73 % d'italiano-phones⁵⁵. Soulignons également que le Tyrol du Sud fait actuellement état d'un taux de chômage pratiquement nul, et bénéficie d'un des PIB les plus élevés en Italie, comparativement à un Québec où le taux de chômage oscille autour de 8 % et dont le PIB consiste essentiellement en la médiane des provinces canadiennes⁵⁶.

49 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 46, p. 17 et 124.

50 OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 47, p. 5.

51 Roberta MEDDA-WINDISCHER, « Migration and Diversity Management in Traditionally Divided Society: The Case of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen », (2015) 4 *Hagira-Israel Journal of Migration* 112, 114.

52 Soit 2,5 % du territoire italien.

53 Elisabeth ALBER et Carolin SWILLING, « Continuity and Change in South Tyrol's Ethnic Governance », dans Levente SALAT, Sergiu CONSTANTIN, Alexander OSIPOV et István Gerg SZÉKELY (dir.), *Autonomy arrangements around the World: A collection of well and lesser known cases*, Cluj-Napoca, Editura Institutului pentru Studiarea Problemelor Minoritatilor Nationale, 2014, p. 33, à la page 34.

54 R. MEDDA-WINDISCHER, préc., note 51, 114.

55 Emma LANTSCHNER et Giovanni POGGESCHI, « Quota System, Census and Declaration of Affiliation to a Linguistic Group », dans J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36, p. 219, à la page 222.

56 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Principaux indicateurs économiques – Québec*, 2015, en ligne : www.stat.gouv.qc.ca/docs-hmi/statistiques/economie/indicateurs-annuels.pdf (consulté le 12 novembre 2015).

En bref, on peut comprendre les nations fragiles québécoise et sud-tyrolienne comme étant des communautés historiquement issues des minorités nationales canadienne-française⁵⁷ et autrichienne⁵⁸ – ces dernières pouvant ainsi représenter les *origines ethniques* de ces nations fragiles⁵⁹. Dans les deux cas, le dynamisme de la nation minoritaire est directement lié à celui de la langue – le fait francophone au Québec, et celui germanophone au Tyrol du Sud.

Les contextes québécois et sud-tyrolien maintenant exposés, tournons-nous vers les éléments constitutifs de l'*Index des cultures sociétales*, auquel nous confronterons plus tard ces deux cas.

III. Méthodologie, leviers juridico-constitutionnels et *Index des cultures sociétales*

Afin de faire face à un quelconque sentiment tragique de pouvoir disparaître, certains proposent que la nation minoritaire puisse symboliquement tenter d'affronter sa *mortalité* potentielle en se faisant porteuse d'une *moralité* qui se veut supérieure⁶⁰. De manière générale, on dira plus largement que la nation fragile, en tant que société distincte, va chercher à être confortée dans sa « dignité⁶¹ ». En ce qui nous concerne, nous croyons qu'il est possible de mesurer et de jauger, bien qu'imparfaitement, le rapport relatif d'une nation à sa fragilité – puis, ce faisant, à sa dignité – à l'aune de l'état de ses droits et prérogatives en matière de protection et de consolidation de sa culture sociétale. Autrement dit, il s'agit là d'une certaine dynamique de confiance/méfiance entre les partenaires de l'ensemble multinational⁶².

⁵⁷ L. BALTHAZAR, préc., note 43.

⁵⁸ J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36.

⁵⁹ Anthony D. SMITH, *The Ethnic Origins of Nations*, Cambridge, Blackwell Publishers, 1986.

⁶⁰ U. ABULOF, préc., note 28.

⁶¹ Guy LAFOREST, *Un Québec exilé dans la fédération. Essai d'histoire intellectuelle et de pensée politique*, Montréal, Québec Amérique, 2014, p. 24.

⁶² Dimitrios KARMIS et François ROCHER (dir.), *La dynamique confiance/méfiance dans les démocraties multinationales. Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012; Daniel WEINSTOCK, « Vers une théorie normative du fédéralisme », (2001) 167 *Revue internationale de sciences sociales* 79.

En ce sens la force relative d'une culture sociétale constitue un contrepois à la fragilité de la nation. Pour mesurer cette force relative, nous croyons révélateur de poser un regard comparatif sur les six leviers juridico-constitutionnels, identifiés ci-haut, qui sont fondamentaux pour la pérennité d'une culture sociétale. Afin d'être en mesure d'observer empiriquement l'état du droit face à ces leviers juridico-constitutionnels, nous identifierons douze indicateurs, ceux-ci composant l'*Index des cultures sociétales*.

D'un point de vue méthodologique, notre démarche s'inspire des travaux de Keith Banting et Will Kymlicka portant le *Multicultural Policy Index* (2015). Ainsi, chacun des leviers juridico-constitutionnels articulant l'*Index des cultures sociétales* sera observé par l'intermédiaire de deux indicateurs. Similairement à ce qu'on observe pour la structure méthodologique du *Multicultural Policy Index*, nous attribuerons une valeur *qualitative* à chacun des 12 indicateurs, que nous traduirons ensuite en valeur *quantitative*. Selon les critères d'évaluations retenus – que nous présenterons dans les pages qui suivent –, un indicateur pourra prendre trois valeurs : Oui (1 point), Partiellement (0,5 point), ou Non (0 point). Au final, nous obtiendrons pour chaque cas à l'étude une valeur totale X sur un maximum de 12 points. Cela correspondra à la capacité relative d'une nation fragile à développer les institutions clés de sa culture sociétale sur l'ICS.

À l'image du *Multicultural Policy Index*, les leviers et les indicateurs sont ici considérés comme égaux en valeur absolue, et ce, même si d'un point de vue substantiel ou normatif, certains pourraient légitimement défendre la position selon laquelle un de nos leviers – celui de la reconnaissance nationale, par exemple⁶³ – devrait revêtir un caractère plus fondamental en comparaison avec d'autres. Nous justifions ce choix par des considérations méthodologiques. En effet, il serait difficile de justifier pourquoi, en raison de son *importance fondamentale*, tel levier devrait obtenir, sur l'Index, un poids plus ou moins élevé qu'un autre. Autrement dit, il serait téméraire, conceptuellement, de justifier de manière quantitative la valeur substantielle ou normative supérieure de tel levier par comparaison aux autres. Le risque de se perdre dans un débat aux dimensions à la fois philosophique et méthodologique serait trop important, et nous éloignerait du réel objet de notre recherche.

⁶³ Michel SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance: une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal, Boréal, 2008.

Ainsi, à partir d'un tel Index standardisé, nous serons en mesure de comparer le développement institutionnel relatif de la culture sociétale de différentes nations fragiles, pour ensuite en venir à juger de la manière dont ces communautés nationales abordent et gèrent leur fragilité. Ces considérations méthodologiques maintenant abordées, voici les six leviers juridico-constitutionnels et les douze indicateurs qui nous permettront d'observer, puis d'évaluer l'ancrage institutionnel relatif des nations fragiles.

A. *Reconnaissance nationale*

Premièrement, il s'agit du levier juridico-constitutionnel de la *reconnaissance nationale*. En nous inspirant du philosophe Charles Taylor⁶⁴, nous soutenons qu'une identité nationale s'exprime et s'entretient de manière dialogique, et que la non- ou mal-reconnaissance de son identité distincte de la part d'autrui significatif – surtout, pour les cas à l'étude, de la part des nations majoritaires canadienne et italienne – consiste en un tort moral sérieux. Le sérieux de ce tort, qui s'exprime alors par le sentiment d'une carence de reconnaissance⁶⁵ ou d'un exil intérieur⁶⁶, a des conséquences majeures sur la capacité des nations minoritaires à gérer et à traiter de manière raisonnable et équitable leurs propres minorités⁶⁷. Plus encore, la reconnaissance sous-tend l'ensemble du cadre conceptuel

⁶⁴ Charles TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994, p. 42; Charles TAYLOR, «The Politics of Recognition», dans Amy GUTMANN (dir.), *Multiculturalism and «The Politics of Recognition». An Essay*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 25.

⁶⁵ Michel SEYMOUR, «Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois», dans Bernard GAGNON (dir.), *La diversité québécoise en débats*, Montréal, Québec Amérique, 2010, p. 223

⁶⁶ G. LAFOREST, préc., note 61.

⁶⁷ Andreas WIMMER, «Explaining Xenophobia and Racism: A Critical Review of Current Research Approaches», (1997) 20 *Ethnic and Racial Studies* 17. Ce premier levier est différent des cinq autres, notamment parce qu'il n'est pas un *mécanisme*, un *dispositif* ou encore un *pouvoir*. Il est plutôt un fait, une réalité observable. Celui-ci peut être quantifiable, appréciable à la lumière de différents facteurs et avoir des impacts pratiques, mais sa valeur première est d'abord et avant tout symbolique et abstraite. En effet, la reconnaissance n'est pas un gage de protection de la nation fragile, non plus qu'elle permettrait à celle-ci de promouvoir directement sa spécificité. L'importance de ce premier levier est autre. Elle réside davantage dans la nécessité que pour *assurer sa pérennité*, la nation fragile doit d'abord et avant tout *exister*.

de l'ICS. En effet, nous croyons que pour mettre en place différents « mécanismes de gestion du pluralisme, on doit avant tout reconnaître les groupes qui en sont les bénéficiaires⁶⁸ ». Ainsi, afin d'appréhender empiriquement la *reconnaissance nationale*, nous nous appuyons sur deux indicateurs :

Le **premier indicateur** est celui de la *mention de reconnaissance*. Il s'agira d'observer si la Constitution de l'État central mentionne expressément l'existence de la nation fragile comme étant, dans une certaine mesure, distincte. Pour obtenir « Oui » (1 point) à ce premier indicateur, on doit observer dans la Constitution de l'État central une mention de l'existence de la nation fragile comme étant, dans une certaine mesure, distincte. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), la nation fragile bénéficie d'une certaine reconnaissance de son caractère distinct de la part de l'État central, sans que celle-ci soit formellement présente dans l'ordre constitutionnel. Pour obtenir « Non » (0 point), on n'observe aucune reconnaissance du caractère distinct de la nation fragile.

Le **deuxième indicateur** est celui de l'*asymétrie constitutionnelle*. Il faudra ici vérifier s'il existe une forme d'asymétrie constitutionnelle en faveur de la nation fragile, l'asymétrie étant une conséquence de la reconnaissance. Pour obtenir « Oui » (1 point), on observe *de jure* une forme d'asymétrie constitutionnelle en faveur de la nation fragile. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), on observe *de facto* une certaine forme d'asymétrie constitutionnelle en faveur de la nation fragile, sans que cela ne se reflète nécessairement *de jure*. Pour obtenir « Non » (0 point), on n'observe pas d'asymétrie constitutionnelle en faveur de la nation fragile.

B. Droits linguistiques

Deuxièmement, on retrouve le levier juridico-constitutionnel des *droits linguistiques*. Tel qu'avancé précédemment, nous présentons la langue comme une manière de penser (*mind-set*)⁶⁹, laquelle reflète ou a vocation à refléter une certaine identité culturelle. De même, c'est ultimement via

⁶⁸ Dave GUÉNETTE, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien – Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », (2016) 46 *Revue générale de droit* 215, 224.

⁶⁹ A. CARLÀ, préc., note 39.

une langue commune et standardisée que la culture sociétale peut être diffusée et partagée⁷⁰ et que la communauté nationale peut en venir à s'*imaginer* comme telle⁷¹. C'est également via une langue spécifique que s'institutionnalise une communauté nationale, et qu'elle éduque sa jeunesse, ses futurs citoyens⁷². En ce sens, et reprenant les mots de José Woehrling, « pour qu'une langue minoritaire puisse être maintenue et transmise, il faut qu'elle puisse être enseignée, ou mieux encore servir de langue d'enseignement⁷³ ». En un mot, la capacité de *faire société*, pour une nation fragile, dépend grandement de la présence de certaines protections juridiques en matière linguistique⁷⁴. À cet effet, voici les deux indicateurs retenus :

Le **troisième indicateur** correspond à la possibilité de *choisir sa langue officielle*, distincte ou non de la langue majoritaire au niveau étatique. Pour obtenir « Oui » (1 point), la nation fragile a la possibilité de faire de son vernaculaire la langue publique prédominante. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), le vernaculaire de la nation fragile détient un statut officiel, sans être prédominant. Pour obtenir « Non » (0 point), le vernaculaire de la nation fragile n'a pas de statut officiel.

Le **quatrième indicateur** consiste en la possibilité, pour la nation fragile, de faire de son vernaculaire la *langue prédominante de son système d'éducation*. Pour obtenir « Oui » (1 point), la nation fragile a la possibilité de faire de sa langue celle prédominante de son système d'éducation. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), la nation fragile a la possibilité d'offrir sa langue dans le curriculum du système d'éducation, sans que celle-ci n'y soit prédominante. Pour obtenir « Non » (0 point), la nation fragile n'a pas la possibilité d'offrir le curriculum du système d'éducation dans sa langue.

⁷⁰ E. GELLNER, préc., note 45, p. 26.

⁷¹ B. ANDERSON, préc., note 39, p. 44-45.

⁷² *Id.*, p. 115-116.

⁷³ J. WOEHRLING, préc., note 7, 127-128.

⁷⁴ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 71. Comme tout règle générale, on trouve ici des exceptions. Par exemple, on pourrait – et on le fera éventuellement – qualifier l'Écosse de nation fragile, où l'enjeu linguistique n'est pas d'une telle nécessité.

C. Compétence en matière d'immigration et d'intégration

Troisièmement, il s'agit du levier juridico-constitutionnel de la *compétence en matière d'immigration et d'intégration*. D'abord, la nation minoritaire doit pouvoir exercer un contrôle sur le volume de l'immigration arrivant sur son territoire, de sorte que la communauté nationale soit en mesure d'intégrer ses nouveaux arrivants de manière raisonnable et équitable⁷⁵. D'égale importance, la nation minoritaire doit pouvoir exercer un contrôle sur les termes de l'intégration, sans quoi les nouveaux arrivants pourraient *a fortiori* s'intégrer à la culture majoritaire⁷⁶, ce qui, par la force de la raison, en viendrait à minimiser les institutions de la culture sociétale de la nation fragile. Voici les deux indicateurs retenus pour ce levier :

Le **cinquième indicateur** consiste en le pouvoir, pour la nation fragile, d'établir une *politique générale en matière d'immigration* – par exemple, la capacité de fixer le nombre d'immigrants qu'elle recevra et leur répartition sur son territoire. Pour obtenir «Oui» (1 point), la nation fragile a le pouvoir d'établir une politique générale en matière d'immigration. Pour obtenir «Partiellement» (0,5 point), la nation fragile détient un certain pouvoir à cet égard, mais en partage la compétence avec un autre palier gouvernemental. Pour obtenir «Non» (0 point), la nation fragile n'a pas le pouvoir d'établir de politique générale en matière d'immigration.

Pour ce qui est du **sixième indicateur**, celui-ci consiste en le *pouvoir de sélection et d'intégration des immigrants*. Pour obtenir «Oui» (1 point), la nation fragile a le pouvoir d'établir des critères spécifiques quant à la sélection et à l'intégration des immigrants qui s'établiront sur son territoire. Pour obtenir «Partiellement» (0,5 point), la nation fragile a une certaine marge de manœuvre quant à la sélection et à l'intégration de ses immigrants, mais à toute fin pratique ne détient pas le dernier mot en cette matière. Pour obtenir «Non» (0 point), la nation fragile n'a pas compétence en ce qui concerne la sélection et l'intégration des immigrants.

⁷⁵ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 285 ; John MCGARRY, «Political Settlements in Northern Ireland and South Africa», (1998) 46 *Political Studies* 853.

⁷⁶ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 285-286 ; Joseph H. CARENS, *Is Québec Nationalism Just ?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1995.

D. Autonomie fiscale

Quatrièmement, il s'agit du levier juridico-constitutionnel se rapportant à l'*autonomie fiscale*. L'autonomie fiscale, pour une nation fragile, est d'une importance fondamentale afin que la communauté nationale ait les moyens de financer ses programmes publics et d'ainsi consolider sa culture sociétale⁷⁷. Plus généralement, l'autonomie fiscale est de nature à permettre à celle-ci de réaliser son plein épanouissement en tant qu'entité nationale distincte, notamment sur le plan du filet social de l'État-providence⁷⁸. Autrement dit, un système financier efficace et stable est l'un des facteurs décisifs pour la mise en œuvre d'un régime politique autonome fonctionnel⁷⁹. Autant les théories du fédéralisme – avec le fédéralisme fiscal –, que celles du consociationalisme – avec le pilier de l'autonomie segmentale⁸⁰ – accordent une certaine importance à l'autonomie fiscale des collectivités minoritaires. Voici les deux indicateurs retenus à cet effet :

Le septième indicateur renvoie au *pouvoir de lever des impôts pour la nation fragile*. Pour obtenir « Oui » (1 point), la nation fragile ne se voit imposer par l'ordre constitutionnel aucune restriction majeure quant au pouvoir de lever ses propres impôts. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), l'ordre constitutionnel accorde la possibilité à la nation fragile de lever ses impôts eu égard à ses compétences constitutionnelles, toutefois ce pouvoir est accompagné de restrictions significatives. Pour obtenir « Non » (0 point), la nation fragile n'a pas la possibilité de lever ses propres impôts.

Le huitième indicateur consiste en la *redistribution interne des recettes fiscales de l'État*. Pour obtenir « Oui » (1 point), on note qu'il existe un mécanisme de redistribution interne des recettes fiscales de

⁷⁷ A.-G. GAGNON, préc., note 20, p. 15.

⁷⁸ Daniel BÉLAND et André LECOURS, « Nationalisme et protection sociale : une approche comparative », (2004) 30 *Analyse de politiques* 319 ; Daniel BÉLAND et André LECOURS, « Sub-state nationalism and welfare state : Quebec and the Canadian federalism », (2006) 12 *Nations and Nationalism* 77.

⁷⁹ Thomas BENEDIKTER, « The Financial System of the Autonomous Province of Bolzano/Bozen », dans J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36, p. 105, à la page 108.

⁸⁰ Arend LJPHART, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977.

l'État ayant pour objectif d'assurer un seuil minimal du niveau de vie, et ce notamment sur le territoire de la nation fragile. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), toute forme de redistribution interne des recettes fiscales de l'État dépend des seules règlementations mises de l'avant par l'État central. Pour obtenir « Non » (0 point), il n'existe aucune obligation contraignante pour le gouvernement central de procéder à une redistribution interne des recettes fiscales.

E. Autodétermination interne

Cinquièmement, on réfère au levier juridico-constitutionnel en matière d'*autodétermination interne*. Lorsqu'une nation fragile fait partie d'un ensemble multinational, elle doit être habilitée à entamer des négociations ou discussions sur l'ordre constitutionnel en vigueur, de même qu'elle doit être en mesure d'influencer le processus constituant, en toute cohérence avec son besoin d'autodétermination interne. Les autres membres-partenaires de l'ensemble multinational ont alors le devoir de tenir compte de ces demandes légitimes⁸¹. Si ce n'est pas le cas, la fragilité de la nation se voit prise dans une « structure de domination⁸² ». À cet égard, voici les deux indicateurs retenus :

Dans une optique de promotion de la spécificité de la nation fragile, le **neuvième indicateur** consiste en la *capacité d'initier une révision de la Constitution*. Pour obtenir « Oui » (1 point), la nation fragile a le pouvoir d'initier une révision de la Constitution. Pour obtenir « Partiellement » (0,5 point), la nation fragile peut en venir à initier une révision de la Constitution, mais elle ne peut le faire à partir de ses propres institutions. Pour obtenir « Non » (0 point), la nation fragile n'a pas de pouvoir d'initiative.

D'un point de vue davantage de protection, le **dixième indicateur** consiste en le *droit de veto* pour une nation fragile dans le cadre du processus constituant. Si ce veto n'a pas forcément à être étendu à toutes les matières pour jouer son rôle de protection, il devrait à tout le moins s'appliquer à toutes les questions qui touchent directement la nation fragile. Pour obtenir « Oui » (1 point), la nation fragile bénéficie d'un droit de veto dans le cadre du processus constituant. Pour

⁸¹ J. WOEHLING, préc., note 8, p. 19; James TULLY, « Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales », (1999) 2 *Revue internationale d'études québécoises* 16.

⁸² J. TULLY, préc., note 81.

obtenir « Partiellement » (0,5 point), la nation fragile bénéficie d'un certain droit de veto dans le cadre du processus constituant, sans que celui-ci s'étende à toutes les questions qui la touchent directement. Pour obtenir « Non » (0 point), la nation fragile n'a pas de droit de veto.

F. Autodétermination externe

Enfin, sixièmement, il s'agit du levier juridico-constitutionnel en matière d'*autodétermination externe*. Comme le rappelle Alain Dieckhoff⁸³, la présence d'une nation minoritaire ou minorité nationale dans un ensemble étatique multinational ou complexe engendre nécessairement son lot d'instabilité politique. Toutefois, cette incertitude doit être perçue comme inhérente au vivre-ensemble démocratique dans un ensemble multinational⁸⁴. Ultiment, nous croyons qu'une nation fragile, en carence de reconnaissance et dont les droits fondamentaux pour la consolidation de sa culture sociétale apparaissent comme insuffisants, a le droit légitime d'entamer un exercice démocratique pour une éventuelle sécession, et ce dans l'esprit général du droit à l'autodétermination des peuples⁸⁵. Ce dernier levier juridico-constitutionnel en est donc un de la plus haute importance. Il est également le levier de l'ultime option. Pour la nation fragile, il revêt un double caractère. D'abord, d'un point de vue objectif, il peut constituer la réponse la plus forte et la plus efficace face à un ordre constitutionnel ne lui permettant plus de se développer au sein de l'État multinational. La possibilité de faire sécession devient alors parfois la seule solution face à un tel ordre constitutionnel stérile. Ensuite, du point de vue subjectif et symbolique, pour la nation fragile, savoir qu'elle détient cette possibilité de faire sécession peut parfois s'avérer suffisant pour atténuer sa

⁸³ Alain DIECKHOFF, « L'État face au défi de la multinationalité », dans Alain-G. GAGNON et Jocelyn MACLURE (dir.), *Repères en mutation : Identité et citoyenneté dans le Québec contemporain*, Montréal, Québec Amérique, 2001, p. 321, à la page 348.

⁸⁴ W. KYMLICKA, préc., note 19, p. 118 ; Michael BURGESS, « The Paradox of Diversity. Asymmetrical Federalism in Comparative Perspective », dans Francesco PALERMO, Carolin SWILLING et Karl KÖSSLER (dir.), *Asymetries in Constitutional Law. Recent Developments in Federal and Regional Systems*, Bolzano-Bozen, Eurac Research, p. 21 ; Alain-G. GAGNON, *La raison du plus fort. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Montréal, Québec Amérique, 2008.

⁸⁵ A.-G. GAGNON, préc., note 20, p. 6.

peur de disparaître. Voici les deux derniers indicateurs, retenus pour cet ultime levier :

Le **onzième indicateur** consiste en le droit pour la nation fragile d'*organiser une consultation populaire* sur son territoire. Pour obtenir «Oui» (1 point), la nation fragile a le droit d'organiser une consultation populaire ou un référendum sur son territoire relativement à une question constitutionnelle. Pour obtenir «Partiellement» (0,5 point), la nation fragile a le droit d'organiser une consultation populaire ou un référendum sur son territoire relativement à des enjeux de nature non constitutionnelle. Pour obtenir «Non» (0 point), la nation fragile n'a pas le droit d'organiser une consultation populaire sur son territoire.

Le **douzième indicateur** consiste en la *reconnaissance du droit de faire sécession* de la nation fragile. Pour obtenir «Oui» (1 point), l'ordre constitutionnel reconnaît le droit pour la nation fragile de faire sécession. Pour obtenir «Partiellement» (0,5 point), l'État central se réserve le droit de dicter unilatéralement les termes selon lesquels la nation fragile pourrait éventuellement entamer une démarche sécessionniste. Pour obtenir «Non» (0 point), l'ordre constitutionnel nie totalement ce droit à la nation fragile.

Nous appliquerons maintenant ce cadre théorique et méthodologique de l'*Index des cultures sociétales* aux nations québécoise et sud-tyrolienne, ce qui ultimement nous permettra d'être en posture légitime pour poser un jugement raisonné eu égard à leur *fragilité*.

IV. Application de l'*Index des cultures sociétales* aux cas québécois et sud-tyroliens

Les nations fragiles québécoise et sud-tyrolienne, de par leur appartenance à un État multinational, sont confrontées à un ordre constitutionnel en vigueur pour une communauté ne se limitant évidemment pas à elles seules, mais englobant plutôt l'ensemble de l'État duquel elles font partie. Ainsi, les leviers juridico-constitutionnels que nous avons esquissés plus haut et le niveau de protection qu'ils accordent ne dépendent pas du seul bon vouloir de ces nations fragiles. Autrement, celles-ci seraient en mesure de prendre tous les moyens nécessaires afin de *fortifier* leur culture sociétale et pourraient ainsi adopter toutes les normes – constitutionnelles, législatives ou autres – leur permettant de lutter contre leur fragilité. Bref, elles seraient des nations souveraines.

Ainsi, les données pertinentes relativement aux leviers juridico-constitutionnels pour les nations fragiles québécoise et sud-tyrolienne trouveront nécessairement leurs fondements dans l'ordre constitutionnel des États canadien et italien. Bien sûr, la mise en application de ces leviers peut se faire à travers de simples processus législatifs, ententes administratives ou intergouvernementales ou même par la pratique – autant au niveau central que provincial –, mais les fondements juridiques de tels leviers doivent trouver leur source dans l'ordre constitutionnel global. C'est donc précisément à cela que nous nous intéresserons ici, soit à la présence – ou au contraire à la négation ou à l'absence – de ces différents leviers dans les ordres juridiques canadien et italien.

Ainsi, la présente étude ne concerne pas tant l'*utilisation* de ces prérogatives par les nations fragiles ou encore l'*efficacité* pratique de celles-ci, mais plus simplement leur existence et la possibilité d'en faire usage. Il ne s'agit donc pas d'étudier une *opportunité politique* ou encore un ensemble de circonstances créant un *contexte idéal* pour les nations fragiles afin d'utiliser ces différents leviers, mais plutôt de savoir si celles-ci ont la capacité d'y recourir et si oui, dans quelle mesure peuvent-elles le faire. Voici maintenant, suivant la structure exacte de l'*Index des cultures sociétales*, les données recueillies :

A. Reconnaissance nationale

S'agissant du Tyrol du Sud, son existence est spécifiquement prévue par la Constitution italienne, sous le nom de province autonome de Bozen/Bolzano. Celle-ci est mentionnée notamment à l'article 116 en tant que *province autonome* de la région du Trentin-Haut Adige/Südtirol. Au même article, il est prévu que « [d]es formes et des conditions particulières d'autonomie sont attribuées » à cinq régions différentes de l'Italie, dont fait partie le Trentin-Haut Adige/Südtirol. Cette situation a donc pour effet de reconnaître l'existence du Tyrol du Sud en mentionnant explicitement celle-ci dans le texte constitutionnel et en justifiant cette reconnaissance par un besoin plus grand d'autonomie (**TS.Ind.1 : « Oui »**)⁸⁶.

L'asymétrie constitutionnelle en faveur de la nation fragile trouve également des fondements substantiels dans la Constitution italienne.

⁸⁶ À travers la présentation des résultats, nous marquerons ainsi la valeur de chaque indicateur par rapport aux deux cas à l'étude. Légende : TS signifie Tyrol du Sud ; Qc signifie Québec ; Ind.(X) correspond à l'indicateur observé.

D'abord, celle-ci prévoit « [d]es formes et des conditions particulières d'autonomie » pour chacune des cinq régions dont l'existence est formellement prévue par la Constitution, en plus de prescrire pour elles l'adoption de « statuts spéciaux [...] adoptés par loi constitutionnelle⁸⁷ ». Mais l'asymétrie la plus significative est très certainement la décentralisation législative prévue par la division de la région du Trentin-Haut Adige/Südtirol en deux provinces autonomes. D'un point de vue institutionnel, cette division – phénomène unique en Italie – a pour effet d'accentuer la reconnaissance constitutionnelle du Tyrol du Sud et constitue en soi une asymétrie institutionnelle d'une ampleur incontestable au sein de l'ordre constitutionnel italien (**TS.Ind.2** : « **Oui** »).

Le cas du Québec est fort différent. La Constitution canadienne est muette relativement à la spécificité québécoise au sein de la fédération canadienne⁸⁸. Le Québec est bien mentionné à quelques endroits dans les lois constitutionnelles du Canada, mais jamais réellement en tant qu'entité distincte des autres provinces. Il s'agit là d'un enjeu ayant marqué les débats constitutionnels au pays depuis le rapatriement de 1982. Ainsi, les accords du lac Meech et de Charlottetown – s'étant tous deux soldés par un échec – proposaient de reconnaître que le Québec forme une société distincte au sein du Canada⁸⁹. Il y a aussi eu deux motions de la Chambre des communes du Parlement canadien reconnaissant la « société distincte » et la « nation » québécoise, mais celles-ci n'ont pas de valeur constitutionnelle puisqu'elles ne sont pas l'œuvre du pouvoir constituant⁹⁰. José Woehrling précise d'ailleurs, de manière fort appropriée, qu'« au plan symbolique, une simple résolution n'a évidemment pas la même portée qu'une véritable disposition constitutionnelle⁹¹ ». La reconnaissance nationale du Québec au sein du Canada est donc partielle (**Qc.Ind.1** : « **Partiellement** »).

⁸⁷ *Constitution italienne*, art. 116 (1).

⁸⁸ Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – Expression d'une Constitution encore inachevée », (2015) 56 *Les Cahiers de droit* 411, 422.

⁸⁹ Sur l'Accord du lac Meech et surtout sur la clause de la société distincte, voir J. WOEHRLING, préc., note 24.

⁹⁰ J. WOEHRLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, préc., note 9, p. 53 : « Cependant, sur le plan juridique, la résolution n'a pas de caractère contraignant et, par conséquent, elle est dénuée de toute portée véritable ».

⁹¹ *Id.*, p. 53.

Par ailleurs, bien que certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* aient pour effet d'officialiser la cohabitation de plus d'un peuple fondateur au Canada – comme l'article 93 sur la dualité religieuse, l'article 94 sur le système bijuridique et l'article 133 sur la dualité linguistique –, ces dispositions ne reconnaissent pas officiellement et explicitement la nature multinationale du Canada et la spécificité du Québec⁹², mais ont plutôt pour objectif de protéger les minorités religieuses et linguistiques dans l'ensemble du pays. Néanmoins, il existe bien une asymétrie digne de mention au Canada, soit la présence de trois juges du Québec sur le banc de la Cour suprême (qui compte un total de neuf juges). Cette asymétrie, protégée par l'article 41 d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est bien, dans les faits, une mesure asymétrique adoptée afin de protéger le caractère distinctif de la nation québécoise⁹³. L'asymétrie constitutionnelle en faveur du Québec est donc encore une fois mitigée (**Qc.Ind.2**: «**Partiellement**»).

B. Droits linguistiques

Concernant la Constitution italienne, celle-ci prévoit que « [l]a République protège par des normes particulières les minorités linguistiques⁹⁴ ». Pour le Tyrol du Sud, c'est le *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige* qui précise la portée de cette protection. On y lit, à l'article 99, que « la langue allemande est à parité avec l'italien qui est la langue officielle de l'État ». Ainsi, dans l'ensemble de la Région du Trentin-Haut-Adige – et non seulement dans la province de Bolzano abritant la nation sud-tyrolienne – l'allemand est une langue *co-officielle*⁹⁵. Ceci a notamment pour effet que les citoyens de langue allemande de la province de Bolzano ont « la faculté d'employer leur langue dans les rapports avec les organismes judiciaires et les services et bureaux de l'Administration publique situés dans la province ou ayant compétence régionale, ainsi qu'avec les

⁹² À cet effet, José Woehrling mentionne : « Nous avons constaté que la Constitution du Canada contient également des dispositions qui, sinon prise chacune séparément, du moins par leur superposition, ont pour effet de créer un statut particulier pour le Québec en matière de droit privé » (*Id.*, p. 47). Il explique ensuite la valeur « purement formelle et rédactionnelle » de certaines de ces mêmes asymétries.

⁹³ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, [2014] 1 R.C.S. 433.

⁹⁴ *Constitution italienne*, art. 6.

⁹⁵ Cristina FRAENKEL-HAEBERLE, « Linguistic Rights and the Use of Language », dans J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36, p. 259, à la page 261.

fournisseurs de services d'intérêt public offerts dans ladite province⁹⁶». La langue allemande est donc officielle, sans être dominante au Tyrol du Sud (**TS.Ind.3**: «**Partiellement**»).

En ce qui concerne la langue de l'éducation, notons d'abord que l'État central italien détient une compétence globale en matière d'éducation⁹⁷. Cependant, cette compétence étant générale, le cadre qu'elle met en place n'empêche pas les régions italiennes de légiférer concernant la *langue de l'éducation*. C'est ainsi que le *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige* prévoit que dans la province de Bolzano, «l'enseignement dans les écoles maternelles, primaires et secondaires est dispensé dans la langue maternelle italienne ou allemande des élèves par des enseignants pour lesquels cette langue est aussi la langue maternelle⁹⁸», en plus de prévoir que l'enseignement de la langue seconde est obligatoire⁹⁹. Ainsi, le Statut d'autonomie établit deux systèmes d'éducation séparés et parallèles, en fonction de la segmentation linguistique dans la province. Le bilinguisme total de l'éducation a donc pour effet que l'allemand n'est pas la langue dominante du système (**TS.Ind.4**: «**Partiellement**»).

Pour sa part, en vertu de son pouvoir législatif, le Parlement québécois a adopté la *Charte de la langue française* qui proclame à son article premier que «[I]e français est la langue officielle du Québec». En pratique, cette loi fait notamment du français la langue de la justice, de l'Administration, du travail, du commerce et de l'enseignement. Le français est donc indéniablement la langue dominante au Québec (**Qc.Ind.3**: «**Oui**»).

En matière d'éducation, la *Charte de la langue française* permet au Québec d'imposer le français comme langue de l'enseignement aux Québécois francophones, de même qu'aux immigrants – contrairement à ce qui est opéré au Tyrol du Sud¹⁰⁰ –, mais lui impose de respecter le droit à une éducation en anglais, selon certaines conditions, pour la minorité

⁹⁶ *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige*, art. 100.

⁹⁷ *Constitution italienne*, art. 117.

⁹⁸ *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige*, art. 19 (1).

⁹⁹ *Id.*, art. 19 (1) *in fine*.

¹⁰⁰ Siegfried BAUR et Roberta MEDDA-WINDISCHER, «The Education System in South Tyrol», dans J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36, p. 235; Elisabeth ALBER, «South Tyrol's Education System: Plurilingual Answers for Monolingual Spheres?», (2012) 363 *L'Europe en formation* 399.

anglophone du Québec¹⁰¹. Ainsi, le français y prédomine alors également (**Qc.Ind.4**: «**Oui**»).

C. Compétence en matière d'immigration et d'intégration

En Italie, la Constitution prévoit que l'État central a le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'immigration¹⁰². Dans son exercice de cette compétence, l'État italien énonce les principes fondamentaux de sa politique migratoire, notamment le cadre selon lequel se produit la normalisation du statut des immigrants, de même que ses politiques générales en matière d'immigration. En bref, l'État central détenant la compétence pour toutes les questions relatives à l'immigration, il en résulte que les régions italiennes n'ont que le pouvoir d'exprimer leur opinion quant aux différents enjeux relatifs à celle-ci¹⁰³. Elles ne détiennent donc pas le pouvoir d'établir leur propre politique en matière d'immigration (**TS.Ind.5**: «**Non**»).

En matière de sélection et d'intégration des immigrants, la province du Tyrol du Sud a adopté une loi concernant l'*intégration* des immigrants sur son territoire. La Cour constitutionnelle a cependant déclaré inconstitutionnelles les dispositions de cette loi qui relevaient du pouvoir législatif de l'État central, adoptant ainsi une interprétation restrictive du cadre constitutionnel italien sur cette question¹⁰⁴. Conséquemment, le pouvoir du Tyrol du Sud en la matière est fort limité par le cadre constitutionnel italien. Comme exemple supplémentaire de ce phénomène, l'article 1^{er} (4) de la *Loi italienne consolidée sur l'immigration* prévoit que pour toutes les matières tombant sous l'égide des compétences régionales et provinciales, les dispositions de la loi italienne constituent des *principes fondamentaux* liant les entités fédérées. Ainsi, malgré les nombreuses compétences législatives détenues par le Tyrol du Sud sur des matières influençant directement ou indirectement l'immigration et l'intégration¹⁰⁵, l'État central conserve toujours, à travers sa compétence en immigration, sa prédominance à cet effet. Le Tyrol du Sud peut donc déterminer cer-

¹⁰¹ J. WOEHLING, «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», préc., note 5, 186; Voir aussi J. WOEHLING, préc., note 1.

¹⁰² *Constitution italienne*, art. 117 b).

¹⁰³ R. MEDDA-WINDISCHER, préc., note 51, 117.

¹⁰⁴ *Id.*, 118.

¹⁰⁵ *Id.*, 117.

tains principes relativement à l'intégration des immigrants, à la condition que ceux-ci soient cohérents avec les mesures mises en place par l'État italien (**TS.Ind.6**: «**Partiellement**»).

Quant au cas québécois en matière d'immigration, le cadre constitutionnel canadien est à première vue plus décentralisé que son équivalent italien. En effet, l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit une compétence concurrente entre les provinces et le fédéral face à la compétence en immigration, avec une prépondérance pour la législation fédérale en cas d'incompatibilité des deux lois. Toutefois, dans la pratique, cette compétence concurrente se matérialise surtout en ententes administratives – donc non régies par le cadre constitutionnel canadien – dans lesquelles les gouvernements fédéral et québécois établissent le fonctionnement du partage de leurs pouvoirs respectifs en matière d'immigration. De cette situation, le Québec retire des prérogatives importantes, mais qui souffrent aussi de carences substantielles¹⁰⁶. En ce sens, rappelant la «précarité constitutionnelle absolue» des pouvoirs québécois en matière d'immigration, Henri Brun et Eugénie Brouillet affirment que la Constitution du Canada «est articulée de manière à permettre au Parlement fédéral et au gouvernement du Canada d'exercer s'ils le souhaitent la plénitude de la compétence étatique en matière d'immigration¹⁰⁷». Nous faisons nôtre cette observation. Devant cette situation, José Woehrling s'interroge d'ailleurs sur la possibilité de constitutionnaliser ces ententes intergouvernementales en matière d'immigration¹⁰⁸. Quoiqu'il en soit, la compétence actuelle du Québec pour établir une politique générale en matière d'immigration est donc partagée (**Qc.Ind.5**: «**Partiellement**»).

En ce qui concerne les critères de sélection et les politiques d'intégration des immigrants que le Québec peut imposer, celles-ci dépendent également des ententes administratives desquelles il a été question au paragraphe précédent¹⁰⁹. Rappelons ainsi notamment que le principe de la liberté de circulation dans la fédération canadienne a pour effet que des

¹⁰⁶ Henri BRUN et Eugénie BROUILLET, «Le partage des pouvoirs en matière d'immigration : une perspective québécoise», dans Pierre THIBAUT, Benoit PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 55, à la page 66.

¹⁰⁷ *Id.*, à la page 86.

¹⁰⁸ J. WOEHRLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, préc., note 9, p. 48.

¹⁰⁹ H. BRUN et E. BROUILLET, préc., note 106.

immigrants peuvent parfaitement contourner les critères de sélections du Québec en étant d'abord sélectionnés par les autorités centrales, puis en s'établissant ensuite dans la province. De plus, le principe constitutionnel du multiculturalisme impose aussi des restrictions au Québec en matière d'intégration¹¹⁰. Ainsi, malgré ses pouvoirs en matière de sélection et d'intégration des immigrants, il en résulte que la latitude du Québec en la matière n'est pas absolue (**Qc.Ind.6 : «Partiellement»**).

D. Autonomie fiscale

Pour ce qui est de l'autonomie fiscale et de l'indicateur de la capacité de lever ses propres impôts, l'ordre constitutionnel italien prévoit d'abord le principe de base selon lequel l'État central a le pouvoir exclusif de légiférer sur le système fiscal et comptable en Italie¹¹¹. La Constitution précise ensuite que les provinces et les régions établissent et appliquent des impôts en harmonie avec le système fiscal de l'État¹¹², ce que reprend l'article 73 du *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige*, en prévoyant que la Région et les provinces peuvent « instituer par des lois leur propre fiscalité conformément aux principes du système fiscal de l'État, dans les domaines de leurs ressorts respectifs ». Ainsi, l'essentiel du système fiscal étant du ressort de l'État italien, le Tyrol du Sud se retrouve dans une situation où son « véritable pouvoir d'établir de nouvelles taxes ou de modifier celles du système central est très précaire¹¹³ ». Par conséquent, « l'autonomie du Tyrol du Sud ne s'étend pas au champ fiscal, à l'exception de quelques cas prévus par le Statut d'autonomie dans lesquels la province autonome peut exercer une souveraineté fiscale limitée¹¹⁴ ». Son pouvoir de lever des impôts est donc frappé de restrictions significatives (**TS.Ind.7 : «Partiellement»**).

Concernant le huitième indicateur, soit la redistribution interne des recettes fiscales de l'État, l'article 117 e) de la Constitution italienne prévoit que l'État central a la compétence exclusive de légiférer en matière de péréquation des ressources financières. À cette compétence est jume-

¹¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 27.

¹¹¹ *Constitution italienne*, art. 117 e).

¹¹² *Id.*, art. 119.

¹¹³ T. BENEDIKTER, préc., note 79, à la page 108.

¹¹⁴ *Id.*, à la page 108.

lée l'obligation selon l'article 119 d'établir un fonds de péréquation, *sans nécessité d'affectation à une destination déterminée*, pour les territoires ayant une capacité fiscale par habitant inférieure à la moyenne. Enfin, toujours selon l'article 119, l'État doit allouer des ressources additionnelles à ce fonds afin de promouvoir la cohésion et la solidarité sociale d'une part, et pour éliminer les déséquilibres économiques et sociaux de l'autre. De ce fait, « les recettes fiscales du Tyrol du Sud dépendent considérablement des transferts en provenance de l'État central¹¹⁵ ». Il existe donc bien, en Italie, un mécanisme de redistribution des ressources devant servir à assurer un niveau de vie similaire à la grandeur de l'État (TS.Ind.8 : « Oui »).

Quant au Québec et à son pouvoir de lever ses propres impôts, celui-ci est prévu à l'article 92 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Au Canada, les provinces ont compétence en ce qui a trait à la « [t]axation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objectifs provinciaux ». Énoncé en termes généraux, les limites dont aurait pu souffrir ce pouvoir de taxation ont été considérablement restreintes par la pratique et leur interprétation jurisprudentielle¹¹⁶, d'autant plus qu'il a été jugé que des « lois fiscales fédérales et provinciales dans un même champ ne peuvent pratiquement pas être incompatibles¹¹⁷ ». En conséquence, « [i]l n'existe donc pas de contrainte constitutionnelle significative aux pouvoirs de taxation d'une province¹¹⁸ » (Qc.Ind.7 : « Oui »).

Pour l'indicateur de la redistribution interne des recettes fiscales de l'État, la Constitution canadienne prévoit expressément le principe de la péréquation à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par cet article, l'État central s'engage à faire des paiements « propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables ». La redistribution des recettes fiscales dans l'État canadien a donc cet objectif de « redresser les écarts de revenus

¹¹⁵ *Id.*, à la page 109.

¹¹⁶ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 483 et suiv.

¹¹⁷ *Id.*, p. 485.

¹¹⁸ Guy LACHAPPELLE, Luc BERNIER et Pierre P. TREMBLAY, *Le processus budgétaire au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1999, p. 29.

entre provinces riches et provinces pauvres » en octroyant à ces dernières « des transferts fédéraux inconditionnels¹¹⁹ » (**Qc.Ind.8** : « **Oui** »).

E. Autodétermination interne

En ce qui concerne l'autodétermination interne, la Constitution italienne ne prévoit pas expressément le droit d'initiative de son processus de révision constitutionnelle. Dans ces circonstances, la Cour constitutionnelle a précisé que l'initiative de la révision suit la même procédure que l'initiative des lois ordinaires¹²⁰. Or, l'article 121 de la Constitution prévoit qu'un conseil régional peut soumettre des propositions de loi aux Chambres. Cette *proposition* d'initiative, ne constituant pas une initiative formelle, a été interprétée par la Cour constitutionnelle comme jouissant d'une certaine force normative¹²¹. Ainsi, la région du Trentin-Haut Adige/Südtirol est en mesure de proposer une révision de la Constitution. Toutefois, puisque ce pouvoir incombe à la région et non à la province, le Tyrol du Sud doit passer par le Parlement régional pour proposer une telle initiative. Sa prérogative doit alors s'exercer dans des institutions qui ne sont pas les siennes, en plus de ne pas constituer une initiative formelle (**TS.Ind.9** : « **Partiellement** »)¹²².

Quant à la possibilité que le Tyrol du Sud détienne un droit de veto, celle-ci est inexistante. En effet, en Italie, « les minorités ne sont pas habilitées à exercer un droit de veto¹²³ », notamment puisque l'article 138 de la Constitution ne prévoit pas cette éventualité (**TS.Ind.10** : « **Non** »)¹²⁴.

¹¹⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 116, p. 442.

¹²⁰ Voir notamment les décisions suivantes de la Cour constitutionnelle italienne : SCC 256/1989 ; SCC 470/1992 ; SCC 496/2000.

¹²¹ Tania GROPPi, « Constitutional Revision in Italy », dans Xenophon CONTIADES (dir.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, New York, Routledge, 2013, p. 203, à la page 207.

¹²² La capacité réelle en matière d'initiative du Tyrol du Sud souffre ainsi d'une double carence : en plus de ne pas constituer une initiative en bonne et due forme, renvoyant plutôt à une *proposition formelle*, la nation sud-tyrolienne n'est pas en mesure de l'initier à même ses propres institutions et doit passer par le Conseil régional.

¹²³ T. GROPPi, préc., note 121, à la page 207.

¹²⁴ Il est bien possible, dans certaines circonstances, d'appliquer un veto suspensif (*Constitution italienne*, art. 138), mais les conditions dans lesquelles un tel veto peut être mis en pratique rendent celui-ci inaccessible pour le Tyrol du Sud.

Pour le cas du Québec, son pouvoir d'influence dans le cadre de la révision constitutionnelle est considérablement plus étendu. D'abord, celui-ci jouit d'un droit d'initiative formel du processus de révision de la Constitution canadienne¹²⁵. En effet, en vertu de l'article 46 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « [l']initiative des procédures de modification [...] appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative ». Ainsi, la nation québécoise est en mesure, au sein même de ses institutions – soit l'Assemblée nationale du Québec –, d'initier formellement une révision de la Constitution canadienne (**Qc.Ind.9**: « **Oui** »).

En ce qui concerne le droit de veto, le Québec n'en détient pas un global sur l'ensemble des révisions constitutionnelles au Canada¹²⁶, contrairement au souhait qu'il a maintes fois formulé à cet effet¹²⁷. Néanmoins, il a *de facto* un droit de veto sur toutes les matières nécessitant l'unanimité des provinces et du Parlement central pour entrer en vigueur¹²⁸, de même que sur toutes les matières portant sur les arrangements spéciaux le concernant¹²⁹. Pour toutes les autres questions, soit celles qui tombent sous l'égide de la procédure normale de l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – comme le partage des compétences et les droits et libertés de la personne –, l'accord du Québec n'est pas nécessaire. Son droit de veto ne s'étend donc pas à toutes les matières le concernant directement (**Qc.Ind.10**: « **Partiellement** »).

¹²⁵ Dave GUÉNETTE, « Initier le processus constituant en contexte plurinational – Étude comparative des pouvoirs catalans et québécois de mettre en branle la procédure de révision constitutionnelle de leur État », (2016) 24 *Revista d'Estudis Autònomicos I Federals* 46.

¹²⁶ J. WOEHLING, *Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec*, préc., note 9, p. 4.

¹²⁷ Mollie DUNSMUIR et Brian O'NEIL, *Le droit de veto du Québec en matière constitutionnelle : Le contexte juridique et historique*, Parlement du Canada, 1992, en ligne : www.bdp.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp295-f.htm (consulté le 27 novembre 2015).

¹²⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 41.

¹²⁹ *Id.*, art. 43.

F. Autodétermination externe

En ce qui concerne le droit de la nation sud-tyrolienne d'organiser une consultation populaire dans la province autonome de Bolzano, l'article 123 de la Constitution italienne prévoit que le statut spécial des régions autonomes règlemente l'exercice du référendum relatif aux lois et aux mesures administratives dans ces régions. Conséquemment, l'article 47 du *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige*, détermine qu'une loi provinciale met en place le cadre régissant l'exercice du référendum provincial d'abrogation, de proposition et de *consultation*. Ainsi, il est loisible aux institutions politiques du Tyrol du Sud de consulter sa population lors d'un référendum. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle, si la consultation populaire est permise dans la province autonome de Bolzano, celle-ci ne peut porter sur le principe d'une révision constitutionnelle¹³⁰. En ce sens, il nous semble dès lors d'autant plus difficile d'imaginer qu'il serait conforme à l'ordre constitutionnel italien de tenir une consultation populaire sur le principe de la sécession d'une partie de la République (**TS.Ind.11 : «Partiellement»**).

Quant à la reconnaissance du droit de faire sécession, la Constitution italienne ne prévoit pas – non plus qu'elle n'interdit expressément – cette éventualité, mais détermine à son article 5 que la « République est une et indivisible ». Le *Statut spécial pour le Trentin-Haut-Adige*, reprenant exactement le même vocable, prévoit aussi que la République italienne est une et indivisible. Cette référence à l'indivisibilité est évidemment un frein aux espoirs sécessionnistes des différents mouvements nationalistes italiens, y compris pour la nation sud-tyrolienne. Juxtaposée à l'interdiction de tenir un référendum de nature constitutionnelle, elle a pour effet de nier le droit de sécession au Tyrol du Sud (**TS.Ind.12 : «Non»**)¹³¹.

Pour sa part, le Québec est non seulement apte à organiser des référendums, mais il peut consulter sa population au sujet de son avenir poli-

¹³⁰ T. GROPPi, préc., note 121, à la page 207.

¹³¹ Ce raisonnement est d'ailleurs renforcé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui, référant à ce même article, avait affirmé en 2000 qu'un corps électoral régional ne pouvait faire la promotion d'une révision constitutionnelle puisque le cadre juridique régissant la procédure de révision constitutionnelle, en accord avec ce même principe d'unité et d'indivisibilité, ne permettait pas la consultation populaire régionale sur une matière de grande importance pour l'ensemble de la République (SCC 496/2000).

tique et de l'opportunité de faire sécession, comme il l'a déjà fait à deux reprises (1980 et 1995). Ce droit des autorités politiques québécoises d'organiser des référendums pour consulter leur population sur quelques questions que ce soit n'a d'ailleurs jamais vraiment été remis en question (**Qc.Ind.11 : «Oui»**).

Quant au droit du Québec de faire sécession, celui-ci a été remis en question. En 1998, en réponse au référendum de 1995 sur la souveraineté de la province, le gouvernement canadien a demandé à la Cour suprême si le Québec pouvait, en vertu du droit constitutionnel canadien et du droit international, faire sécession du reste du Canada. Dans son jugement, la Cour suprême affirme que « [l]e rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant confèrerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations¹³² ». En ce sens, on note non seulement la reconnaissance du droit du Québec d'initier un processus de sécession, mais également trois éléments qui devraient s'en accompagner, soit une question claire, une réponse claire et la tenue de négociations entre les partenaires sur le processus de sécession (**Qc.Ind.12 : «Oui»**)¹³³.

V. Discussion et conclusion : De la fragilité des nations québécoise et sud-tyrolienne

Notamment du fait de leur statut minoritaire, les nations québécoise et sud-tyrolienne sont toutes deux relativement fragiles d'un point de vue institutionnel, et incertaines quant à leur pérennité historique¹³⁴. Elles évoluent néanmoins dans des ordres constitutionnels distincts où le développement de leur culture sociétale obéit à des impératifs forts différents.

¹³² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 88.

¹³³ Sur l'obligation de négocier, voir notamment J. WOEHRLING, préc., note 8, p. 19.

¹³⁴ Gérard BOUCHARD, «The Small Nation With a Big Dream», dans Gérard BOUCHARD (dir.), *National Myths: Constructed Pasts, Contested Presents*, New York, Routledge, 2013 ; Claudio CORRADETTI, «Transitional justice and the Idea of “autonomy patriotism” in South Tyrol: Towards a third autonomy statute (?)», dans Georg GROTE, Hannes OBERMAIR et Günter RAUTZ (dir.), *Un mondo senza stati e un mondo senza guerre*, Bolzano-Bozen, Eurac Research, 2013, p. 17.

Voici donc un tableau récapitulatif des nations fragiles à l'étude, selon l'*Index des cultures sociétales* :

Tableau 1. Le Québec et le Tyrol du Sud selon l'*Index des cultures sociétales*¹³⁵

Leviers juridico-constitutionnels	Indicateurs	Québec	Tyrol du Sud
1. Reconnaissance nationale	1. Mention de reconnaissance	0,5	1
	2. Asymétrie constitutionnelle	0,5	1
2. Droits linguistiques	3. Langue officielle	1	0,5
	4. Langue de l'éducation	1	0,5
3. Immigration et intégration	5. Politique en immigration	0,5	0
	6. Pouvoir de sélection et d'intégration	0,5	0,5
4. Autonomie fiscale	7. Prélèvement des impôts	1	0,5
	8. Redistribution des recettes fiscales	1	1
5. Autodétermination interne	9. Initiative constitutionnelle	1	0,5
	10. Droit de veto	0,5	0
6. Autodétermination externe	11. Consultation populaire	1	0,5
	12. Reconnaissance droit de sécession	1	0
Total		9,5	6

Le Québec, avec une valeur totale de 9,5 sur l'*Index des cultures sociétales*, fait état d'une capacité à développer un ensemble d'institutions lié à sa culture sociétale qui semble globalement satisfaisant afin qu'il puisse affronter sa fragilité et le « tragique sentiment de pouvoir disparaître » qui l'habite¹³⁶. Un tel aménagement apparaît effectivement satisfaisant pour que s'exprime une vie démocratique saine, où les conflits entre groupes majoritaires et groupes minoritaires – dont font également

¹³⁵ Ce tableau a été originalement conçu par les auteurs.

¹³⁶ Jocelyn LÉTOURNEAU, *Je me souviens ? Le passé du Québec dans la conscience de sa jeunesse*, Montréal, Fides, 2014.

partie les minorités issues de l'immigration – sont équitablement gérés et résolus. Provisoirement, on est donc porté à soutenir qu'un aménagement juridico-constitutionnel de plus ou moins 9 et plus sur l'ICS jette les bases d'une structure institutionnelle assez développée pour qu'une nation fragile soit en mesure de consolider sa culture sociétale. À cet égard, on doit aussi observer la manière dont sont réparties les valeurs parmi les indicateurs de l'ICS : non seulement chaque levier juridico-constitutionnel bénéficie d'un certain ancrage institutionnel, mais chaque indicateur est au moins partiellement en force.

Ceci dit, malgré un tel aménagement juridico-constitutionnel, le Québec est le théâtre de conflits qu'on ne saurait négliger entre la majorité franco-québécoise et les minorités issues de l'immigration¹³⁷. Les récents débats sur la laïcité et les « valeurs québécoises¹³⁸ » ont également attisé des conflits similaires. En un mot, ce *malaise québécois*, s'il en est un, doit être compris, selon nous, comme un phénomène social généré par le sentiment plus ou moins fort d'une insécurité existentielle qui est collective : celui de la nation fragile¹³⁹. À cet égard, il nous semble qu'une part significative de ce malaise tient à l'inquiétude de ne pas être en mesure d'*intégrer* les nouveaux arrivants à la nation québécoise – ce qui est, on le comprend, fondamental pour la pérennité d'une nation fragile. On y reviendra sub-séquemment.

En ce qui concerne le Tyrol du Sud, on observe une valeur totale de 6 sur l'ICS. Ce résultat semble correspondre à un aménagement juridico-constitutionnel que l'on pourrait qualifier de suffisant, sans être toutefois nécessairement satisfaisant, pour qu'une nation comme celle du Tyrol du Sud puisse affronter sa fragilité tout en s'épanouissant à travers une vie démocratique saine¹⁴⁰. La culture sociétale sud-tyrolienne bénéficie par

¹³⁷ COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation*, rapport présidé par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, 2008.

¹³⁸ Guillaume LAMY, *Laïcité et valeurs québécoises. Les sources d'une controverse*, Montréal, Québec Amérique, 2015. Voir aussi Félix MATHIEU et Guy LAFOREST, « Uncovering National Nexus's Representations: The Case of Québec », (2016) 16 *Studies in Ethnicity and Nationalism* 378.

¹³⁹ G. BOUCHARD, préc., note 134.

¹⁴⁰ D'un point de vue sociologique, on peut par ailleurs s'étonner, voire se réjouir à trouver un aménagement juridico-constitutionnel du Tyrol du Sud plutôt *élevé*, compte tenu de sa taille et de son poids démographique face à l'Italie dans son ensemble.

ailleurs d'une assise institutionnelle importante où neuf des indicateurs trouvent minimalement un ancrage partiel dans l'espace juridique qui la concerne. Pour ce qui est des conflits entre groupes majoritaires et minoritaires, force est de constater que les relations entre communautés germanophones, italianophones et ladines sont très bonnes¹⁴¹. À cet égard, le modèle du consociationalisme¹⁴² qui règne au Parlement de Bolzano – où chaque gouvernement est formé d'une coalition qui doit impérativement inclure des membres issus d'au moins deux des communautés linguistiques¹⁴³ – doit être considéré comme un des mécanismes qui apaise significativement et gère adroitement les conflits entre les trois communautés linguistiques¹⁴⁴.

Ceci dit, malgré qu'on observe un taux de chômage quasi inexistant¹⁴⁵, la présence de quelque 46 000 habitants (9 % de la population au Tyrol du Sud) issus de l'immigration semble provoquer des tensions sérieuses entre la communauté nationale sud-tyrolienne et ces immigrants. À cet égard, des partis « ethniques »¹⁴⁶ germanophones comme le *Die Freiheitlichen* (Df), qui a récolté 17,9 % des votes à l'élection de 2013, fondent leur discours autour du slogan « Les locaux/natifs d'abord ! »¹⁴⁷. De même, le *Süd-Tiroler Freiheit* (STF), parti nationaliste et sécessionniste, qui a obtenu 7,2 % à ces mêmes élections, propose notamment de « préserver » l'identité sud-tyrolienne face à l'immigration¹⁴⁸. Selon nous, il est encore une fois possible d'interpréter ce phénomène conflictuel entre les groupes majoritaires et minoritaires par la crainte de ne pas savoir intégrer les immigrants à la communauté nationale, ce qui vient renforcer le sentiment de fragilité et d'insécurité existentielle de celle-ci.

¹⁴¹ Giuseppe AVOLIO, « Institutions of Self-government », dans J. WOELK, F. PALERMO et J. MARKO (dir.), préc., note 36, p. 53.

¹⁴² A. LIIPHART, préc., note 80.

¹⁴³ Matthias SCANTAMBURLO et Günther PALLAVER, « The 2013 South Tyrolean Election: The End of SVP Hegemony », (2014) 24 *Regional & Federal Studies* 493, 494.

¹⁴⁴ G. AVOLIO, préc., note 141, à la page 58.

¹⁴⁵ R. MEDDA-WINDISCHER, préc., note 51, 114.

¹⁴⁶ Les partis politiques au Tyrol du Sud, sauf le Parti Vert, sont tous historiquement fondés sur des bases « ethniques » soit germanophones, soit italianophones, où ce n'est qu'après les élections que les partis forment une coalition pour gouverner.

¹⁴⁷ Notre traduction.

¹⁴⁸ M. SCANTAMBURLO et G. PALLAVER, préc., note 143, 496 et 497.

* * *

En somme, dans ce chapitre, nous avons proposé un cadre conceptuel et méthodologique pour explorer ce qu'on désigne au titre de *nations fragiles*. Pour ce faire, nous proposons d'observer la capacité relative des ces nations à développer les institutions clés de leur culture sociétale – entendue comme un contrepoids à la fragilité relative de celles-ci – par l'intermédiaire des six leviers juridico-constitutionnels qui composent notre *Index des cultures sociétales*. Nous avons ensuite confronté les cas du Québec et du Tyrol du Sud aux leviers de cet Index, en observant empiriquement – via douze indicateurs spécifiques – l'état de leur droit à cet égard. Ainsi, reprenant des thématiques au cœur de l'engagement académique du professeur José Woehrling, nous avons voulu établir un cadre d'analyse pour l'étude des aménagements institutionnels permettant à une nation fragile, sur son territoire et à même ses institutions, de développer et renforcer sa culture sociétale.

À la lumière des deux seuls cas que nous avons jusqu'à présent observés, nous soutenons provisoirement que le Québec fait état d'un aménagement juridico-constitutionnel *satisfaisant* (bien qu'imparfait) pour faire face à sa fragilité, quand, à ce niveau, le Tyrol du Sud semble faire montre d'un aménagement qu'on pourrait qualifier de *suffisant*. Autrement dit, nous constatons que leur aménagement juridico-constitutionnel leur permet de vivre une vie démocratique plutôt stable et équitable. Toutefois, des conflits entre les groupes majoritaires et minoritaires – surtout en ce qui a trait aux minorités issues de l'immigration – persistent. Soulignons tout de même que ces conflits, d'une importance somme toute considérable, ne sont néanmoins pas exacerbés ou hors de contrôle pour les autorités publiques.

Rappelons aussi que la présente étude ne vaut, pour l'instant, que pour ces deux cas. Une théorie généralisable de la fragilité des nations, fondée sur l'Index que nous venons d'esquisser, pourrait éventuellement être construite par l'ajout successif de cas à l'ICS, ce qui nous permettra d'ajuster et d'éventuellement articuler une théorie en la matière.

Enfin, pour contribuer à limiter l'impact de leur sentiment historique de fragilité, nous suggérons l'adoption, pour le Québec et le Tyrol du Sud, d'une politique officielle de l'*interculturalisme*¹⁴⁹ en matière de gestion de

¹⁴⁹ Gérard BOUCHARD, *L'interculturalisme, un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012; Alain-G. GAGNON, « Plaidoyer pour l'interculturalisme », (2000) 24 *Possibles* 11.

la diversité ethnoculturelle. Par interculturelisme, nous entendons notamment une certaine dynamique de l'agir hospitalier¹⁵⁰ – Guy Laforest¹⁵¹ parle à cet effet « d'interculturalisme d'espoir » –, c'est-à-dire une politique de la citoyenneté active qui, rejetant le modèle de l'identité unique associée au modèle *normal* de l'État-nation moderne, accorde des droits différenciés aux minorités à travers le prisme de la reconnaissance et favorise l'intégration de celles-ci en insistant sur la consolidation d'une culture commune, prenant son essence dans la culture sociétale (celles québécoise et sud-tyrolienne). Or, l'interculturalisme propose que la nation fragile rencontre ses obligations morales à l'égard de la diversité ethnoculturelle par l'intermédiaire du paradigme de la dualité¹⁵², où l'on reconnaît formellement la « fragilité » de la majorité et la prépondérance de son trait linguistique distinctif, tout comme on insiste sur l'obligation de l'hospitalité envers les minorités¹⁵³. En ce sens, soulignons la publication au Québec d'une nouvelle *Politique québécoise en matière d'immigration, de participation et d'inclusion*¹⁵⁴, laquelle entame un processus d'institutionnalisation de l'interculturalisme comme modèle québécois de gestion du pluralisme. Bien que celle-ci n'accorde pas une place prépondérante à l'interculturalisme, il s'agit d'un pas dans la bonne direction pour que le Québec en vienne à dépasser son sentiment de fragilité en tant que nation minoritaire. En effet, la nation fragile peut significativement s'enrichir de la diversité culturelle des nouveaux arrivants – et ce dans l'esprit de la dynamique de l'agir hospitalier¹⁵⁵ –, tout en veillant à protéger ses caractéristiques fondamentales en tant que nation minoritaire spécifique ; en tant que *société distincte*. Ces deux objectifs doivent ainsi évoluer par

¹⁵⁰ Alain-G. GAGNON et Félix MATHIEU, « La richesse des (petites) nations et l'agir hospitalier », dans Joseph Yvon THÉRIAULT et Jean-François LANIEL (dir.), *La question des petites nations. Culture, politique et universalité*, Paris, Éditions du Cerf [à paraître] ; Daniel INNERRARITY, *Éthique de l'hospitalité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009.

¹⁵¹ G. LAFOREST, préc., note 61, p. 24.

¹⁵² G. BOUCHARD, préc., note 149, p. 37.

¹⁵³ A.-G. GAGNON, préc., note 149.

¹⁵⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Ensemble, nous sommes le Québec. Politique québécoise en matière d'immigration, de participation, et d'inclusion*, Québec, 2016, en ligne : www.midi.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/Politique_ImmigrationParticipationInclusion.pdf (consulté le 16 mars 2016).

¹⁵⁵ A.-G. GAGNON et F. MATHIEU, préc., note 150.

l'intermédiaire d'une logique de cohabitation plutôt que de domination. Nous espérons que c'est là une conclusion avec laquelle le professeur Woehrling serait en accord.

